

**REVISTA DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DO ESTADO DO
MARANHÃO**

JURIS ITINERA

Maria de Fátima Rodrigues Travassos Cordeiro
PROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA

Nilde Cardoso Macedo Sandes
SUBPROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA PARA ASSUNTOS JURÍDICOS

Regina Maria da Costa Leite
SUBPROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA PARA ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS

Selene Coelho de Lacerda
CORREGEDORA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Eduardo Jorge Hiluy Nicolau
SUBCORREGEDOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Marco Antonio Anchieta Guerreiro
DIRETOR DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Iracy Martins Figueiredo Aguiar
OUVIDORA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

TITULARES (2009/2011)

Maria de Fátima R. Travassos Cordeiro
PROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA

Selene Coelho de Lacerda
CORREGEDORA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Suvamy Vivekananda Meireles
CONSELHEIRO

Eduardo Jorge Hiluy Nicolau
CONSELHEIRO

Flávia Teresa de Viveiros Vieira
CONSELHEIRA

José Argôlo Ferrão Coelho
CONSELHEIRO

Rita de Cassia Maia Baptista Moreira
CONSELHEIRA

SUPLENTES

Themis Maria Pacheco de Carvalho
Terezinha de Jesus Guerreiro Bonfim
Domingas de Jesus Froz Gomes

COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA

Nilde Cardoso Macedo Sandes

José Antonio Oliveira Bents

Regina Lúcia Almeida Rocha

Maria dos Remédios Figueiredo Serra

Eduardo Jorge Hiluy Nicolau

José Argôlo Ferrão Coelho

Daniel Ribeiro da Silva

Iracy Martins Figueiredo Aguiar

Ana Lídia de Mello e Silva Moraes

Lígia Maria da Silva Cavalcanti

Suvamy Vivekananda Meireles

Krishnamurti Lopes Mendes França

Raimundo Nonato de Carvalho Filho

Carlos Nina Everton Cutrim

Selene Coelho de Lacerda

José Henrique Marques Moreira

Domingas de Jesus Froz Gomes

Francisco das Chagas Barros de Sousa

Cézar Queiroz Ribeiro

Clodenilza Ribeiro Ferreira

Terezinha de Jesus Guerreiro Bonfim

Regina Maria da Costa Leite

Flávia Teresa de Viveiros Vieira

Paulo Roberto Saldanha Ribeiro

Teodoro Peres Neto

Rita de Cassia Maia Baptista Moreira

Marco Antonio Anchieta Guerreiro

Maria de Fátima R. Travassos Cordeiro

Sâmara Ascar Sauaia

Themis Maria Pacheco de Carvalho

Maria Luíza Ribeiro Martins

ISSN 1677-1060

ESTADO DO MARANHÃO
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA

**REVISTA DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DO ESTADO DO
MARANHÃO**

JURIS ITINERA

R. Minist. Públ. Est. MA. São Luís, n. 16, jan./dez. 2009

CONSELHO EDITORIAL

José Antonio Oliveira Bents
PROCURADOR DE JUSTIÇA

José Henrique Marques Moreira
PROCURADOR DE JUSTIÇA

Lena Cláudia Ripardo Pauxis
PROMOTORA DE JUSTIÇA

Luís Fernando Cabral Barreto Júnior
PROMOTOR DE JUSTIÇA

Francisco de Aquino da Silva
PROMOTOR DE JUSTIÇA

Márcia Moura Maia
PROMOTORA DE JUSTIÇA

Vicente de Paulo Silva Martins
PROMOTOR DE JUSTIÇA

Paulo Roberto Barbosa Ramos
PROMOTOR DE JUSTIÇA

Laert Pinho de Ribamar
PROMOTOR DE JUSTIÇA

Ronald Pereira dos Santos
PROMOTOR DE JUSTIÇA

Márcio Thadeu Silva Marques
PROMOTOR DE JUSTIÇA

Editoração e Normalização

Maria dos Remédios R. dos Santos - Coordenadora de Documentação e Biblioteca - PGJ
Rômollo de Sá Malta - Chefe de Seção de Editoração e Publicação
Rosicléa Pereira Rodrigues - Analista Ministerial

Revisão

Ilza Galvão Cutrim

Capa

Maria Ribamar Aguiar Costa

Procuradoria Geral de Justiça
Rua Osvaldo Cruz, 1396 - Centro.
São Luís-MA. CEP: 65.020-910.
Fone: (0XX98) 3219-1600
FAX: (0XX98) 3231-2890
E-mail: procuradoria@mp.ma.gov.br
Home page: www.mp.ma.gov.br

As idéias e opiniões emitidas em artigos ou notas assinadas são de responsabilidade dos respectivos autores.

Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão:
Juris Itinera/ Procuradoria Geral de Justiça. v. 1, n. 1,
(jan./dez.1991-) - São Luís: PGJ, 2009.
n. 16

Anual
1. Direito - Periódicos. I. Ministério Público do Estado do Maranhão.

CDU 340 (05)
ISSN 1677-1060

Solicita-se permuta

We ask for exchange

On demande l'échange

APRESENTAÇÃO

Decorridos 18 (dezoito) anos do lançamento da primeira edição da nossa Revista *Juris Itinera*, podemos testemunhar sua trajetória de esforço para solidificação de uma cultura de produção científica até seu reconhecimento como destacado pólo de divulgação do conhecimento jurídico, tornando-se referência entre os operadores do Direito, o que, em vez de nos envaidecer, aumenta nossa responsabilidade.

Nesse sentido, estamos honrados de cumprir, mais uma vez, nosso compromisso de valorização e estimulação do pensamento doutrinário dentro de nossa Instituição, através da apresentação da 16ª edição da Revista *Juris Itinera*, que traz, em seu bojo, artigos científicos de relevância para o estudo de temas relacionados à área jurídica, de autoria de membros e servidores do Ministério Público e de advogados, além de discursos de conteúdos enriquecedores.

Seguindo a tradição de nossa Revista, sempre comprometida com a divulgação de um material científico de excelente qualidade, com apresentação de fundamentos doutrinários mais atualizados, sem olvidar de privilegiar textos que se traduzam em utilidade prática no dia-a-dia dos operadores do Direito, foram convidados a integrar o Conselho Editorial, membros do Ministério Público que se destacam por sua produção acadêmica e por sua experiência prática nos assuntos abordados.

Podemos afirmar, pois, com convicção, que os textos selecionados pelo Conselho Editorial, associados à reflexão que provocam, significam uma efetiva contribuição à construção do pensamento científico, através da discussão necessária ao enfrentamento dos mais importantes problemas jurídicos, razão pela qual agradecemos a todos os autores dos textos publicados, certos de que o êxito desta Revista sempre dependerá do trabalho daqueles dispostos a presentear à Sociedade e ao Ministério Público com suas produções doutrinárias.

Portanto, nossa ânsia de contribuir com o saber jurídico está refletida nas páginas dessa edição, concretizada como um instrumento indispensável para alcançar uma sociedade mais democrática e mais justa, pela qual todos lutamos.

MARIA DE FÁTIMA RODRIGUES TRAVASSOS CORDEIRO

Procuradora-Geral de Justiça

SUMÁRIO

DIREITO CONSTITUCIONAL

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: 19 ANOS DE SUBJETIVAÇÕES

Mário Luíz Ramidoff..... 13

O MODELO INSTITUCIONAL DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE: AVANÇOS E DESAFIOS

Herberth Costa Figueiredo..... 33

POLÍTICAS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: DISCRICIONARIEDADE ESTATAL E PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

Cláudia Maria da Costa Gonçalves 67

DIREITO ADMINISTRATIVO

O MINISTÉRIO PÚBLICO NA FRONTEIRA DA FUNÇÃO PÚBLICA RENOVADA: UM NOVO PARADIGMA DIANTE DAS FUNÇÕES DE GOVERNO E DE ADMINISTRAÇÃO DO ESTADO

Maria de Jesus Rodrigues Araújo Heilmann..... 87

**O MITO DA SUPERIORIDADE HIERÁRQUICA DO
PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A DECADÊNCIA
ADMINISTRATIVA**

André Gonzalez Cruz 115

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

**A EVOLUÇÃO DO INTERROGATÓRIO NO DIREITO
PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO. INTERROGATÓRIO
ON LINE: EVOLUÇÃO OU INVOLUÇÃO?**

Justino da Silva Guimarães 129

**QUESTÕES CRIMINAIS CONTROVERTIDAS NA
LEI Nº 9.099/95**

Sandro Carvalho Lobato de Carvalho 173

**REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO (RDD):
BREVES CONSIDERAÇÕES**

Jorge Fernando dos Santos Ribeiro 219

DIREITO AMBIENTAL

**O PODER PÚBLICO BRASILEIRO NA REGULAÇÃO DA
PRODUÇÃO DE ENERGIA**

Victor Oliveira Silva 249

DISCURSOS INSTITUCIONAIS

DISCURSO DA PROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA POR OCASIÃO DA POSSE DO DESEMBARGADOR JOSÉ DE RIBAMAR FROZ SOBRINHO

Maria de Fátima Rodrigues Travassos Cordeiro 273

DISCURSO DE POSSE DA CORREGEDORA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Selene Coelho de Lacerda 281

**DIREITO
CONSTITUCIONAL**

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE 19 ANOS DE SUBJETIVAÇÕES

*Mário Luiz Ramidoff**

Crianças que “brincam” no pátio da escola ou nas ruas estão construindo e reconstruindo o mundo das normas dos adultos. Quanto mais autonomia tiverem, mais inventivas e democráticas serão para reconstruir a sociedade brasileira em normas mais justas e aceitáveis para todos.

Bárbara Freitag¹

Resumo: Nesses 19 (dezenove) anos de vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente foi possível constatar avanços práticos significativos para a expansão da cidadania infanto-juvenil através da efetivação dos direitos individuais e do asseguramento das garantias fundamentais destinados à proteção integral da infância e da juventude.

Palavras-chave: Adolescente. Cidadania. Constituição. Criança – direitos. Emancipação. Estatuto – garantias. Infância. Juventude. Subjetivação. Subjetividade.

Abstract: In these 19 (nineteen) years of the Statute of the Child and Adolescent practical developments could see significant expansion of citizenship to the children and youth through the realization of individual rights and the securing of fundamental guarantees for the full protection of children and youth.

Keywords: Adolescent. Citizenship. Constitution. Child – rights. Emancipation. Statute. Status-guarantees. Children. Youth. Subjectivations. Subjectivity.

* Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Paraná. Mestre (CPGD-UFSC) e Doutor em Direito (PPGD-UFPR). Professor Titular no UniCuritiba. ramidoff@mp.pr.gov.br

¹ FREITAG, Bárbara. A norma social: gênese e conscientização. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo (Org.). **Introdução crítica ao direito**. 4. ed. Brasília: 1993. p. 49-51. (Série o Direito Achado na Rua; v. 1).

1 INTRODUÇÃO

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), para além de regulamentar a proteção integral que se destina a proteger a infância e a juventude (art. 1º), bem como a designar criança e adolescente como sujeitos de direito (art. 3º), e, assim, conceituá-los (art. 2º), também lhes reconhece a titularidade de garantias fundamentais (art. 4º). A titularidade desses direitos e garantias advém da qualidade jurídico-legal (constitucional e estatutária) de poder ser sujeito de direito. A capacitação de crianças e adolescentes para a titularidade e o exercício de direitos individuais e das garantias fundamentais requer criação e manutenção das estruturas sociais (familiar e comunitária) e estatais (equipamentos, instituições e órgãos públicos) que lhes assegurem o pleno desenvolvimento de suas potencialidades humanas.

Essas instâncias estruturais devem articular não só suas ações de atendimento, mas, também informações, experiências e contribuições multidisciplinares que possam oferecer soluções cada vez mais adequadas à capacitação que potencializa a humanidade, o respeito e a responsabilidade daqueles novos sujeitos de direito. Na área internacional, por exemplo, toda pessoa com idade inferior a 18 (dezoito) anos é considerada criança, e esta é uma das diretrizes ideologicamente orientada pela centralidade da pessoa humana como núcleo irredutível de preocupação de toda norma jurídico-legal.

A criança e o adolescente se constituem na matéria-prima da presente e das futuras sociedades (comunidades humanas), as quais deverão ser construídas e reconstruídas através da participação ativa desses novos sujeitos de direito na formulação de normas mais justas e democráticas. A mencionada participação é decorrência direta do processo de redemocratização que se deu no Brasil e que culminou com a instalação da Constituinte de 1987/1988, através da qual foram adotadas, democraticamente as diretrizes internacionais relativas aos direitos humanos da criança.

Em virtude disto, observa-se que a comunicação entre os segmentos sociais e os Poderes Públicos é a pedra angular para a articulação das ações governamentais e não-governamentais, isto é, para a construção das “redes de proteção”. As “redes de proteção” se consti-

tuem, assim, através das ações governamentais e não-governamentais de atendimento direto à criança e ao adolescente.

A atuação dos atores e protagonistas sociais não deve ser limitada somente ao cumprimento das funções originárias, mas, diversamente, exige imersão na conflituosa realidade que se apresenta no quotidiano do mundo da vida vivida. A mobilização da opinião pública que se constitui numa das diretrizes da política de atendimento, pois numa democracia é indispensável a participação dos diversos segmentos da sociedade, consoante dispõe o inc. VI, do art. 88 do Estatuto, também se caracteriza como meio de comunicação entre a sociedade e o Estado.

As instituições públicas, de seu turno, devem ser estruturadas material – equipamentos adequados – e pessoalmente – por exemplo, com a criação e manutenção de equipes interprofissionais, consoante arts. 150 e 151, do Estatuto. Os operadores que atuam no “sistema de garantia dos direitos” – então, constituído pelas instâncias legislativa e judiciária (Magistratura, Ministério Público e Advocacia, dentre outros atores jurídico-sociais) – não devem se limitar às suas funções originárias, pois, mais do que nunca, tornou-se imperativa a articulação comunicacional com a “rede de proteção”.

Eis, pois, a possibilidade de superação da burocratização funcional das instâncias públicas e sociais, as quais invariavelmente têm reduzido as suas ações ao oferecimento de respostas setoriais dissociadas da confluência transdisciplinar indispensável para a proteção integral da criança e do adolescente. E a superação dos obstáculos jurídicos, políticos e sociais assegura a expansão dos direitos individuais e das garantias fundamentais desse segmento social, senão, que é sinal da emancipação humanitária desses novos sujeitos de direito não só para a titularidade, mas, principalmente, para o exercício pleno da cidadania infanto-juvenil.

2 SUBJETIVAÇÃO

A subjetivação, em perspectiva emancipatória, é o processo pelo qual se capacita a pessoa humana para ser titular de direitos e garantias. A emancipação subjetiva da criança e do adolescente, isto é, a

melhoria da qualidade de suas vidas individuais e coletivas, é decorrência direta do asseguramento e efetivação desses direitos e garantias cuja implementação perpassa pela concretização jurídica, política e social do ideário democrático.

O ideário democrático, por sua vez, que orienta a efetivação dos direitos individuais e das garantias fundamentais especificamente destinados à proteção integral da infância e da juventude, encontra suas orientações político-ideológicas nas “Leis de Regência”², quais sejam: a Constituição da República de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente. A partir dessas bases político-ideológicas pode ser afirmado que a criança e o adolescente são sujeitos de direito – senão, na feliz conceituação de Tercio Sampaio Ferraz Júnior³, *sujeitos jurídicos* –, pois são titulares de direitos individuais e garantias fundamentais que cabe ao direito objetivo reconhecer e assegurar.

A subjetivação pode ser identificada então como sinal de respeito e responsabilidade pela infância e juventude, pois se constitui em expressão da condição humana peculiar às pessoas que se encontram numa daquelas fases da vida. Em razão disto, o exercício dos direitos individuais e das garantias fundamentais destinados à proteção da infância e da juventude dependerá do que dispuser cada uma das legislações especiais, as quais, contudo, deverão guardar conformidade com as bases político-ideológicas das “Leis de Regência” do direito da criança e do adolescente.

O direito da criança e do adolescente se constitui num subsistema jurídico-legal, que, também, depende de seu “estatuto” próprio, conforme o qual o exercício dos direitos e garantias atribuídos aos novos sujeitos de direito possibilita o reconhecimento de novos valores (humanitários), bem como assegura proteção integral da infância e da juventude. Pois, como adverte Tercio Sampaio Ferraz Júnior⁴, o reconhecimento legal – aqui, constitucional e estatutário – de tais direitos e garantias à criança e ao adolescente, constitui-se num

² RAMIDOFF, Mário Luiz. **Direito da criança e do adolescente**: teoria jurídica da proteção integral. Curitiba: Vicentina, 2008.

³ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 154.

⁴ Ibid.

processo específico de subjetivação, a qual a “própria ordem jurídica encarrega-se, então, de isolá-los e integrá-los num *sistema* dentro do qual adquirem sentido”.

Esses processos de subjetivação que permitem a emancipação humanitária da infância e da juventude também promovem o asseguramento de garantias, em perspectiva absolutamente prioritária, enquanto instrumental adequado para superação dos obstáculos jurídicos, políticos e sociais, potencializando, assim, a efetivação dos direitos individuais, de cunho fundamental, que são afetos aos novos sujeitos de direito.

Essa “vias de obstrução” são identificadas por Bárbara Freitag⁵ e, assim, exemplificadas pela “exclusão da criança da escola e a imposição feita às crianças fora da escola de se submeterem aos ditames dos mais velhos e das classes dominantes, integrando-as prematuramente no processo de trabalho para assegurarem sua sobrevivência”. Nessa passagem doutrinária, é possível constatar que os obstáculos jurídicos, políticos e sociais ao pleno exercício da cidadania infanto-juvenil, quando não impedem a efetivação dos direitos individuais e o asseguramento das garantias fundamentais, constituem-se, na verdade, em ameaças e violências ao pleno exercício da cidadania infanto-juvenil.

Em virtude disto, a legislação especial (estatutária) foi estabelecida no ordenamento jurídico brasileiro, com o intuito de que fossem objetivadas as normas que conferem capacidade a essas novas titularidades para o exercício pleno da cidadania infanto-juvenil. Esses avanços práticos são decorrentes da política jurídica – nos moldes do que sempre pontuou Osvaldo Ferreira de Melo⁶ – que teve compromisso com o agir *protetivo*, como ainda deve ter “toda ação político-jurídica”, a qual se define “como uma operação do fazer ou seja o conjunto de procedimentos que levem o agente à realização de uma idéia, de um querer”, aqui, *protetivo*.

⁵ FREITAG, op. cit.

⁶ MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre: SAFE, 1994. p. 131 et seq. Segundo o Autor, os “elementos básicos de uma ação dotada de eficácia se configuram na existência de um agente (ente capaz de determinar-se); de meios hábeis (estratégias sob orientação normativa); e de um fim desejado (o desenho do devir ou da utopia). Esses três elementos pois terão que estar presentes em toda ação política-jurídica”.

Por exemplo, cabe a todo aquele que atua no “sistema de garantia dos direitos”, participar sempre que possível das reuniões dos Conselhos dos Direitos; ouvir, orientar e reunir-se para trocas de informações com os Conselheiros Tutelares; visitar equipamentos públicos e comunitários para prevenção de ameaças e violências aos direitos da criança e do adolescente; atender diariamente crianças, adolescentes, pais ou responsável, bem como membros de seus respectivos núcleos familiares; manter conversação com as equipes técnicas que atuam nos equipamentos e programas de atendimento, bem como com as equipes interprofissionais do Juizado da Infância e da Juventude; acompanhar, orientar e fiscalizar a execução dos programas sociais de proteção à infância e à juventude – ainda que incompletos, mas que na prática são os que efetivamente atendem crianças e adolescentes –, pois somente assim será possível o seu aperfeiçoamento e adequação.

Essas são algumas dentre tantas outras atividades extrajudiciais que diariamente se desenvolvem de forma imperceptível nas estatísticas oficiais; quando não, sequer são contabilizadas na atuação profissional originária daqueles que atuam no “sistema de garantia dos direitos”, mas, que, indiscutivelmente, previnem demandas judiciais desnecessárias através de contribuições transdisciplinares que são decisivas para a resolução adequada, senão, mesmo para efetividade social⁷ das decisões judiciais.

Enfim, é preciso reconstruir a dimensão política que seja voltada para o direito da criança e do adolescente. E isto é possível através da elaboração de políticas institucionais que incentivem mudanças significativas na atuação profissional para a proteção da infância e da juventude. Porém, a elaboração dessas políticas institucionais devem ser permanentes, e, acima de tudo, observar a participação paritária daqueles que desenvolvem as atribuições e competências funcionais.

A elaboração participativa (democrática) dessas políticas institucionais deve observar as orientações humanitárias consagradas normativamente tanto na Constituição da República de 1988, quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente. Essas políticas institucionais que se destinam a reordenar a atuação profissional na área da infância e da

⁷ PERELMAN, Chäim. **Lógica jurídica**: nova retórica. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

juventude, por certo, não podem mais circunscrevê-las tão-somente às atribuições e competências originárias que são desenvolvidas no interior do Sistema de Justiça Infanto-Juvenil, isto é, no âmbito estritamente processual (procedimental).

A atuação político-social (extrajudicial) que não se reduza apenas ao desenvolvimento das atribuições e competências judiciais pelos operadores do “sistema de garantia dos direitos”, talvez, mais do que tudo isso, assegure, sim, a plenitude e a expansão dos direitos individuais e das garantias fundamentais que constituem a cidadania infanto-juvenil.

Por isso, a atuação político-social dos operadores do direito também se configura numa significativa contribuição nos processos de subjetivação que permitem a emancipação humanitária da criança e do adolescente, isto é, a melhoria da qualidade de vida individual e coletiva da criança e do adolescente, precisamente, por assegurar a efetivação de direitos e garantias que constituem a cidadania infanto-juvenil.

3 SUBJETIVIDADE

A subjetividade jurídica, segundo Dimitri Dimoulis⁸, é “uma qualidade conferida única e exclusivamente pelo ordenamento jurídico, que pode reconhecer ou não a determinadas pessoas a qualidade de sujeito de direito”. A subjetividade jurídica (constitucional e estatutária) reconhecida à criança e ao adolescente tem o intuito precípua de lhes assegurar o protagonismo não só jurídico-legal, mas principalmente político-social através da titularização de direitos individuais e garantias fundamentais, em perspectiva emancipatória.

A criança e o adolescente são sujeitos de direito que se encontram na condição humana peculiar de desenvolvimento (art. 6º do Estatuto), e, assim, enquanto cidadãos, se constituem nos elementos de preocupação central do ordenamento jurídico brasileiro, motivo pelo qual lhes são reconhecidas específicas garantias absolutamente prioritárias. É o que se encontra expressamente consignado tanto na Constituição da República

⁸ DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 266 et seq.

de 1988, quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, quando, então, distinguiu-se esses novos cidadãos pela garantia da absoluta prioridade para o asseguramento (art. 227 da Constituição) e a efetivação (art. 4º do Estatuto) de seus direitos individuais, de cunho fundamental.

A subjetividade jurídica, conforme assegura Mauro Almeida Noletto⁹, é identificada pela titularidade de direitos em perspectiva emancipatória, vale dizer, “o da titularidade emancipatória de direitos, em razão dos quais as identidades individuais e coletivas se constituem em luta pela ampliação dos espaços de liberdade, na coexistência social”. A criança e o adolescente reconhecidos constitucional e estatutariamente como sujeitos de direito – vale dizer, como titulares de subjetividade jurídica, política e social, em perspectiva emancipatória –, constituem o núcleo irredutível de preocupação do novo subsistema jurídico-legal. Esse novo subsistema jurídico-penal denominado de direito da criança e do adolescente, por seu turno, possui orientação teórico-pragmática que lhe permite legitimar e justificar (argumentativa e discursivamente) a intervenção estatal e social que se destina à proteção integral da infância e da juventude.

Essas orientações teórico-pragmáticas devem ser desenvolvidas em torno do que se convencionou denominar de “doutrina da proteção integral”, a qual sintetiza os direitos humanos que são especificamente destinados à criança e ao adolescente, conforme pode ser constatado pela própria elaboração legislativa do art. 227, da Constituição da República de 1988.

Para Sérgio Augusto Guedes Pereira de Souza¹⁰, a doutrina da proteção integral se compõe de um sistema que possui “duas vertentes: uma positiva e outra negativa”. A dimensão positiva da doutrina da proteção integral ensejaria o reconhecimento de uma sistemática de concessões à criança e ao adolescente, isto é, enquanto sujeitos de direitos originários e fundamentais são merecedores das medidas legais, políticas, sociais, econômicas dentre outras para a “fruição de tais direitos (informação, saúde, desenvolvimento, etc.)”.

⁹ NOLETO, Mauro Almeida. **Subjetividade jurídica**: a titularidade de direitos em perspectiva emancipatória. Porto Alegre: SAFE, 1998. p. 27 et seq. “análise a temática dos direitos humanos enquanto bases para uma práxis jurídica emancipatória”.

¹⁰ SOUZA, Sérgio Augusto Guedes Pereira de. **Os direitos da criança e os direitos humanos**. Porto Alegre: SAFE, 2001. p. 71 et seq.

A dimensão negativa daquela doutrina determinaria “um sistema de restrições às ações e condutas” que pudessem se constituir em ameaça ou violação dos direitos individuais (humanos) e às garantias fundamentais afetos à infância e à juventude, inclusive, utilizando-se de medidas legislativas necessárias para tal desiderato¹¹.

A criança e o adolescente deixam de ser objetos de tutela (objeto de algo) para se transformarem em sujeitos de direito, isto é, em novas subjetividades jurídicas, políticas e sociais. É precisamente esta qualidade de sujeitos de direitos que lhes conferem a possibilidade de referenciar seus próprios direitos e garantias especiais. A criança e o adolescente (subjetividades) passam a constituir, a fazer de algo um objeto apreensível (titularidade), através da referenciabilidade protetiva da existência humana transcendental infanto-juvenil.

Daí ser possível afirmar com Luiz Bicca¹², que “objetivar, ou seja constituir, fazer de algo um objeto, é uma prerrogativa da subjetividade”. Mas, tal subjetividade certamente não se confunde com eventuais individualismos e, sim, com a transcendentalidade da proteção integral à infância e à juventude, enquanto fases da existência humana que configuram a cidadania infanto-juvenil.

A objetivação jurídico-legal de direitos individuais e de garantias fundamentais configura-se numa prerrogativa da titularidade de direitos, isto é, numa expressão da própria subjetividade infanto-juvenil. Com efeito, observa-se que a “principal finalidade dos direitos fundamentais é conferir aos indivíduos uma posição jurídica de direito subjetivo”, de acordo com Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins¹³, e, “conseqüentemente, limitar a liberdade de atuação dos órgãos do Estado”. Já as garantias fundamentais corresponderiam “às disposições constitucionais que não enunciam direitos, mas objetivam prevenir e/ou corrigir uma violação de direitos”, conforme entendimento daqueles doutrinadores.

¹¹ RAMIDOFF, op. cit.

¹² BICCA, Luiz. **Racionalidade moderna e subjetividade**. São Paulo: Loyola, 1997. p. 181 et seq. (Coleção Filosofia, 43).

¹³ DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 63 et seq.

4 CIDADANIA INFANTO-JUVENIL

A ideia do que se possa entender, hoje, por “cidadania infanto-juvenil”, vincula-se indissociavelmente à noção de emancipação da pessoa humana. Neste sentido, Margrit Dutra Schimdt¹⁴ tem observado que “falar, portanto, em cidadania é reafirmar o direito pela plena realização do indivíduo, do cidadão, e de sua emancipação nos espaços definidos no interior da sociedade”.

A noção de emancipação, assim, vincula-se ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, então, enunciado no inc. III, do art. 1º da Constituição da República de 1988, enquanto signo maior da redemocratização das ações e relações sociais, senão, principalmente, dentre aquelas estabelecidas com as instâncias estatais (Poderes Públicos).

Paulo Sérgio Pinheiro¹⁵ já havia destacado que a maioria da população brasileira é constituída por pobres, indigentes e miseráveis que não tem os direitos individuais assegurados efetivamente na prática; senão, que, “os direitos individuais somente podem prevalecer na medida direta em que forem reconhecidos como direitos sociais para todos os grupos marginalizados, mortificados e anulados na sociedade brasileira”.

A emancipação da pessoa deve representar, então, a superação dos obstáculos jurídicos, políticos e sociais, pois somente assim será possível assegurar a efetivação dos direitos individuais e das garantias fundamentais afetos à criança e ao adolescente. A titularidade e o exercício da subjetividade jurídica, política e social infanto-juvenil – assim como os processos de subjetivação – deverão ser desenvolvidos à luz das orientações humanitárias ideologicamente consagradas, na doutrina da proteção integral, senão, através de ações emancipatórias que assegurem a melhoria da qualidade de vida individual e coletiva para a criança e o adolescente.

¹⁴ SCHIMDT, Margrit Dutra. A questão da cidadania. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo (Org.). **Introdução crítica ao direito**. 4. ed. Brasília: 1993. p. 74-75. (Série o Direito Achado na Rua, v. 1).

¹⁵ PINHEIRO, Paulo Sérgio. Dialética dos direitos humanos. In SOUSA JÚNIOR, José Geraldo (Org.). **Introdução crítica ao direito**. 4. ed. Brasília: 1993. p. 79-80. (Série o Direito Achado na Rua, v. 1).

Não basta, pois, tão-somente plasmar na Constituição da República de 1998 e ou mesmo no Estatuto da Criança e do Adolescente direitos individuais e garantias fundamentais, como, por exemplo, o relativo à não responsabilização penal de crianças e adolescentes. É preciso, pois, diversamente, adotar impeditivos jurídicos, políticos e sociais para o enfrentamento de ameaças e violências à cidadania infanto-juvenil, como, por exemplo, representadas por aprovações parlamentares de propostas legislativas que se destinem a suprimir, quando não, restringir o exercício de direitos e garantias afetos à criança e ao adolescente.

Neste sentido, já vaticinara Paulo Sérgio Pinheiro¹⁶ que o “grande aprendizado talvez tenha sido a constatação de que a vigência de um regime tendencialmente democratizante não é condição automática para o alastramento e consolidação desses direitos sociais”. A superação dos obstáculos que se verificam no cotidiano brasileiro, é a superação emancipatória que se opera em relação às mais diversas formas de ameaças e violências contra direitos, garantias, senão, diretamente, sobre a própria transcendência da cidadania infanto-juvenil. A efetivação da cidadania infanto-juvenil corresponde à expansão permanente do atendimento das necessidades pessoais e sociais da criança e do adolescente, com vistas à capacitação para a titularidade e o exercício de direitos individuais e garantias fundamentais que lhes são pertinentes. A capacidade humana para a superação do conjunto de necessidades que circunstanciam a existência das pessoas, aqui, na área destinada à proteção da criança e do adolescente, pode ser potencializada através do apoio institucional a ser oferecido por programas sociais de atendimento desenvolvidos por ações governamentais e não-governamentais.

A superação dessas necessidades passa a ser, na sociedade moderna, uma demanda permanente pela melhoria da qualidade de vida individual e coletiva; e, nas áreas relacionadas à proteção da infância e da juventude, apenas verificada com a efetivação dos direitos individuais, senão, pelo asseguramento das garantias fundamentais de que são titulares a criança e o adolescente.

¹⁶ Ibid. “Porque algo é fazer a defesa de direitos individuais e sociais de pequeno grupo de oprimidos (politicamente) na ditadura; outra é promover a defesa desses direitos para a esmagadora maioria da população”.

Cada uma das superações se constitui expressão dos processos de emancipação subjetiva que são intermináveis, senão, aqui, cotidianamente, verificados durante a infância e a juventude, enquanto fases da existência humana. É o que entende Miracy Barbosa de Sousa Gustin¹⁷ por processo de emancipação humana identificado, pois, por ser um “processo de construção normativa que, através da expansão das relações democráticas, realiza-se no constante desvendamento de novas alienações e das variadas formas de exclusões do mundo contemporâneo”.

Com isto, demonstra-se que as necessidades sociais que as pessoas experimentam são estruturantes para a qualquer ação humana, seja ela jurídica, política ou social. A mutação que tais necessidades sofreram comprova que o progresso humano não é linear, precisamente, quando “é entendido como o aumento da capacidade humana de superar suas privações no sentido de recuperação e ampliação de sua qualidade de vida e de bem-estar e de emancipação individual e coletiva”¹⁸, segundo a doutrinadora.

A efetivação dos direitos individuais e das garantias fundamentais afetos à infância e à juventude asseguram o atendimento das necessidades através da implementação das políticas públicas (programas sociais), senão, pela intervenção jurídico-legal do Poder Judiciário.

Portanto, tais direitos e garantias afetos à criança e ao adolescente são indispensáveis para o “desenvolvimento pleno da autonomia” infanto-juvenil, conforme relata Miracy Barbosa de Sousa Gustin¹⁹,

Ao demonstrar outros autores entende que “o princípio da satisfação de necessidades (das políticas sociais ou da esfera jurídica) deveria orientar-se não somente num sentido restrito de satisfação de carências materiais, mas de atribuírem aos cidadãos capacidades de se auto-regerem e de participarem com autonomia crítica da sociedade, tanto no que se refere à ação quanto à capacidade argumentativa.

¹⁷ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **Das necessidades humanas aos direitos**: ensaio de sociologia e filosofia do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 211 et seq.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid.

Assim como a Constituição da República de 1988 continua constituindo²⁰, o Estatuto da Criança e do Adolescente permanece subjetivando crianças e adolescentes como sujeitos de direito, através do reconhecimento, do asseguramento e da efetivação dos direitos e garantias fundamentais que lhes são afetos.

5 EMANCIPAÇÕES SUBJETIVAS: avanços e retrocessos

Em perspectiva, permanecem as proposições afirmativas que têm por objetivo a superação de toda sorte de obstáculos, ameaças e violências aos direitos e garantias destinadas à criança e ao adolescente, enquanto sujeitos de direito que se encontram na condição humana peculiar de desenvolvimento. As orientações políticas e jurídicas oriundas dos fundamentos e princípios derivados da doutrina da proteção integral deverão constituir, por assim dizer, o conteúdo significativo de uma “lógica político-jurídica” *protetiva* que se destine a preservar os valores humanos optados democraticamente como fundamentais para crianças e adolescente – art. 227 da Constituição da República de 1988.

Em que pese entendimentos contrários ao reconhecimento do ordenamento jurídico como um “corpo lógico de idéias (normas jurídicas, súmulas jurisprudenciais, interpretações doutrinárias), porque a relação existente entre elas é incompatível com os princípios do pensamento lógico (identidade, não-contradição e terceiro excluído)”, segundo Fábio Ulhoa Coelho²¹. Eis, pois, importante limitador dos determinismos e dos fatalismos sociais. Esses determi-

²⁰ RAMIDOFF, Mário Luiz. A constituição ainda constitui? **Revista Ciência e Opinião do Núcleo de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas do UniCenP** (Direito; Gestão; Educação; Comunicação), Curitiba, v.1, n.1, p. 115-125, jan./jun. 2003. Isto é, “enquanto possibilidade de constitucionalidade, ou seja, de vínculos mais fortes de substancialidade, entendidos como tais à interpretação do texto constitucional segundo os valores da dignidade e do respeito pela pessoa humana, tornando, desta forma, coerente e compatível toda atividade estatal, precisamente quando assegura a correspondência entre a comunidade e a constituição”.

²¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Lógica jurídica**: uma introdução: um ensaio sobre a logicidade do direito. São Paulo: EDUC, 1992. p. 124 et seq. (Série Trilhas). Mas, “o sistema jurídico não é um agrupamento totalmente desordenado de idéias estranhas entre si; ele possui certa unidade. Essa unidade é retórica. Ou seja, se as pessoas certas da comunidade jurídica [...] se convencerem da pertinência de certa idéia relativa ao direito, então essa idéia passa a integrar o sistema jurídico”.

nismos e fatalismos são, por vezes, expressos através de “juízos de realidade” dissociados da “aplicação criteriosa de juízos de valor”, segundo Osvaldo Ferreira de Melo²², em prol dos direitos e da proteção da criança e do adolescente.

A emancipação jurídica, política e social dessas novas subjetividades deve ser permanente, pois somente assim a proteção integral poderá proporcionar à criança e ao adolescente titularidade e exercício de novos direitos que são relativos, por exemplo, ao planejamento familiar; à inclusão digital; à sustentabilidade econômico-ambiental; à responsabilidade empresarial social; à formulação e à execução de programas empresariais de atendimento; à destinação orçamentária aos fundos para a infância e juventude (FIA) conjugada ao Plano Plurianual (PPA).

Com tais avanços práticos é possível reduzir as desigualdades sociais, de gêneros, econômico-financeiras, políticas, raciais, dentre outras; e, assim, assegurar o pleno exercício dos direitos individuais e das garantias fundamentais que integram a cidadania infanto-juvenil. Pois, somente assim será possível estabelecer critérios objetivos para a formulação de recomendações aos organismos governamentais e não-governamentais, bem como oferecer contribuições técnicas para resoluções cada vez mais adequadas e culturalmente aceitas, através da conversão político-social (ideologicamente) em prol da infância e da juventude.

O convencimento projetado pelo reconhecimento e a assunção de novos valores (humanitários), por certo, requer mutação ideológica, a qual se constrói estrutural e funcionalmente pela análise reflexiva de um dado conhecimento que passa, assim, a considerar criticamente os objetos estudados e as questões fundamentais que vão se apresentando ao longo da revisitação investigativa.

Não se pode desprezar que, sazonalmente, existem indícios de retrocessos, como, por exemplo, a recente aprovação pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal de proposição legislativa que discute a redução da idade de maioridade penal – inimpunibilidade penal, então, reconhecida como direito individual, de cunho

²² MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: SAFE, 1998. p. 80 et seq.

fundamental, nos termos do art. 228, combinado com o art. 60, § 4º, inc. IV, ambos da Constituição da República de 1988.

Não fosse apenas isto, recentemente, deparou-se com o denominado “toque de recolher” através do qual administrativamente o órgão julgador estabeleceu por “portaria judicial”, de forma genérica, um determinado horário limite para a circulação de crianças e adolescentes nas vias públicas. As “Leis de Regência” são firmes em assegurar à criança e ao adolescente o direito individual, de cunho fundamental, de ir, vir e permanecer; bem como em determinar a adoção de medidas legais para a prevenção de ocorrências que ameacem ou violentem aqueles sujeitos de direito.

Em que pese as mais diversas motivações para adoção desta “bondade dos bons”²³, inclusive, sob o argumento de que seriam salvaguardados os direitos fundamentais afetos à criança e ao adolescente, certamente, não se constitui no meio e, sequer, na proteção adequada para aqueles sujeitos de direito, consoante dispõe o art. 149 do Estatuto.

É o que já se experimentou no México através de decisões judiciais que se constituem em critérios jurídico-legais para elaboração de recomendações para o asseguramento dos direitos humanos afetos à criança e ao adolescente. Tais decisões declaram a inconstitucionalidade de tais medidas, uma vez que a aplicação de um horário restringido para a circulação de crianças e adolescentes viola o direito de liberdade de ir, vir e permanecer, isto é, de “trânsito” daqueles sujeitos de direito.

Senão, como se afirma: “en agravio de los menores de edad, advirtiéndose un trato discriminatorio a ese sector de la población”; bem como que “no constituye el médio legal e idóneo para disminuir o erradicar el vandalismo o la delincuencia juvenil en la localidad y, al contrario, la propia autoridad municipal actúa de manera arbitraria [...] la aplicación de sanciones que no se encuentran contempladas en ningún ordenamiento que emane de una autoridad competente

²³ RAMIDOFF, Mário Luiz. **Lições de direito da criança e do adolescente**: ato infracional e medidas socioeducativas. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

para tal efecto, violando con ello los derechos a la legalidad y a la seguridad jurídica”²⁴.

Os avanços civilizatórios e humanitários devem servir como orientações ideológicas que impeçam tais retrocessos, e isto pode ser muito bem assegurado através da formulação de políticas públicas destinadas à criança e ao adolescente, que contemplem programas sociais, em prol da infância e da juventude.

Afigura-se, pois, imprescindível o desenvolvimento doutrinário e pragmático de uma “teoria jurídica da proteção integral”²⁵, quando não, o estabelecimento do direito da criança e do adolescente, como disciplina obrigatória nos cursos de graduação e de pós-graduação relativas às áreas do conhecimento que se destinam ao estudo, pesquisa e extensão protetiva da infância e da juventude; como, por exemplo, direito, medicina, psicologia, pedagogia, serviço social, dentre outros.

Assim será possível distinguir a ideia de direito como ordenamento jurídico, senão, como um dos seus subsistemas ou mesmo como disciplina jurídica curricular (conhecimento/saber) que deve conter dimensões semânticas acerca do objeto (infância e juventude, enquanto condição peculiar de desenvolvimento da personalidade humana); dos objetivos (proteção integral enquanto cuidado especial dos direitos individuais, difusos e coletivos afetos à criança e ao adolescente para emancipação da personalidade humana); dos fundamentos (direitos humanos e direitos fundamentais); da metodologia (estratégias de viés inter e transdisciplinar); dos princípios (dignidade da pessoa humana e doutrina da proteção integral); e dos sujeitos de direito (criança e adolescente – subjetividades)²⁶.

²⁴ VARGAS, Graciela Sandoval; SOSA, Edgar Corzo. **Criterios jurídicos de las recomendaciones de la Comisión Nacional de los derechos humanos (1990-2005)**. México: Universidad Nacional Autónoma de México; Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2006. p. 84 e 85 (Serie Estudios Jurídicos, n. 92).

²⁵ RAMIDOFF, Mário Luiz. **Direito da criança e do adolescente: teoria jurídica da proteção integral**. Curitiba: Vicentina, 2008.

²⁶ Ibid.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estatuto da Criança e do Adolescente, nesses 19 (dezenove) anos de vigência, e, assim, de eficácia e validade formal e material, tem proporcionado às pessoas que se encontram na condição humana peculiar de desenvolvimento, isto é, na infância ou na juventude, à subjetivação necessária para o reconhecimento (titularidade) e o exercício de direitos e garantias (subjetividade jurídica).

A subjetivação é o processo pelo qual são reconhecidos direitos individuais e garantias fundamentais às pessoas. E, aqui, na área jurídico-legal destinada à proteção da infância e da juventude, tal reconhecimento atribui titularidade daqueles direitos e garantias, às pessoas que se encontram na condição humana peculiar de desenvolvimento, ou seja, às crianças e adolescentes. Assim, crianças e adolescentes passam a ter reconhecida a qualidade de sujeitos de direito, pelo ordenamento jurídico brasileiro, o qual “atribui a faculdade de adquirir e exercer direitos”²⁷.

A criança e o adolescente são sujeitos de direito porque não só são tidos como titulares de direitos, mas, também, porque são reconhecidos como tais (protagonistas) por todo ordenamento jurídico brasileiro através de garantias diferenciadas e especiais, como, por exemplo, a proteção integral e a absoluta prioridade, dentre outros asseguramentos distintivos.

A criança e o adolescente são novas subjetividades reconhecidas pelos avanços e conquistas jurídico-legais e sócio-políticos, o que, por certo, possibilitou não só o exercício de seus direitos individuais, mas, também, o asseguramento de suas garantias fundamentais.

A cidadania infanto-juvenil, assim, deve ser projetada através da compatibilidade entre os processos de subjetivação – reconhecimento, asseguramento e efetivação – e do exercício pleno da subjetividade jurídica, política e social pertinente à criança e ao adolescente. Por isso mesmo, um dos mais significativos conteúdos que se possa atribuir à ideia dessa nova “cidadania infanto-juvenil” é precisamente a noção de emancipação da pessoa humana.

²⁷ DIMOULIS, op. cit.

Porém, nesses 19 (dezenove) anos da vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, apesar de se verificar significativos avanços práticos para a consolidação da cidadania infanto-juvenil, também foi possível constatar retrocessos contundentes à subjetividade jurídica, política e social inerente à infância e à juventude.

Mas, é possível dizer que a criança e o adolescente desde o advento da Constituição da República de 1988, quando não pelas proposições afirmativas do Estatuto da Criança e do Adolescente, nos últimos 19 (dezenove) anos, tiveram ampliado o âmbito jurídico, político e social da cidadania infanto-juvenil.

Por tudo isso, continua ser plausível tanto jurídico, quanto político e socialmente afirmar que as “Leis de Regência” constituem e subjetivam a infância e a juventude, no Brasil, através da destinação de proteção integral, aquelas pessoas que se encontram na condição humana peculiar de desenvolvimento, quais sejam: crianças e adolescentes. Isto é, tanto a Constituição da República de 1988, quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente, permanecem, respectivamente, a constituir, através do reconhecimento e da titularização de direitos e garantias afetos à infância e à juventude, bem como através dos processos de subjetivação desses novos sujeitos de direito que os capacita em potencialidades, para o exercício responsável da cidadania infanto-juvenil.

REFERÊNCIAS

BICCA, Luiz. **Racionalidade moderna e subjetividade**. São Paulo: Loyola, 1997. (Coleção Filosofia, 43).

COELHO, Fábio Ulhoa. **Lógica jurídica**: uma introdução: um ensaio sobre a logicidade do direito. São Paulo: EDUC, 1992.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 2. ed. São Paulo: Revista Tribunais, 2007.

_____; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FREITAG, Bárbara. A norma social: gênese e conscientização. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo (Org.). **Introdução crítica ao direito**. 4. ed. Brasília: 1993, p. 49-51. (Série o Direito Achado na Rua; v. 1).

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

NOLETO, Mauro Almeida. **Subjetividade jurídica: a titularidade de direitos em perspectiva emancipatória**. Porto Alegre: SAFE, 1998.

MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre: SAFE, 1994.

_____. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: SAFE, 1998.

PERELMAN, Chãim. **Lógica jurídica: nova retórica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. Dialética dos direitos humanos. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo (Org.). **Introdução crítica ao direito**. 4. ed. Brasília: 1993. p. 79 e 80. (Série o Direito Achado na Rua; v. 1).

RAMIDOFF, Mário Luiz. A constituição ainda constitui? **Revista Ciência e Opinião do Núcleo de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas do UniCenP** (Direito; Gestão; Educação; Comunicação), Curitiba, v.1, n. 1, p. 115-125, jan./jun. 2003.

_____. **Direito da criança e do adolescente: teoria jurídica da proteção integral**. Curitiba: Vicentina, 2008.

_____. **Lições de direito da criança e do adolescente: ato infracional e medidas socioeducativas**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

SCHIMDT, Margrit Dutra. A questão da cidadania. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo (Org.). **Introdução crítica ao direito**. 4. ed. Brasília: 1993. p. 74-75. (Série o Direito Achado na Rua, v. 1).

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo (Org.). **Introdução crítica ao direito**. 4.ed. Brasília: 1993 (Série o Direito Achado na Rua, v. 1).

SOUZA, Sérgio Augusto Guedes Pereira de. **Os direitos da criança e os direitos humanos**. Porto Alegre: SAFE, 2001.

VARGAS, Graciela Sandoval; SOSA, Edgar Corzo. **Criterios jurídicos de las recomendaciones de la Comisión Nacional de los derechos humanos (1990-2005)**. México: Universidad Nacional Autónoma de México; Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2006. (Serie Estudios Jurídicos, 92).

O MODELO INSTITUCIONAL DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE AVANÇOS E DESAFIOS

*Herberth Costa Figueiredo **

Resumo: Este estudo procura demonstrar que, inobstante os inegáveis avanços obtidos pelo Sistema Único de Saúde ao longo de duas décadas de existência, é preciso enfrentar os desafios que obstaculizam a implementação do direito à saúde no Brasil, de forma que o SUS possa reestruturar-se como um sistema de saúde efetivamente universal e que promova a inclusão social.

Palavras-chave: Sistema Único de Saúde. Modelo institucional. Universalização. Ações e serviços de Saúde. Políticas de saúde. Accountability. Reforma sanitária.

Abstract: This study intends to demonstrate that although the undeniable progress achieved by the Unified Health System (SUS) over two decades, it is still necessary to face the challenges hindering the implementation of health rights in Brazil, so that the SUS can be restructured as a health care system effectively universal and able to promote social inclusion.

Keywords: Unified Health System. Institutional model. Universalization. Health. Actions and services. Health Policy. Accountability. Sanitary Reform.

* Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. Mestre e Doutorando em Direito Constitucional.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade precípua abordar, de forma clara e objetiva, os avanços e os desafios do Sistema Único de Saúde como a maior política social em curso no País.

O tema será desenvolvido de forma sistemática, tendo em vista que para se compreender o modelo institucional do Sistema Único de Saúde é imprescindível analisá-lo na perspectiva das estruturas existentes, dos processos de produção dos serviços e dos resultados sanitários.

Para demonstrar a abrangência e o impacto do Sistema Único de Saúde na sociedade brasileira, assinalar-se-á não-somente os avanços já consolidados no sistema de saúde, como também os desafios que deverão ser superados, a fim de que o SUS deixe de ser uma utopia para se tornar uma realidade.

Ênfase especial será reservada para os desafios a serem superados pelo Sistema Único de Saúde, vez que para sua implantação efetiva é imprescindível o enfrentamento dos problemas estruturais da universalização do sistema, financiamento, modelo institucional, modelo de atenção à saúde, gestão do trabalho, e participação social.

Finalmente, serão apresentados os paradigmas para a construção de uma verdadeira reforma sanitária de forma a delinear um novo arcabouço legal para a implementação efetiva do modelo institucional do Sistema Único de Saúde.

2 A CONSTRUÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

A Constituição Federal de 1988 é um marco do restabelecimento da democracia da conquista dos direitos sociais, pois consolidou um sistema de proteção social fundamentado nos princípios da universalidade e da seguridade. O melhor que ela deixou para os brasileiros foi o espírito cívico e democrático presente em sua elaboração, proporcionando uma reflexão sobre os avanços e desafios realizados na área dos direitos e garantias individuais e dos direitos sociais.

Essa Constituição representa um grande avanço para a consolidação das instituições democráticas no País, ainda que a ampliação dos direitos sociais e econômicos tenha chegado tardiamente. A democra-

cia, como forma de governo, é uma construção política, assim como o Sistema Único de Saúde (SUS).

A Constituição Federal de 1988 representa um marco na proteção social brasileira, inspirada por mecanismos no Estado de Bem-Estar Social implantado na Europa no pós-guerra, a começar pela introdução do Princípio da Seguridade Social, que se contrapõe à idéia do seguro social, quando a pessoa apenas tem direito, caso contribua. No caso da seguridade, prevalece a idéia de que a sociedade como um todo está disposta a contribuir, por meio de impostos, para que todos tenham direito ao mínimo.

A Constituição Federal de 1988 tratou a saúde, a educação e a previdência como direitos e não como filantropia ou caridade, pois dentro da perspectiva do princípio da universalidade o direito é para todos os cidadãos, pois hoje qualquer pessoa tem acesso gratuito ao sistema de saúde.

O embrião do Estado de Bem-Estar Social se contrapõe ao Estado Mínimo, uma vez que o Estado não pode ser mínimo em questões essenciais, especialmente no que se refere à saúde coletiva, vez que a saúde é um dos corolários para a consumação do princípio da dignidade humana dentro do contexto de um legítimo Estado Democrático de Direito.

O modelo institucional do SUS está ancorado no federalismo brasileiro do tipo cooperativo e intra-estatal.

Por força da Constituição Federal de 1988 houve uma descentralização dos serviços de saúde para os Estados e muito especialmente para os Municípios.

O componente da cooperação é predominante no SUS não somente nas pactuações permanentes entre os Gestores de Saúde nos três níveis de governo, como também na transferência de recursos fundo a fundo, que permite liberar o sistema das amarras dos convênios e dar agilidade às políticas públicas de saúde. (CONASS, 2006, p. 103).

Sem organização do sistema de saúde não se construirá o Sistema Único de Saúde que queremos, pois é preciso avançar nas políticas públicas de saúde.

O Sistema Único de Saúde, sem dúvida, é um avanço, porém isso não significa que ele esteja plenamente funcionando, mesmo por-

que trata-se de uma política pública jovem, mas com capacidade de renovar-se continuamente.

O Sistema Único de Saúde criado pela Constituição Federal de 1988, e que teve origem em movimentos políticos-sanitários surgidos na década de 80, vem se recriando, permanentemente, por meio de reformas implementares, acordadas pelos três entes federativos, União, Estados e Municípios, em movimento de mudança que não é apenas uma norma operacional, mas um acordo interfederativo.

A constituição jurídica do Sistema Único de Saúde, que inicialmente recriou-se por meio de normas operacionais básicas (NOB's), obtidas através do consenso das três esferas de governo após longas negociações, recentemente, a partir do ano de 2006, deu-se através do Pacto pela Saúde, que representa um acordo interfederativo que articula o Pacto pela Vida, o Pacto em Defesa do SUS e o Pacto de Gestão.

O Pacto pela Saúde introduz um sentido de gestão pública por resultados e de responsabilidade sanitária, estende a discussão da saúde para fora dos limites setoriais, e aprofunda a descentralização do SUS para Estados e Municípios de forma compartilhada.

Assim, a concepção de Sistema Único de Saúde dentro do texto constitucional de 1988 insere-se no princípio basilar da universalização, expresso na Saúde como direito de todos os brasileiros, a ser provida como dever do Estado.

3 AVANÇOS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Inobstante o Sistema Único de Saúde ser uma política jovem, o mesmo tem sido capaz de estruturar e consolidar um sistema público de saúde de enorme relevância e que apresenta resultados inquestionáveis para a população brasileira.

A dimensão dos números e a qualidade de certos programas atestam os avanços obtidos pelo SUS e isso pode ser analisado nas perspectivas das estruturas existentes, dos processos de produção de serviços, dos resultados sanitários e da opinião da população brasileira.

Em que pesem as dificuldades históricas e estruturais de implementação de um projeto da envergadura do SUS, a sua abrangência e o seu impacto atingiram marcos incontestáveis, que envolve cerca de 6 mil hospitais credenciados com mais de 440 mil leitos contratados e 63 mil unidades ambulatoriais.

A atenção básica do Sistema Único de Saúde organiza-se por meio de 26 mil Equipes de Saúde da Família (ESF), 215 mil agentes comunitários de saúde e 13 mil equipes de saúde bucal, que prestam serviços de atenção primária em mais de 5 mil Municípios brasileiros.

Os números anuais da produção de serviços de saúde no Sistema Único de Saúde também são impressionantes, pois são 12 milhões de internações hospitalares, mais de 1 bilhão de procedimentos em atenção primária à saúde, 150 milhões de consultas médicas, 2 milhões de partos, 300 milhões de exames laboratoriais, 1 milhão de tomografias computadorizadas, 9 milhões de exames de ultra-sonografia, 140 milhões de doses de vacinas, mais de 15 mil transplantes de órgãos, 9 milhões de procedimentos de quimio e radioterapia, 184 mil soropositivos DST/AIDS atendidos com medicamentos, quase 10 milhões de sessões de hemodiálise, além de outros procedimentos que são realizados no SUS. (CONASS, 2006, p. 31).

Analisando-se as estruturas e os processos produtivos da dimensão dos números do Sistema Único de Saúde e qualidade de seus problemas constata-se evoluções positivas no sistema de saúde, denotando que o SUS representa não somente a maior política social em curso no País, como também o maior plano de saúde do mundo que atualmente beneficia direta e indiretamente toda a população brasileira.

Cumprir lembrar que antes da implantação do Sistema Único de Saúde, existia uma separação no sistema público de saúde brasileiro entre os incluídos e os não incluídos economicamente. Para os incluídos havia saúde previdenciária a que tinham direito os portadores da carteirinha do Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social (INAMPS); e para os não incluídos restavam a atenção ambulatorial provida por unidades de medicina simplificada e a atenção hospitalar prestada por entidades filantrópicas aos indigentes.

Para Santos (1979, p. 37), o SUS pôs fim, em pouco tempo à figura iníqua dos indigentes sanitários, promovendo a integração do

antigo INAMPS ao sistema público único de saúde, rompendo com a trajetória de formação do Estado brasileiro assentada na centralização e com uma concepção de cidadania que vinculava os direitos sociais à inserção no mercado de trabalho, a cidadania regulada.

Apenas em 1988, com a nova Constituição Federal e a estruturação do Sistema Único de Saúde, todos os brasileiros passaram a ter acesso à saúde como um direito. O SUS deixou de ser uma utopia para se tornar uma realidade, passando de um salto de cobertura de 30 milhões de pessoas para 140 milhões de pessoas (75%) que dependem exclusivamente do SUS para seu atendimento, tratamento, prevenção de doenças e promoção da saúde.

O Sistema Único de Saúde é uma política pública de saúde que avança e vem colhendo conquistas significativas, sendo exemplos de sucesso a cobertura de Estratégia de Saúde da Família; o Programa de Controle do HIV/AIDS; o Programa de Imunizações com erradicação da poliomielite e o controle do sarampo, do tétano e da difteria; e o Programa de Transplante, em que o Brasil é o segundo País do mundo em número de transplante de órgãos.

O Programa Saúde da Família (PSF) acompanha cerca de 78 milhões de brasileiros, atingindo 44% da população brasileira, produzindo significativos reflexos na redução da mortalidade infantil e do percentual de óbitos de menores de cinco anos, fazendo com que houvesse redução em mais de 50% da desnutrição dessas crianças e uma queda de 44% da mortalidade infantil, bem como na melhoria da qualidade de vida da população, aumentando a expectativa de vida dos brasileiros, que estão vivendo em média, cinco anos e meio a mais do que no início dos anos 90.

O Programa de Controle do HIV/AIDS, instituído em 1986, é referência internacional, tanto no tratamento quanto na prevenção, arcando com o tratamento de 184 mil pacientes soropositivos com anti-retrovirais ao custo de 850 milhões de reais ao ano.

O Programa Nacional de Imunização (PNI) é um programa exitoso, que aplica 130 milhões de vacinas por ano, tendo erradicado a febre amarela e a varíola, e que há mais de uma década e meia não registra nenhum caso novo de poliomielite, tornando-se por isso uma referência internacional.

A estratégia de dias nacionais de vacinação, desenvolvida no Brasil, foi adotada por vários países. Doenças que afligiam milhares de crianças brasileiras estão controladas, pois formas graves de tuberculose, o tétano, a coqueluche, a difteria, a rubéola, a caxumba, e outras, estão em franca redução no Brasil, sendo que há três anos não é registrado nenhum caso de sarampo, doença esta considerada já em processo de erradicação no País.

O Programa Nacional de Imunização ampliou o rol de imunobiológicos oferecidos à população em 26 mil postos de rotina de vacinação, implantando a vacinação em adultos, principalmente em mulheres em idade fértil (entre 12 e 49 anos) que recebem a vacina dupla bacteriana contra tétano e difteria, e também para idosos a partir de 60 anos que são imunizados contra a gripe, tétano e difteria em todos os postos de vacinação do País.

O Sistema Nacional de Transplante (SNT), instituído em 1997, é o maior programa público de transplante de órgãos do mundo, que envolve 555 estabelecimentos de saúde, 1.376 equipes de transplante, distribuídos em 25 centrais estaduais de transplante.

Segundo dados da Secretaria de Atenção à Saúde (SAS), órgão do Ministério da Saúde, em 2007 foram realizados pelo Sistema Único de Saúde 15.855 transplantes de órgãos no País. (CONASS, 2006, p. 39).

Note-se que os programas de sucesso do Sistema Único de Saúde acima transcritos são marcados pela continuidade na gestão, na estratégia e na profissionalização dos mesmos, vez que são planos que foram pensados, estruturados e mantidos ao longo dos anos, e que sempre tiveram um respaldo da população, que percebe neles qualidade e relevância social.

Também não se pode deixar de destacar que na alta complexidade do Sistema Único de Saúde existem ilhas de excelência, como o Instituto Nacional de Câncer (INCA), o Instituto do Coração (INCOR) e a Rede SARAHE de Hospitais, que são hospitais públicos pertencentes ao sistema que prestam serviços públicos de excelência e que são tidos como modelos pela população e referência, inclusive em nível internacional.

4 DESAFIOS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Embora se reconheça como vertente os inegáveis avanços conquistados pelo Sistema Único de Saúde, desde sua criação, não se pode deixar de reconhecer que ainda persistem muitos problemas a serem enfrentados para consolidá-lo como um sistema público universal que possa prestar serviços de qualidade a toda a população brasileira.

Apesar de enfrentar um contexto de dificuldades, relacionadas com a realidade econômica e social do País e com a questão da garantia de recursos regulares e suficientes para suas atividades, o Sistema Único de Saúde ampliou, de forma significativa, o acesso dos brasileiros à saúde e melhorou muito os indicadores de qualidade de vida da população.

Contudo, os avanços do Sistema Único de Saúde não devem restringir-se a ações autolaudatórias porque, se o SUS é uma solução engenhosa, apresenta, ainda, muitos desafios a enfrentar, vez que não deve ser visto como um problema sem solução, mas como uma solução com problemas.

A efetivação do direito à saúde, através do Sistema Único de Saúde, implica, fundamentalmente, na reafirmação dos compromissos com os seus quatro princípios constitucionais: o primeiro, explicitado no art. 196, da CF/88, que é o princípio basilar da universalidade, expresso na Saúde como direito de todos a ser provido como dever do Estado; e os outros três princípios prescritos no art. 198, da CF/88, referentes à descentralização, ao atendimento integral e à participação da comunidade.

Mesmo reafirmando as premissas de universalidade, integralidade e equidade, tem-se que reconhecer que o modelo atual de operacionalização do Sistema Único de Saúde apresenta algumas dificuldades insuperáveis, como a falta de financiamento/subfinanciamento crônico, gestão deficiente e dependência de serviços privados que podem acarretar o enterro da rede pública de saúde brasileira.

O sistema de saúde se defronta com problemas, os quais podem ser agrupados em torno de seis grandes desafios a superar: da universalização; do financiamento; do modelo institucional; do modelo de atenção à saúde; da gestão do trabalho; e da participação social.

4.1 Desafio da Universalização

A instituição de um sistema público universal foi a grande luta da Reforma Sanitária brasileira, incorporada na Constituição Federal de 1988, mas infelizmente não tem sido possível construir a universalização da saúde, em face do dilema entre a universalização e a segmentação.

No Brasil, a construção social do Sistema Público de Saúde vem sendo feita de forma a distanciar um SUS real, segmentado, do SUS constitucional, universal. Isso acontece porque o SUS tem se estruturado para responder às demandas universais dos setores mais pobres da população e de demandas setorizadas, especialmente dos serviços de maiores custos, da população integrada economicamente.

A segmentação do Sistema Único de Saúde pode ser entendida pela composição relativa dos usuários do SUS, vez que 28,6% dos brasileiros são usuários exclusivos do SUS; 61,5% são usuários não exclusivos; e apenas, 8,7% são não usuários. Isso significa que 61,5% dos brasileiros utilizam-se também dos sistemas privados e que 8,7% são usuários exclusivos dos sistemas privados. (CONASS, 2007, p. 233).

Em virtude das dificuldades de se criarem as bases materiais para a garantia do direito constitucional da universalização, o Sistema Único de Saúde vem se consolidando como parte de um sistema segmentado que incorpora dois outros subsistemas relevantes, o Sistema de Saúde Suplementar e o Sistema de Desembolso Direto.

O Sistema de Saúde Suplementar é um sistema privado de assistência à saúde, executado por operadoras privadas, sob a regulação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), que cobre uma população de 42,5 milhões de brasileiros, 35,8 milhões com cobertura de planos médicos e odontológicos e 6,7 milhões como usuários exclusivos de planos odontológicos. (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, 2006, p. 67).

A segmentação do sistema de saúde brasileiro admite um segundo sistema privado, o Sistema de Desembolso Direto, representado por serviços de saúde adquiridos em prestadores privados por meio de gastos diretos dos bolsos das pessoas ou das famílias, atingindo a maior parte da população brasileira, especialmente os 61,5% dos usuários não exclusivos do SUS e que hoje representam cerca de 115 milhões de habitantes.

Os problemas da segmentação manifestam-se no sistema de saúde brasileiro, ampliando as iniquidades na saúde, propiciando uma mobilidade unilateral da demanda, vez que os beneficiários do Sistema de Saúde Suplementar utilizam, com frequência, os serviços da maior densidade tecnológica do SUS, mas os que não estão cobertos pelos planos de saúde não podem utilizar seus serviços privados.

As razões pelas quais os usuários dos planos privados buscam os procedimentos de maior densidade tecnológica no sistema público estão nos altos custos desses serviços, o que leva à falta de oferta pelos planos privados, e na percepção pela população que esses serviços do SUS têm maior qualidade.

A cobertura de serviços públicos de saúde aos segurados de planos de saúde configura uma seleção adversa no SUS, pois as tentativas de reembolso ao SUS por essas despesas têm sido frustrantes e não parecem ter uma solução factível.

Como se percebe, as possibilidades de um Sistema Único de Saúde universal passam por dois aspectos fundamentais: o sistema de valores da sociedade sobre os quais se estruturará o desenvolvimento brasileiro, e o volume e a composição do gasto em saúde.

A materialização do Sistema Único de Saúde como sistema público universal implicará determinar que opção valorativa a sociedade brasileira vai tomar para o seu desenvolvimento econômico e social nos anos futuros, bem como definir qual o SUS que a sociedade brasileira deseja e quanto está disposta a pagar por ele.

4.2 Desafio do Financiamento

O desafio do financiamento da saúde no Brasil pode ser analisado sob vários aspectos, sendo o mais comum o da insuficiência dos recursos financeiros para se construir um sistema público universal, vez que no País se gasta pouco em saúde, especialmente no que se concerne ao gasto público.

Todavia, também, gasta-se mal em saúde pública no Brasil, sendo imprescindível criar-se uma consciência interna no Sistema Único de Saúde de que se deverá melhorar a qualidade do gasto público.

Observando-se o Relatório “La Salud en las Americas”, preparado conjuntamente pela Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS) e Organização Mundial de Saúde (OMS), e publicado em 1988, tem-se uma definição dos reais motivos pelos quais a Saúde no Brasil não é efetivada.

Inicialmente, o Relatório aponta como principal causa da não efetivação do direito à saúde a insuficiência dos recursos para atender a demanda da população, tendo em vista que o Governo faz a opção de reajustar as contas públicas em detrimento aos gastos sociais.

Os dados do Relatório revelam que os gastos públicos em saúde no Brasil, no período compreendido de 1980 a 1990, em relação ao Produto Interno Bruto (PIB), atingiram a média de 3,5 % do PIB ou US\$ 300 *per capita*/ano. Comparando-se esses recursos destinados à saúde com os da Argentina, que aplica 6% de seu PIB ou US\$ 600 *per capita*/ano, e com os Estados Unidos que destinam 12% do PIB ou US\$ 2,8 mil *per capita*/ano em gastos com a saúde, percebe-se que o Brasil figura entre os Países do continente americano que possui a mais reduzida participação do Produto Interno Bruto (PIB) das verbas destinadas à saúde, tendo em vista que o gasto federal com atividades promovidas pelo Ministério da Saúde representa apenas cerca de 10,4% da arrecadação da União. (SCHWARTZ, 2001, p. 149).

Os dados estatísticos da OPAS permite-nos afirmar que o Brasil é o País da América Latina que menos investe em saúde, apenas 3,5 % de seu PIB contra a média de 13 % verificada nos demais Países da região, figurando no *ranking* sanitário elaborado pela OMS entre 191 Nações na vergonhosa posição do 125º lugar, ficando atrás de Países muito mais pobres e subdesenvolvidos como Brunei (40º), Barbados (46º), República Dominicana (41º), Paraguai (57º), Santa Lúcia (68º), Ilhas Salomão (80º), Palau (82º), Nauru (98º) e Ilhas Cook (107º).

Portanto, o desafio do financiamento na saúde tem de ser enfrentado em duas vertentes, a da quantidade e a da qualidade do gasto, ou seja, haverá que se aumentar o gasto em saúde, mas ao mesmo tempo, melhorar sua qualidade.

Os gastos em saúde crescem constantemente em razão da existência de forças expansivas e de problemas estruturais do sistema; entre elas podemos citar o envelhecimento da população; as doenças

crônicas provenientes de infecções reemergentes e emergentes; o constante processo de incorporação tecnológica; a pressão dos prestadores de serviços, da indústria biomédica e da indústria farmacêutica pela incorporação e adoção das novas tecnologias no mercado; e a expansão das estruturas e das práticas médicas, estimulando a construção de novas unidades de saúde, a formação crescente dos recursos humanos e a incorporação de formas de pagamento dos serviços indutoras de uma sobre-utilização.

O art. 198, § Único, da Constituição Federal de 1988, diz que o Sistema Único de Saúde seria financiado com recursos dos orçamentos da Seguridade Social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes; e o art. 55, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) previa que, até a aprovação da Lei de Diretrizes Orçamentárias, 30%, no mínimo, do orçamento da Seguridade Social, excluído o seguro-desemprego, seriam destinados ao setor de saúde.

Ocorre que, na prática e por circunstâncias do federalismo fiscal brasileiro, os dispositivos constitucionais de financiamento do Sistema Único de Saúde nunca funcionaram, valendo mais como teto orçamentário do que para a realização efetiva de despesas, propiciando o subfinanciamento do sistema de saúde.

A partir do ano de 1993, a crise no Sistema Único de Saúde se agravou, pois o financiamento da saúde pública perdeu a sua principal fonte que era proveniente dos recursos arrecadados pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), vez que os mesmos passaram a cobrir somente as despesas previdenciárias, tendo a saúde que disputar, com distintas áreas, outras fontes de receitas.

Com a perda dos recursos provenientes da Seguridade Social, surgiram algumas soluções para dar maior estabilidade ao financiamento da saúde, como a criação em 1996 da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF) e a Emenda Constitucional nº 29, de 13 setembro/2000, que vinculou o mínimo a ser aplicado em ações e serviços de saúde pelos governos municipais e estaduais e pela União. Para os Estados, o mínimo é de 12% das receitas próprias e para os Municípios, 15% das receitas próprias. No caso da União, o limite mínimo de gasto foi estabelecido como o valor empenhado em 1999,

acrescido de 5% e, nos anos subsequentes, a variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB).

Entretanto, inobstante a aprovação da Emenda Constitucional nº 29/2000, passados seis anos, a mesma ainda não foi regulamentada infraconstitucionalmente, fazendo com que a determinação constitucional deixasse de produzir efeitos no financiamento do Sistema Único de Saúde, pois a falta de uma definição precisa sobre o que são ações e serviços de saúde tem gerado distorções na vinculação dos recursos da União, dos Estados e dos Municípios.

A regulamentação da Emenda Constitucional nº 29/2000 encontra-se em tramitação no Congresso Nacional por meio do Projeto de Lei Complementar nº 01/2003, que esclarece não somente o que são ações e serviços de saúde, como também pretende corrigir distorções na vinculação dos recursos da União, estabelecendo que a mesma aplique anualmente em ações e serviços de saúde, no mínimo, o montante equivalente a 10% de suas receitas correntes brutas, contantes dos orçamentos Fiscal e da Seguridade Social.

Não obstante a legislação construída ao longo dos anos, os recursos financeiros para o Sistema Único de Saúde têm sido insuficientes para implantar e dar suporte a um sistema público universal de qualidade.

Não há dúvidas de que é necessário aumentar os gastos públicos em saúde no Brasil para que se possa construir um sistema público universal de qualidade, porém isso não deve ocorrer por meio do incremento constante da carga tributária, mas através do crescimento econômico sustentável e pelo aumento da participação relativa da saúde nos gastos públicos.

4.3 Desafio do Modelo Institucional

O Brasil é um País federativo e, por essa razão, o modelo institucional do Sistema Único de Saúde foi construído para ser operado pela tríade federativa, pois os entes federados mantêm, entre si, diretamente ou por meio da mediação de instituições de gestão compartilhada e de controle social, complexas inter-relações.

Os avanços obtidos pelo Sistema Único de Saúde e o sucesso dos programas desenvolvidos nos últimos anos, devem-se, em boa

parte, à contribuição parceira dos governos federal, estaduais e municipais e à vigilante ação de controle social exercida pelos Conselhos de Saúde, em suas diversas instâncias.

O modelo institucional do Sistema Único de Saúde encontra-se estruturado no federalismo brasileiro de tipo federativo e inter-estatal.

O componente da cooperação é predominante no Sistema Único de Saúde, manifestando-se na instituição de instâncias permanentes de pactuação, as Comissões Intergestores Tripartite e Bipartites. Esses mecanismos decisórios interfederativos garantem o caráter de federalismo inter-estatal funcionando como mecanismos de freios e contrapesos à concentração de autoridade em determinados entes federativos.

Outro mecanismo cooperativo fundamental, criado pelo federalismo sanitário brasileiro, foi a transferência de recursos fundo a fundo, que permite liberar o sistema das amarras dos convênios e dar agilidade às políticas públicas de saúde.

Além disso, o federalismo sanitário brasileiro desenvolveu sistemas solidários para a solução de problemas comuns, como os Consórcios Intermunicipais de saúde.

Em função das determinações da Lei Federal nº 8.142/90, o modelo institucional do Sistema Único de Saúde estabelece, em todos os níveis do sistema, a participação social por meio dos Conselhos de Saúde.

O espírito da Constituição Federal de 1988 foi de descentralização dos sistemas de saúde, de forma a garantir-se políticas públicas mais democráticas, já que estariam mais próximas da cidadania organizada, propiciando o uso mais eficiente dos recursos da saúde.

O modelo institucional do Sistema Único de Saúde deve expressar a opção do federalismo brasileiro por um federalismo cooperativo de tipo intra-estatal, o qual deve balizar as mudanças do modelo institucional do SUS e a superação dos problemas do federalismo sanitário brasileiro.

Os problemas do federalismo sanitário brasileiro são claros e localizam-se na crise do federalismo fiscal, de modo que um novo modelo institucional do Sistema Único de Saúde vai depender de uma reforma sanitária que redistribua as receitas sanitárias entre os entes federados de forma mais equânime e redefina as competências interfederativas na saúde.

No entanto, em face dos entraves burocráticos e dissensos entre os atores políticos e econômicos, no cenário nacional, na implementação da reforma tributária, é preciso avançar no aperfeiçoamento do modelo institucional do Sistema Único de Saúde por meio do Pacto pela Saúde, instituído pela Portaria GM/MS nº 399, de 22 de fevereiro de 2006, objetivando a efetiva operacionalização do sistema de saúde, assim como para aperfeiçoar os mecanismos de planejamento e programação para a gestão do SUS.

Um elemento central da doutrina federativa é o equilíbrio entre os entes nacionais e subnacionais, o qual, ainda que em grande parte dependa de uma reforma tributária, pode ser melhorado imediatamente, através de outros mecanismos. O Pacto pela Saúde, por exemplo, criou um ambiente mais propício ao desenvolvimento de um federalismo mais cooperativo no Sistema Único de Saúde.

O modelo institucional do SUS apresenta forte desequilíbrio interfederativo, vez que há uma presença decisória forte do Executivo que se sobrepõe normativamente aos controles legislativos e dos Conselho de Saúde. A centralização dos recursos na esfera federal concentra, também, no Ministério da Saúde, o poder normativo do SUS. (CONASS, 2006, p. 109).

As políticas dos governos subnacionais são fortemente dependentes do poder normativo e econômico do Ministério da Saúde e sujeitas às transferências de recursos federais, pois o poder normativo do Ministério da Saúde, além de quantitativamente dominante, é qualitativamente inadequado num sistema de federalismo cooperativo.

As normas ministeriais são, em geral, abrangentes e minudentes, muitas vezes não permitindo uma reinterpretação nos níveis subnacionais de governo para adequá-las às realidades regionais e locais, ou seja, as políticas pactuadas nacionalmente não se adequam às singularidades e realidades regionais.

O novo pacto federativo sanitário deverá estruturar-se sob o mote da unidade doutrinária e da diversidade operacional, onde o Ministério da Saúde deverá ser o garantidor da unidade doutrinária, formulador e controlador das políticas nacionais e co-financiador do sistema segundo critérios equitativos.

Assim, o papel da União no pacto federativo da Saúde é manter a integridade dos princípios do Sistema Único de Saúde, definir as prioridades nacionais a partir das necessidades de saúde da população e monitorar seus resultados, e participar do financiamento garantindo a equidade interfederativa.

Para se alcançar o equilíbrio entre competição e cooperação no federalismo sanitário brasileiro é necessário reforçar os mecanismos cooperativos desenvolvidos e eliminar as competições predatórias do sistema de saúde.

O fortalecimento das Comissões Intergestores Bipartites Estaduais como mecanismos de cooperação e de freios e contrapesos às tendências centralizadoras é importante para fortalecer as instâncias de pactuação do SUS, consolidando a musculatura institucional e os sistemas gerenciais na recriação das políticas nacionais de acordo com as realidades estaduais.

Também é fundamental desenvolver as Comissões Intergestores Bipartites a níveis regionais dentro dos Estados, a fim de que as CIB's regionais articulem, cooperativamente, o Estado e os Municípios na região sanitária.

Os Consórcios Públicos de Saúde também poderão ser reforçados em sua vertente cooperativa, sendo fundamental adequá-los às bases territoriais dos Planos Diretores de Regionalização e às regras normativas do Sistema Único de Saúde, especialmente no que concerne ao sistema de contratação de prestadores de serviços.

Como se percebe, as possibilidades de avanços do modelo institucional do Sistema Único de Saúde expressam, no seu conjunto, um novo movimento de descentralização do SUS. Tal movimento deverá ser feito de acordo com os princípios doutrinários e operacionais do federalismo cooperativo intra-estatal, de maneira a descentralizar da União para os Estados e dos Estados para as regiões sanitárias certas ações e serviços de saúde, e também centralizar, relativamente, certos serviços que exigem escala mínima para operarem com eficiência e qualidade, dos Municípios para as regiões sanitárias.

Dessa forma, as regiões mesorregionais são de suma importância para o federalismo sanitário brasileiro, pois representam uma

forma de compatibilizar o acesso aos serviços de saúde próximos aos cidadãos com provisão econômica e de qualidade.

4.4 Desafio do Modelo de Atenção à Saúde

O modelo de atenção à saúde do SUS caracteriza, à semelhança de quase todos os sistemas de saúde universais, por ser voltado para o atendimento às condições agudas, não se prestando para responder, com eficiência e efetividade, a uma situação epidemiológica marcada pelo predomínio relativo das condições crônicas.

O modelo de atenção à saúde do SUS vive uma grave crise, representada pela incoerência entre a situação de saúde do Brasil e a resposta social organizada para responder a essa situação.

As condições agudas das doenças caracterizam-se por serem de duração limitada; manifestação abrupta, causa usualmente simples; diagnóstico e prognóstico usualmente preciso; intervenções tecnológicas usualmente efetivas; e o resultado das intervenções leva normalmente à cura.

Diversamente, as condições crônicas das doenças caracterizam-se por serem de manifestação inicial usualmente gradual; a duração da doença é longa ou indefinida; as causas são múltiplas e mudam ao longo do tempo; o diagnóstico e prognóstico são usualmente incertos; as intervenções tecnológicas são usualmente não decisivas e, muitas vezes, com efeitos adversos; o resultado não é a cura, mas o cuidado; as incertezas são muito presentes; e o conhecimento deve ser compartilhado por profissionais e usuários de forma complementar.

As condições crônicas vão além das doenças crônicas, como diabetes, hipertensão, câncer, tuberculose, HIV/AIDS, hanseníase, distúrbios mentais de longa duração, deficiências físicas ou estruturais contínuas; e as condições maternas e perinatais.

Os principais fatores determinantes do aumento relativo das condições crônicas são as mudanças demográficas, as mudanças nos padrões de consumo e nos estilos de vida, e a urbanização acelerada.

A crise do modelo de atenção à saúde do SUS se explicita na incoerência entre uma situação epidemiológica de dupla carga das doenças, em que 75% das causas dessa carga é composta por condições

crônicas, e um modelo de atenção à saúde voltado para a atenção das condições agudas. Quando os problemas de saúde são crônicos, o modelo de atenção às condições agudas não funciona, devendo ser desenvolvidos os cuidados inovadores para as condições crônicas.

Um dos problemas centrais da crise dos sistemas de serviços de saúde contemporâneos, inclusive no Sistema Único de Saúde, consiste no enfrentamento das condições crônicas na mesma lógica das condições agudas, ou seja, por meio de tecnologias destinadas a responder aos momentos agudos dos agravos, e através da atenção à demanda espontânea, principalmente em unidades ambulatoriais de pronto atendimento ou de internações hospitalares.

O modelo de atenção à saúde do SUS deve, para dar conta da situação de saúde brasileira, mudar radicalmente, pois é preciso organizar o modelo sob a forma de redes de atenção à saúde.

Uma primeira mudança será cultural, pois é preciso modificar a mentalidade de servidores, gestores e da própria população, no sentido de inverter a lógica da medicina curativa para a preventiva, já que fomos educados para exigirmos cada vez mais leitos, mais remédios, mais médicos, ou seja, queremos curar doenças e não preveni-las por meio da Atenção Básica, através da estruturação de complexos regionais de saúde, que é uma das peças fundamentais para a conquista do Sistema Único de Saúde.

O modelo hierárquico do Sistema Único de Saúde expresso em sua organização por níveis de atenção, da atenção básica à média e à alta complexidade, precisa ser revertido, vez que esse modelo piramidal tem consequências perversas na prática cotidiana do SUS.

A consideração da Atenção Primária à Saúde, como atenção básica, menos complexa que os níveis de média e alta complexidade não se sustenta, pois não é verdade que os procedimentos da mesma sejam menos complexos que os considerados de média e alta complexidade, inobstante serem menos densos tecnologicamente, mas que não deixam de ser muito complexos.

As tecnologias promocionais e preventivas da Atenção Primária à Saúde e o manejo de 90% dos problemas de saúde não configuram um conjunto de tecnologia de baixa complexidade. Essa visão ideológica, característica de uma Atenção Primária à Saúde como programa

para os pobres ou como programa de atenção seletiva, deve ser afastada e substituída por uma concepção contemporânea de estruturação de redes horizontais de atenção à saúde. (CONASS, 2007, p. 255).

Na concepção de redes, a idéia de hierarquia deve ser substituída pela de poliarquia, vez que não há hierarquia entre os diferentes problemas da rede sanitária, pois todos são igualmente importantes para os objetivos do sistema de saúde, com a diferença de que as redes de Atenção à Saúde apresentam uma característica singular, devendo ter um centro de comunicação que coordene os fluxos das pessoas e das coisas na rede e que é constituído pela Atenção Primária à Saúde.

As redes de Atenção à Saúde são entendidas como a organização horizontal dos serviços com o centro de comunicação na Atenção Primária à Saúde que permite prestar uma atenção contínua a determinada população, no tempo e lugar certos, com o custo e qualidade certos, e que se responsabiliza pelos resultados sanitários e econômicos relativos àquela população.

As redes de Atenção à Saúde do SUS deverão ser estruturadas em obediência aos princípios fundamentais de organização dos serviços de saúde em uma relação dialética entre eles, de maneira a ajustar-se à territorialização sanitária, a fim de que possa responder, com eficácia e eficiência às condições agudas e crônicas da população.

As redes de Atenção à Saúde devem ser interligadas por sistemas logísticos, sustentados por potentes tecnologias de informação, pois a ausência desses sistemas é que faz com que a referência e a contra-referência no SUS seja um discurso reiterado, mas sem possibilidade de concretização.

Dentre os principais sistemas logísticos das redes de Atenção à Saúde pode-se citar o cartão de identificação dos usuários do SUS; as centrais de regulação, compostas pelo módulo de consultas e exames especializados, pelo módulo de procedimentos ambulatoriais de alta complexidade, pelo módulo de internações de urgência e emergência e pelo módulo de internações eletivas; os prontuários eletrônicos; e os sistemas de transportes sanitários compostos pelo módulo de urgências e emergências, pelo módulo de transporte eletivo, pelo módulo de transporte de amostras de exames e pelo módulo de transporte de resíduos de saúde.

Os sistemas de apoio estão constituídos pelos sistemas de apoio diagnóstico terapêutico (patologia clínica e exames de imagem); e pelo sistema de Atenção Farmacêutica que envolve a organização dessa assistência em todo o seu ciclo (seleção, programação, aquisição, armazenamento, distribuição, prescrição, dispensação e uso racional).

As redes de Atenção à Saúde do SUS deverão conformar-se de modo que cada município seja auto-suficiente na Atenção Primária à Saúde; cada microrregião seja auto-suficiente na Atenção Secundária à Saúde (média complexidade); e cada macrorregião seja auto-suficiente na Atenção Terciária à Saúde (alta complexidade).

Dessa forma, a gestão da rede envolve a definição de uma institucionalidade de gestão e o uso de tecnologia de programação e monitoramento compartilhados do Sistema Único de Saúde.

4.5 Desafio da Gestão do Trabalho

As reformas no setor de saúde na década de 1990 foram pautadas pela implantação do Sistema Único de Saúde, com ênfase na descentralização das ações e serviços de saúde, sobretudo quanto à municipalização.

A descentralização das ações e serviços de saúde tem um lado perverso, o da desresponsabilização da esfera federal em relação à manutenção dessa força de trabalho responsável pelas políticas sociais, fato agravado pelas políticas fiscal e tributária que sempre privilegia a União.

A precarização da força de trabalho na saúde tem se agravado com as restrições orçamentárias impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal, que limita os gastos com pessoal, frente à necessidade de incorporação de pessoal para atender às novas demandas trazidas pelas políticas de saúde.

Para superar a insuficiência de pessoal no setor de saúde, os gestores do SUS, nas três esferas de governo, vêm adotando estratégias diferenciadas de gestão de pessoal, que incluem contratação temporária, terceirização através de empresas ou cooperativas, contratos por órgãos internacionais, contratos através de serviços prestados, bolsas de trabalho, estágios, triangulações por meio de empresas privadas,

contratos com entidades privadas não lucrativas, contratos de gestão com Organizações Sociais (OS's), e convênios com Organizações Sociais de Interesse Público (OSCIP's).

A utilização desses mecanismos diferenciados de gestão tem auxiliado o Sistema Único de Saúde a dar respostas mais rápidas às demandas por novos serviços ou pela ampliação dos já existentes, mas também tem levado a problemas de ordem legal e gerencial, ocasionando conflitos e impasses na implementação do SUS.

A gestão do trabalho no Sistema Único de Saúde é parte da gestão do trabalho na Administração Pública em geral e está relacionado ao contexto político e econômico mundial, compreendendo três grandes eixos: a mudança no modelo de Estado que passa do modelo provedor para o modelo regulador; a reestruturação produtiva que traz novas formas de relação de trabalho; e a incorporação tecnológica, que introduz novas práticas e novos processos de trabalho.

A Constituição Federal de 1988 instituiu o Regime Jurídico Único (RJU), estabelecendo, no âmbito da Administração Pública, a investidura em cargo ou emprego público mediante a forma exclusiva de concurso público. No entanto, com a Emenda Constitucional nº 19, de 04 julho 1998, flexibilizou a contratação do setor público, adotando de forma complementar a contratação de serviços pela via da terceirização.

Assim, a Administração Pública vem se estruturando com uma vasta utilização dos contratos de serviços pela via da terceirização, alternando com a abertura de concursos para incorporação de funcionários pelo Regime Jurídico Único.

A lógica da terceirização dos serviços de saúde implica em precariedade de vínculo, na medida em que, não havendo concurso público para contratação do trabalhador, quem não estiver incorporado ao Regime Jurídico Único tem vínculo precário.

A questão do trabalho e da formação da qualificação dos trabalhadores em saúde, no âmbito do SUS, é um desafio que para ser superado envolve três grandes conjuntos de atividades: a Gestão das Relações de Trabalho; o Planejamento e o Gerenciamento; e a Gestão da Educação do Trabalhador em Saúde.

A Gestão das Relações do Trabalho visa a superar os velhos modelos normativos, burocráticos e estáticos de administração de re-

recursos humanos pela gestão participativa, colegiada e pactuada com os trabalhadores e seus representantes, tanto nos aspectos das relações individuais (contrato e salário), quanto das relações coletivas (representação, greve, e negociação).

As mesas de negociações permanentes do Sistema Único de Saúde são bons exemplos de instrumentos institucionalizados que buscam dar equidade, resolutividade e qualidade às ações e serviços de saúde.

O Planejamento implica a estimativa quantitativa das necessidades e, sobretudo na determinação das competências e perfis da força de trabalho, sendo muito importante na articulação com o processo de formação e desenvolvimento profissional.

A institucionalização de um sistema de planejamento de recursos humanos, orientado pelas metas e objetivos institucionais, constitui um instrumento importante de gestão e regulação da força de trabalho. Planejar recursos humanos significa incluir essa temática no planejamento dos órgãos federais, estaduais e municipais, e trazer para os fóruns de decisão política do SUS os conselhos e órgãos colegiados, tripartite e bipartites, questões estratégicas como o financiamento dirigido à contratação da força de trabalho, qualificação dos trabalhadores e programas de proteção à saúde do trabalhador.

Uma das causas da baixa capacidade gerencial na área de recursos humanos é a ausência de informações básicas referentes ao conjunto de sua força de trabalho e a outros dados necessários à gestão do trabalho pelos seus órgãos de gestão.

Os sistemas de informações gerenciais são instrumentos essenciais à gestão do trabalho, e contribuem para os processos de planejamento, monitoramento, desenvolvimento e avaliação da força de trabalho.

Do ponto de vista técnico, a institucionalização do planejamento de recursos humanos por parte dos órgãos gestores do SUS, no que tange à sua força de trabalho, pressupõe a capacitação de pessoal nessa área, de forma a garantir o aporte de conhecimentos específicos de planejamento e gestão da força de trabalho, inerentes ao desenvolvimento dessa proposta.

A institucionalização do planejamento pressupõe sistema gerencial de informação que permita conhecer a composição, a estrutura, o perfil, o gasto e as necessidades futuras com a força de trabalho, por

unidade e por esfera de governo. Além disso, é necessário dotar o setor de gestão do trabalho nos órgãos gestores do SUS da necessária infraestrutura e de capacidade institucional.

Um sistema estratégico e integrado de planejamento e gerenciamento do trabalho em um sistema público universal implica em pensar o conjunto dos trabalhadores públicos e privados, de todas as esferas de governo, no âmbito de cada gestão, e dos serviços contratados, respectivamente.

A definição das funções típicas de Estado, quais atividades terceirizar, quais as modalidades de incorporação de pessoal a serem adotadas devem orientar a relação do Estado com o mercado de trabalho.

Um sistema estratégico integrado de planejamento e gerenciamento somente terá possibilidade de ser viabilizado e construído se houver prioridade política para colocá-lo em operação, através de negociação permanente com os trabalhadores da saúde e o trabalho integrado e intensivo de cooperação entre União, Estados e Municípios.

O primeiro passo, mesmo sendo ínfimo o montante de recursos destinados à implantação do sistema de informação e qualificação de pessoal para gestão do trabalho, ocorreu com o lançamento, no segundo semestre de 2006, do Programa de Qualificação e Estruturação da Gestão do Trabalho no SUS (PROGESUS), que estabeleceu a cooperação entre os gestores do Sistema Único de Saúde, priorizando a área de infraestrutura com o gerenciamento dos serviços de equipamentos de informática.

Outro desafio para a gestão do trabalho em saúde e o desenvolvimento gerencial dos serviços é a definição das carreiras próprias de Estado e dos critérios de mobilidade, ascensão e desenvolvimento na carreira; de remunerações e incentivos; da gestão do desempenho; e do gerenciamento do impacto orçamentário-financeiro do plano de cargos, carreiras e salários no orçamento da saúde.

As diretrizes nacionais para a elaboração de planos de carreira, cargos e salários no Sistema Único de Saúde, aprovadas também pelo Programa de Qualificação e Estruturação da Gestão do Trabalho no SUS (PROGESUS), é uma iniciativa para estabelecer uma política de recursos humanos articulada e integrada entre as esferas gestoras do sistema.

A questão da Gestão da Educação do Trabalhador da Saúde envolve o desenvolvimento, pelas esferas gestoras do SUS, de projetos e planos educacionais a partir das necessidades, problemas e desafios do trabalho.

A visão integral da política de formação e desenvolvimento dos recursos humanos na saúde deve ter como um norte um plano de desenvolvimento dos trabalhadores baseado em competências em nível de conhecimento, habilidades, atitudes e valores; na regulação dos processos educativos e laborais no campo da saúde; na reorientação e melhoria da qualidade da formação; na pré e pós-graduação; na qualificação técnico-profissional e em um programa de educação permanente.

Os princípios para formar e desenvolver os recursos humanos na saúde passam pela incorporação de valores de um sistema de saúde solidário, público, universal e equitativo, e devem ser capazes de propiciar mudanças de práticas de saúde e do processo de trabalho que ajudem a configuração dos novos perfis ocupacionais e profissionais dos trabalhadores e das equipes que estão sendo exigidas no novo cenário do mundo e no contexto do SUS.

Quando o art. 200, inc. III, da Constituição Federal de 1988, confere aos gestores do SUS atribuição para contribuir na formação e no desenvolvimento dos recursos humanos, procura dar condições estratégicas na formação e desenvolvimento de pessoal no enfrentamento dos problemas e dificuldades que afligem a operação do sistema público de saúde. As ações mais difundidas do processo de gestão da educação do trabalhador da saúde têm-se dado na área da formação, da qualificação técnico-profissional e na educação permanente.

A qualificação técnico-profissional teve um significativo avanço com a execução do Programa de Profissionalização dos Trabalhadores na Área de Enfermagem (PROFAE), que já formou mais de 323.513 técnicos de enfermagem e 13.000 professores como especialistas, sendo hoje uma referência internacional na área da educação profissional e os seus resultados devem-se em boa medida ao papel desempenhado pelas Escolas Técnicas do SUS.

O modelo operacional do Programa de Profissionalização dos Trabalhadores na Área de Enfermagem (PROFAE) orienta o atual processo de qualificação técnica dos agentes comunitários de saúde em

todo País, que pretende atingir 170.000 trabalhadores, e inspira uma nova proposta, o Projeto de Formação na Área Profissional de Saúde (PROFAPS), que pretende formar 700.000 trabalhadores como técnicos nas áreas de vigilância à saúde, higiene dental, biodiagnóstico, radiologia, manutenção de equipamentos, prótese dentária e agente comunitário de saúde.

Outro aspecto a ser superado pelo Sistema Único de Saúde é o desequilíbrio regional na oferta de vagas com carência de profissionais de saúde conhecidas das regiões norte, nordeste e centro-oeste.

Finalmente, as escolas técnicas precisam ser fortalecidas para poderem se constituir como verdadeiros centros de referências regional e estadual para formação técnica em saúde.

4.6 Desafio da Participação Social

Dentro da concepção federativa brasileira, nunca uma Carta Política ampliou tanto o direito de cidadania e disciplinou a forma como deveria ser feita a intervenção da população no sistema político nacional, como o fez a Constituição Federal de 1988.

O princípio da democracia participativa foi especialmente desenvolvido no âmbito da Ordem Social, o que inclui as políticas de saúde.

A participação popular na organização do Sistema Único de Saúde (SUS) é a expressão mais viva da representação da sociedade no processo das decisões tomadas pelo Estado no exercício do poder político em busca do interesse da coletividade (arts. 194, inc. VII e 198, inc. III, da CF/88).

A Lei Federal nº 8142/90, desenvolvendo os preceitos constitucionais de 1988, buscou concretizar, no âmbito da democracia participativa, uma série de mecanismos que permitem aos cidadãos participar diretamente, ou por meio de associações representativas, do processo de tomada de decisões políticas. Os mecanismos de participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde, criados pela supracitada lei, foram as Conferências de Saúde e os Conselhos de Saúde.

O controle social é uma das diretrizes básicas do Sistema Único de Saúde e tem sido buscado como uma das formas de democratizar o acesso aos serviços de saúde. A sociedade deve participar

e exercer o controle social do SUS fazendo uso das prerrogativas constitucionais que lhe foram conferidas, reivindicando, fiscalizando e exigindo o cumprimento pelo Estado da implementação das políticas de saúde.

Com o advento da Lei nº 8142/90, estabeleceu-se não somente a participação da comunidade na gestão do SUS, mediante a criação dos Conselhos de Saúde e das Conferências de Saúde, como também disciplinou-se a transferência de recursos, arrecadados pela União, para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Como importante canal institucional na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde, incluindo os aspectos econômicos e financeiros, o controle social foi estabelecido com o objetivo de garantir o acesso, a melhoria da qualidade e a humanização da atenção à saúde.

Segundo dispõe o art. 1º, § 2º, da Lei nº 8142/90, a presença paritária dos usuários nos Conselhos de Saúde garante sua atuação na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde, incluindo os seus aspectos econômicos e financeiros.

A principal inovação do sistema institucional do SUS consiste em conferir alcance político à participação dos usuários nos Conselhos de Saúde, colocando o cidadão no centro do processo de avaliação das ações e dos serviços de saúde.

Quando a avaliação do desempenho do SUS e dos resultados produzidos deixarem de constituir apenas uma tarefa de controle interno dos órgãos do Estado, orientada por critérios unilaterais e com utilização de indicadores quase sempre quantitativos e de formulação abstrata e distante da realidade, o serviço público de saúde ganhará autenticidade, pois corresponderá às reais necessidades da população, ganhando em qualidade e sendo economicamente menos dispendioso, posto que dirigido às exigências dos usuários. (CARVALHO; SANTOS, 1995, p. 275).

A representação dos usuários nos Conselhos de Saúde pode incentivar e garantir a participação concreta do cidadão (administrado) no processo de gestão e avaliação do SUS, evitando que o Estado exerça o arbítrio exclusivo do interesse coletivo do bem comum.

Essa mudança na estrutura do funcionamento do Sistema Único de Saúde, que permite a participação do usuário no processo de gestão e avaliação, provocará o engajamento do Estado e suas instituições na missão de servir ao público, propiciando a alocação de serviços eficientes e de relevância social.

Dentro do exercício do controle social da atuação dos poderes públicos fala-se em “*accountability*” na Administração Pública, que, de fato, somente acontecerá se houver mudança no conteúdo da relação governo-cidadão, ou seja, a “*accountability*” no serviço público somente produzirá efeito na medida em que os cidadãos efetivamente ampliem e consolidarem as suas organizações e passarem a exigir os seus direitos, em qualquer instância, perante quem quer que seja e em todas as ocasiões em que houver violação do dever do Estado.

O exercício da “*accountability*” no serviço público é determinado pela qualidade das relações entre governo e cidadão, pois o comportamento responsável ou não dos servidores públicos é consequência das atitudes e consciência do exercício da cidadania. Somente a partir da organização de cidadãos vigilantes e cômicos dos seus direitos haverá condição para a “*accountability*”, caso contrário, continuará a persistir a refratária situação do povo definido como tutelado e o Estado como tutor.

Dessa forma, a “*accountability*” se concretizará quando a cidadania organizada estiver apta a influenciar não apenas o processo de identificação das necessidades e canalização de demandas, como também estiver apta a cobrar melhor desempenho do serviço público.

5 PARADIGMAS PARA UMA VERDADEIRA REFORMA SANITÁRIA

São inegáveis os avanços conquistados pelo Sistema Único de Saúde desde sua criação, há cerca de 20 anos. Apesar de enfrentar um contexto de dificuldades, relacionadas com a realidade econômica e social do país e com a questão da garantia de recursos regulares e suficientes para suas atividades, o SUS ampliou, de forma significativa, o acesso dos brasileiros aos cuidados de saúde e melhorou muito os indicadores de qualidade de vida da população.

Mesmo reafirmando as premissas de universalidade, integralidade e equidade, temos que reconhecer que o modelo atual de operacionalização do sistema apresenta algumas dificuldades insuperáveis. Embora as capacidades econômicas sejam bastante diferentes nas muitas regiões do país, nenhuma delas, mesmo as mais desenvolvidas, pode se gabar de possuir uma rede sanitária considerada exemplar pela população usuária.

A reforma sanitária brasileira nasceu da luta contra a ditadura, estruturou-se nas comunidades, nos serviços de saúde, nos sindicatos e nas universidades e resultou no pacto social estampado na Constituição Federal: a saúde como direito do cidadão e dever do Estado.

O Sistema Único de Saúde foi inscrito na Seguridade Social para, juntamente com a Assistência Social e a Previdência, garantir condições de igualdade aos cidadãos por meio de sistemas universais, públicos e financiados por toda a sociedade.

Ocorre que, até agora, o perfil constitucional do Sistema Único de Saúde como um sistema público universal que possa prestar serviços de qualidade a toda a população brasileira ainda é uma utopia, vez que há um flagrante desrespeito e uma facciosa não-aplicação do art. 196, da Constituição Federal/1988. (SCHWARTZ, 2001, p. 147).

Dentro do Direito Sanitário, muito se tem discutido sobre o que é preciso fazer para implementar efetivamente o modelo institucional do Sistema Único de Saúde, vez que estamos muito distantes de solucionarmos a miríade dos problemas de saúde no Brasil.

As discussões mais balizadas para superar o abismo entre o direito à saúde vigente e o direito vivido encontram-se no dilema da alternativa entre a necessidade da Segunda Reforma Sanitária e/ou a Verdadeira Reforma Sanitária.

Independentemente das respostas que foram apresentadas aos problemas de saúde, não há dúvidas de que é preciso progredir e avançar para que os serviços do Sistema Único de Saúde possam funcionar com eficácia e eficiência.

Para os defensores da Segunda Reforma Sanitária, novas propostas e mudanças se fazem urgentes para que o Sistema Único de Saúde possa avançar, pois tal como ocorreu no movimento da reforma sanitária, que precedeu a criação do SUS, precisamos de um novo movimento entre

os pensadores e gestores do sistema para que novas propostas possam surgir e serem debatidas, aperfeiçoadas e incorporadas pelo SUS.

A implementação da Segunda Reforma Sanitária seria imprescindível para traçar um novo arcabouço institucional e legal para a atenção básica em saúde; para a medicina suplementar; para a assistência médica e farmacêutica; e para a sublimação das fundações estatais do direito privado como modelo de gestão no Sistema Único de Saúde.

A atenção básica em saúde, porta de entrada do sistema, continua enfrentando dificuldades na alocação de profissionais nas periferias das áreas metropolitanas e em muitas regiões carentes do interior do País. A qualidade e a eficiência de suas ações, em diversas localidades, ainda deixam a desejar, seja no novo modelo do Programa de Saúde da Família (PSF), seja no modelo tradicional dos postos de saúde.

Para superar a carência de profissionais na atenção básica é preciso investir na capacitação de profissionais de saúde, através do processo de formação e qualificação da Gestão da Rede de Atenção Básica.

Outro ponto a ser superado pelo Sistema Único de Saúde é a medicina suplementar, pois o País continua a ter dois sistemas de saúde: o SUS, para atender acerca de 70% da população; e o Sistema de Saúde Suplementar, totalmente desarticulado com o SUS, com superposição de ações e atendimentos desintegrados e, muitas vezes, conflitantes.

A medicina suplementar precisa ser vista como um sistema verdadeiramente complementar ao SUS, pois determinados procedimentos de urgência, controle de doenças transmissíveis e medicamentos oncológicos são realizados com mais experiência e competência no SUS do que no setor privado. Os planos e seguros de saúde ficariam excluídos das ações preventivas de saúde, reservando-lhes, no entanto, os demais serviços de saúde.

Em contrapartida, a não cobertura pelos planos privados das ações e serviços de saúde cobertos pelo Sistema Único de Saúde ensejaria o pagamento pelo setor privado de uma contribuição automática *per capita* (pedágio), que seria paga diretamente ao SUS, sem necessidade de processos longos e ineficientes de ressarcimento, facilitando o atendimento aos pacientes dos dois sistemas, com a melhora evidente da saúde de todos.

No gerenciamento de hospitais e unidades de saúde, em face da insuficiência do atual modelo de gestão existente, é necessário melhorar a qualidade do gasto e encontrar arranjos e estratégias institucionais que permitam usar melhor os recursos existentes. Uma das respostas para esse gargalo seria o Projeto de Lei Complementar nº 92/07, que regulamentando o inc. XIX, do art. 37, da CF/88, cria a Fundação Estatal de Direito Privado e define as áreas de sua atuação.

Na área da saúde, especialmente para os hospitais públicos, as Fundações Estatais de Direito Privado representariam, na Administração Pública, estruturas mais dinâmicas de gestão de recursos humanos, orçamentários e financeiros, permitindo a contratação de pessoal mediante concurso público em regime de Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), e formas de licitação para compra de materiais e equipamentos com mais agilidade.

As Fundações Estatais de Direito Privado deverão ser instituídas para atender a interesses estritamente públicos, por meio de contrato que estabelece a quantidade de atendimento e qualidade do serviço, pois terão como fundamento o estabelecimento de metas de desempenho para cada serviço de saúde, comprometimento dos seus dirigentes com as metas e o êxito na gestão, e a gestão profissional e democrática, submetida ao controle social e subordinada a controle direto da Administração Pública.

Para que haja melhoria na prestação dos serviços de saúde é imprescindível reconhecer a necessidade de mudar as formas de remuneração dos médicos do setor público, tornando o salário uma consequência direta da produtividade e da qualidade do serviço do profissional, de maneira que haja um comprometimento e responsabilização sanitária dos mesmos com as metas a serem alcançadas dentro da política pública do SUS.

As dificuldades da assistência farmacêutica também exigem a implantação de um novo subsistema de dispensação de medicamentos a toda a população, semelhante aos programas exitosos do coquetel de AIDS e Farmácia Popular, que padronize, dê previsibilidade aos gastos do SUS nesse setor e permita à população acesso fácil ao medicamento de que necessita.

Já para os defensores da Verdadeira Reforma Sanitária, não é preciso uma segunda reforma sanitária para que os serviços do Sistema Único de Saúde passem a funcionar como uma rede integrada, com porta de entrada única, mas sim concluir a reforma sanitária em sua concepção original, em que a saúde é dever do Estado que não pode mais ser protelado.

Concluir a reforma sanitária em sua concepção original implica em estabelecer responsabilidades sanitárias claras, assim como aplicar os mecanismos legais de punição de gestores e governos diante de metas não cumpridas e da desobediência aos preceitos constitucionais.

Não há o que inventar e arvorar-se em alternativas para o futuro, mas sim combater as mazelas que conspurcam o Sistema Único de Saúde, como as dificuldades dos pacientes de acessar medicamentos e exames, os desvios de dinheiro público para hospitais lucrativos considerados filantrópicos, a manutenção da dupla porta de entrada, do atendimento a convênios e particulares em hospitais universitários do SUS, as más condições de trabalho e os salários aviltados dos profissionais de saúde, a utilização de cargos de direção e setores de compras do SUS como moeda política, o que tantas vezes leva à corrupção, drena recursos escassos e compromete a qualidade dos serviços.

Seja como for, qualquer enfoque que for dado aos problemas de saúde no Brasil passam pela implementação efetiva de mudanças no Sistema Único de Saúde que seja capaz de dar uma nova fisionomia ao modelo institucional do SUS.

6 CONCLUSÃO

O estudo sobre *O Modelo Institucional do Sistema Único de Saúde: Avanços e Desafios* deixou claro e evidente que o SUS está muito aquém do perfil delineado pela Constituição Federal de 1988, pois inobstante os avanços conseguidos na atenção à saúde, em relação ao que se tinha antes, há graves problemas e distorções que precisam ser enfrentados e revistos.

No Brasil, os dilemas da saúde pública não se encontram apenas na crise econômica por que passa o Estado, e particularmente o

Sistema Único de Saúde, mas sim ante a falta de um projeto político capaz de efetivamente enfrentar as desigualdades e exclusões sociais nas ações e serviços de saúde, e que introduza mecanismos reais de controle social sobre o atendimento das necessidades de saúde da população.

Para a implementação do direito fundamental à saúde é necessário estabelecer um novo patamar para as políticas de saúde, que devem ser pactuadas a partir de aspirações, demandas e expectativas da sociedade para que os cidadãos possam exercer em sua plenitude os direitos à vida e à dignidade da pessoa humana, como corolários do direito à saúde, dentro de um legítimo Estado Democrático de Direito.

Logo, ao persistirem as distorções ideológicas e falta de vontades política e econômica para solucionarem ou pelo menos minorarem a problemática sanitária no Brasil, o direito à saúde jamais se efetivará, tornando os preceitos, os princípios e as diretrizes delineadas no texto constitucional como letras mortas.

Seguramente, uma das alternativas mais eficaz para o grande dilema da implementação do direito à saúde no Brasil reside na elaboração democrática de políticas de saúde, que devem ser realizadas com a participação de toda a sociedade na gerência dos sistemas e serviços de saúde e com adequação das políticas locais às necessidades de saúde da população.

Não basta a existência de serviços destinados à promoção, proteção e recuperação sanitária, nem a existência de normas legais prevendo todas as hipóteses de agravo à saúde pública, se o Estado não tiver atingido um nível tal de desenvolvimento econômico e cultural que lhe permita dispor de todos os recursos técnicos existentes, atender a todas as necessidades de infra-estrutura e possuir uma população educada para a saúde.

Para um novo patamar de desenvolvimento nacional, o maior desafio do Sistema Único de Saúde é melhorar a qualidade dos serviços que presta à população em termos de eficácia e produção de saúde, posto que a baixa qualidade dos serviços acaba sempre sobrecarregando ainda mais o sistema.

Portanto, é necessário coragem para derrubar algumas verdades e alguns dogmas do século passado, a fim de que o Sistema Único de Saúde possa reestruturar-se constantemente de maneira a acompa-

nhar as vicissitudes e transformações sociais, econômicas e políticas do País, sem abandonar em nenhum momento a idéia da saúde como direito universal, mesmo porque a saúde muito mais do que direito de todos é, principalmente, solução de todos.

Urge a implantação de um modelo institucional do Sistema Único de Saúde que garanta efetivamente o direito à saúde equitativamente a todos, que promova a inclusão social e a dignidade dos que hoje permanecem dela marginalizados.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **Caderno de informações da saúde suplementar**. Rio de Janeiro: ANS, 2006.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. Departamento de Gestão da Educação na Saúde. **Direito sanitário e saúde pública**. Brasília: Ministério da Saúde, 2003. v. 1.

CARVALHO, Guido Ivan; SANTOS, Leni. **Sistema Único de Saúde**. 2. ed. São Paulo: Hucitec, 1995.

CONASS. **Sistema Único de Saúde**. Brasília: CONASS, 2006. (Coleção Progestores).

_____. **SUS: Avanços e desafios**. Brasília: CONASS, 2006.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde: efetivação e uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Cidadania e justiça**. Rio de Janeiro: Campos, 1979.

POLÍTICAS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 DISCRICIONARIEDADE ESTATAL E PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

*Cláudia Maria da Costa Gonçalves**

Resumo: Neste estudo, discute-se, de início, o perfil da normatividade constitucional no que tange às políticas sociais nos Textos de 1824 a 1969. Analisam-se, especialmente, as políticas sociais na Constituição Federal de 1988 a partir das normas conducentes à satisfação das necessidades humanas básicas. Discutem-se, por outro lado, a discricionariedade e a vinculação dos Poderes Públicos quanto ao dever de garantir máxima eficácia aos direitos fundamentais sociais, assim como a participação popular no processo de implementação e controle dessas políticas como exigência do próprio Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Direitos fundamentais sociais. Políticas públicas. Vinculação e discricionariedade estatais. Participação popular.

Abstract: In this study, it discusses, in the beginning, profile of constitutional normatively in relation of the social politics in the Texts from 1824 to 1969. It analyses, specially, the social politics in the Federal Constitution of 1988 since the conducive norms to the satisfaction of basic human necessities. It discusses, otherwise, the discricionarity and the linkage of Public Powers about the due to guarantee the maximum efficiency to the social fundamental rights, thus as the popular participation in the process of implementation and control of these politics, as demand of own Democratic state of Right.

Keywords: Social fundamental rights. Public politics. Linkage and state discricionarity. Popular participation.

* Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Lisboa. Mestre e Doutora em Políticas Públicas (UFMA). Em seus estudos de doutoramento, participou de intercâmbios com a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e com a Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Procuradora do Estado do Maranhão. Professora de Direito Constitucional e de Direito Administrativo do Curso de Direito e do Mestrado e Doutorado em Políticas Públicas da Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Ex- Advogada da União. Ex-Procuradora Federal.

1 INTRODUÇÃO

As ações sociais do Estado, a princípio, estiveram ligadas à noção de caridade prestada aos pobres, que eram considerados, individualmente, responsáveis pela situação de necessidade por que passavam. Esta lógica, própria da ideologia liberal burguesa, esteve presente no Brasil, sobretudo no Império e na República Velha¹. Emblemático do que até aqui se disse foi a postura do ex-Presidente Washington Luís que atrelou a questão social à polícia, submetendo a luta pela conquista e expansão dos direitos à inteira disciplina dos Poderes públicos. Contudo, refutando a noção de exclusivo predomínio da caridade em detrimento do exercício de direitos, observa Walzer:² “A caridade privada gera dependência pessoal, e também os vícios conhecidos da dependência; complacência, passividade e humildade, de um lado; arrogância, do outro”.

Aliás, a busca da autonomia de mulheres e homens, a partir da satisfação das necessidades concernentes aos mínimos existenciais não foi esquecida, inclusive por alguns teóricos do próprio liberalismo, a exemplo de Rawls³. Entretanto, a postura liberal clássica⁴, alicerçada na liberdade do mercado, fez exceder, em muito, a autonomia das vontades e o direito absoluto de propriedade quando

¹ Quem tem chefe não delibera, ouve e executa as ordens. O dissenso não se abrigará na liberdade reconhecida de opinião, senão que caracteriza a traição, sempre duramente castigada. Não se imagine, entretanto, que entre o coronel e o simples eleitor impere a brutalidade, com o bacamarte engatilhado contra o rebelde potencial. O coronel é, acima de tudo, um compadre, de compadrio o padrão dos vínculos com o séquito. A hierarquia abrandar-se, suavizando-se as distâncias sociais e econômicas entre o chefe e o chefiado. O compadre recebe e transmite homenagens, de igual para igual, comprometido a velar pelos afilhados, obrigados estes a acatar e respeitar os padrinhos.” FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Globo, 1998. p. 634.

² WALZER, Michael. **As esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da liberdade**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 123-124.

³ Cf. RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

⁴ Cf. FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. Tradução de Luciana Carli. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

comparados às garantias dos direitos sociais, que, até então, sequer eram percebidos em sua matriz normativa jusfundamental.

Retomando-se ao constitucionalismo brasileiro, é necessário lembrar que, a partir da Carta de 1934, houve a inserção de algumas normas de direitos sociais no texto constitucional. Ocorre, contudo, que, antes da Constituição Federal de 1988, os direitos sociais, em grande medida, estiveram assentados em padrões meritocráticos e residuais de políticas públicas, dificultando, bem por isso, a formação de um procedimento dialógico, capaz criar o que Habermas⁵ chamou de *patriotismo constitucional*.

Por conseguinte, neste estudo, deseja-se analisar as inovações de paradigmas trazidas com a promulgação da Carta de Outubro de 1988, no que tange às políticas sociais, pensadas a partir da discricionariedade e vinculação dos Poderes públicos, assim como da participação popular no processo democrático de concretização constitucional.

2 POLÍTICAS SOCIAIS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Em seu poema, *A rua dos cataventos*, Mario Quintana observa, com a leveza de suas palavras: “Eu nada entendo da questão social. Eu faço parte dela, simplesmente[...]”⁶. Razões não faltavam ao poeta. Quem pode entender a questão social, em sua inteireza e sobretudo em suas contradições? Poucos, talvez! Quanto a este estudo, parece, contudo, suficiente que se principie afirmando que, assim como o *operário das letras*, o ofício do pesquisador requer, para logo, que se tenha, seguindo os passos de Bourdieu, “uma grande ambição com uma extrema humildade”⁷. Tudo isso se justifica uma vez que a questão social, para além das relações interpessoais que se estabelecem a um dado momento

⁵ Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre a facticidade e a validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

⁶ QUINTANA, Mario. *A rua dos cataventos*. In: CARVALHAU, Tânia Franco. **80 anos de poesia**. 13. ed. São Paulo: Globo, 2008. p. 28.

⁷ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 4. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

histórico, suscita a compreensão do sujeito em sua individualidade⁸, em sua inserção social e como membro de uma classe. Toda essa diversidade, portanto, fica a exigir das constituições democráticas uma múltipla e fecunda normatividade, conducente à satisfação das necessidades básicas, de acordo com o paradigma da dignidade humana.

Pois bem. Feitas as observações necessárias, cabe esclarecer que nem todas as Constituições que, de alguma forma, trazem certa normatividade social, são exatamente adequadas às experiências do Welfare State⁹ ou mesmo ajustadas ao princípio democrático. A história do constitucionalismo brasileiro é, nesse sentido, elucidativa. Vejam-se os exemplos: a inspiração típica do liberalismo francês e inglês, proclamada pela Constituição de 1824, encontrava-se em inteiro descompasso com a realidade social da época¹⁰, impregnada por uma economia agrária, exportadora e escravocrata. Por conseguinte, ainda que a referida Carta estabelecesse alguma normatividade social, como, por exemplo, os socorros públicos¹¹ e o ensino primário¹², o Estado brasileiro de então

⁸ “El valor supremo en el Derecho consiste en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana individual, de la cual fluye el principio de libertad, por cuya virtud se limita la acción del gobierno y del orden jurídico. La autonomía ética de la persona es lo único que puede asegurar un contenido valorativo al Derecho. Esta autonomía debe ser respetada como principio fundamental, pues es lo que transforma al individuo en persona; y es hombre, en tanto que persona, a quien el Derecho se dirige, en tanto que un fin en sí, un fin de carácter ético. Los llamados derechos básicos, fundamentales o naturales de la persona humana si cimentan precisamente sobre la idea de la dignidad. Los llamados derechos básicos, fundamentales o naturales de la persona humana si cimentan precisamente sobre la idea de la dignidad”. SICHES, Luis Recasens. **Introducción al estudio del derecho**. 6. ed. México: Porrúa, 1981. p. 334.

⁹ Cf. DRAIBE, Sonia Miriam. Há tendências e tendências: com que Estado de Bem-Estar Social haveremos de conviver neste final de século? **Caderno de pesquisa [do NEPP]**, Campinas, n. 10, 1989.

Cf. ESCOREL, Sarah. **Elemento para análise da configuração do padrão brasileiro de proteção social: o Brasil tem um Welfare State?** Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz; ENSP, 1993.

¹⁰ “Trouxemos de terras estranhas um sistema complexo e acabado de preceitos, sem saber até que ponto se ajustam às condições da vida brasileira e sem cogitar das mudanças que tais condições lhe imporiam”. HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p.160.

¹¹ “XXXI. A Constituição também garante os socorros públicos”. In: CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lopes. **Constituições do Brasil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1986. p. 676.

¹² “XXXII. A Instrução primária é gratuita a todos os cidadãos. In: CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lopes. op. cit., p. 160.

não poderia caracterizar-se como um Estado Providência nem mesmo como um Estado Democrático¹³.

Assim, tanto o autoritarismo político¹⁴, sobretudo do Primeiro Império, quanto o distanciamento entre as primeiras Constituições brasileiras (1824-1891) e a realidade sociológica não permitiram, aqui, a formação mais aprofundada de um sentimento constitucional¹⁵. Em síntese: esses aportes históricos ficam a evidenciar que, por muitos anos, a normatividade constitucional foi vista como um texto exclusivamente do Estado¹⁶, sem inserção sociológica ou cultural. Havia, aqui, portanto, o que António Hespanha chamou de curto-circuito comunicativo¹⁷.

¹³ “[...] a Constituição é para as pessoas, e não as pessoas para a Constituição”. MIRANDA, Jorge. Direitos fundamentais e interpretação constitucional. **Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, Porto Alegre, v. 9, n 30, p. 34, 1998.

¹⁴ “Antes de tudo, o Reinado é do Imperador. De certo ele não governa diretamente e por si mesmo, cinge-se à Constituição e às formas do sistema parlamentar; mas como ele só é árbitro da vez de cada partido e de cada estadista, e como está em suas mãos o fazer e o desfazer o ministro, o poder é praticamente dele. A investidura dos gabinetes era curta, o seu título precário – enquanto agradassem ao Monarca; em tais condições só havia um meio de governar, a conformidade com ele. Opor-se a ele, aos seus planos, à sua política era renunciar ao poder”. NABUCO, Joaquim. **Um estadista no Império**. 5. ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997.v.2. p.1086.

¹⁵ “El concepto de Constitución es completo cuando a la intelección teórica se une su comprensión emocional mediante el sentimiento que se adhiere al concepto. La enseñanza de Derecho Constitucional no se agota en la explicación de sus evidentes y necesarias conexiones lógicas y técnicas, requiere, además, que se insista en la necesidad de que la sociedad se adhiera a aquella, sintiéndola como cosa propia”. VERDÚ, Pablo Lucas. **El sentimiento constitucional**: aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política. Madrid: REUS, 1985. p. 67.

¹⁶ “Em definitivo, uma Constituição afastada da realidade é muito distinta da living Constitución [...] Está vigente, mas no fundo é ignorada pelo comum das pessoas. Uma constituição vivida é assim considerada, em grande parte, porque é sentida pelo povo e aparece como símbolo político que tem razão de ser em virtude de sua função integradora”. VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 7.

¹⁷ “[...] a lei escrita constituía um instrumento adequado de comunicação dentro de um universo liberal, pois os extratos analfabetos estavam dele destituídos pelos mecanismos discriminadores do sufrágio. Ao amparar-se exclusivamente na disciplina “legal”, o Estado liberal curto-circuitava a comunicação jurídica com o mundo iletrado e tradicional; mas, ao fazê-lo, apenas confirmava um modelo de organização política já definida pelos sistemas de sufrágio e de participação. O Estado liberal era, diretamente, a estrutura de enquadramento de uma minoria (os ‘sujeitos políticos’), abandonando o controle da “periferia” (os “objetos políticos”), a mecanismos informais como o “anarquismo””. HESPANHA, António M. Lei e justiça: História e prospectiva de um paradigma. In: HESPANHA, António (Org.). **Justiça e litigiosidade**: história e prospectiva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian/Lisboa, 1999. p.18.

Seguindo este breve itinerário, cabe notar, por outro lado, que as Constituições brasileiras, que introduziram ou contemplaram, de modo mais aprofundado, direitos sociais, estiveram alicerçadas, por muitos anos, em concepções meritocráticas e residuais de políticas públicas¹⁸, como, por exemplo, as Cartas de 1934, 1946, 1967/69. No que concerne ao texto de 1937, agregue-se, ainda, o seu sentido meramente semântico¹⁹, porque inserido em um ambiente totalitário, de absurda negação de direitos fundamentais.

Entretanto, pela proximidade histórica, valem algumas observações mais detidas sobre os direitos sociais nas Constituições de 1967/1969²⁰. No período militar de 1964-1984, segundo alguns autores²¹, já se podia falar, no Brasil, de *Welfare State*, embora do tipo meritocrático particularista, distanciado, portanto, do princípio da universalidade das políticas públicas. Essas políticas, aliás, achavam-se, então, caracterizadas, segundo a Professora Maria Lúcia Werneck²², da seguinte forma:

- a) centralização federativa na União²³ ;
- b) predomínio do Executivo frente às possibilidades institucionais dos outros Poderes;

¹⁸ “Por cidadania regulada entendo o conceito de cidadania cuja raízes encontram-se, não em um código de valores políticos, mas em um sistema de estratificação ocupacional, e que, ademais, tal sistema de estratificação ocupacional é definido por norma legal”. SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Cidadania e justiça: a política social na ordem brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1987, p. 68.

¹⁹ “En lugar de servir a la limitación del poder, la constitución es aquí el instrumento para estabilizar y eternizar la intervención de los dominadores fácticos de la localización del poder político. Y para continuar con el simil anterior: el traje no es en absoluto un traje, sino un disfraz.” LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Tradução de Alfredo Gallego Amabitarte. Barcelona: Ariel, 1987. p. 218.

²⁰ Sobre o texto de 1969 como uma nova Constituição, Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros. 1999.

²¹ DRAIBE, Sonia Miriam. Há tendências e tendências: com que Estado de Bem-Estar Social haveremos de conviver neste final de século? **Caderno de pesquisa [do NEPP]**, Campinas, n.10, 1989.

²² VIANNA, Maria Lúcia T. Werneck; SILVA; Beatriz Azeredo da. Interpretação e avaliação da política social no Brasil: uma bibliografia comentada. In: MPAS/CEPAL. **A economia e a política em tempo de crise: articulação institucional e descentralização**. Brasília, 1989. v.3.

²³ Cf. HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 2ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

- c) ausência de controle social do poder, assim como de participação popular no processo de elaboração e controle das políticas públicas;
- d) superposição e fragmentação dos programas sociais.

Nesse contexto, por conseguinte, embora já houvesse doutrinadores²⁴ defendendo maior nível de eficácia dos direitos fundamentais sociais, não se poderia suscitar, mais profundamente, no plano constitucional, temas como a justiciabilidade das políticas públicas. Sejam lembradas, por oportunas, as palavras do escritor português Saramago: “é que não basta ter criado o universo é preciso quem o conserve”²⁵. Faltavam, à época, espaços e instrumentos democráticos para que a sociedade construísse e defendesse seus direitos.

3 AS POLÍTICAS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A atual Constituição brasileira resgata a descentralização político-administrativa própria do federalismo, outrora amesquinhada pelos Textos de 1967/69. Do que até aqui foi dito, são exemplos os artigos 1º (*caput*), 18, 25, 30 da mesma Carta Republicana. Entretanto, é importante observar que, não obstante a inequívoca normatividade constitucional acima referida, há como lembrar

²⁴ “Ainda quando vigorava a pseudoconstituição de 1967 e seu avatar de 1969, juristas esclarecidos houve que ousaram combater a doutrina dominante da não-eficácia plena dos direitos sociais. Devem ser destacados, principalmente, os trabalhos de Celso Bandeira de Mello, Eros Roberto Grau e Fábio Konder Comparato. No fundo baseavam-se na recomendação de Black de que ‘cumprir’ ao aplicador e intérprete da Constituição dar sempre a seus dispositivos o máximo de efeito possível. Pretenderam que aos Juizes, na apreciação de casos concretos, cabia preencher a omissão legislativa, utilizando-se dos critérios estabelecidos no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei n. 4.657/42). Não concebiam eles que a inação do Congresso pudesse *ab-rogar* a Lei Maior.” RUSCHEL, Ruy Ruben. A eficácia dos direitos sociais. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (AJURIS)**, Porto Alegre, ano 20, n. 58, p. 293, jul. 1993. Ainda mais: “Caso o Estado Brasileiro não possa garantir, de imediato, todos os direitos sociais preconizados pelo Texto Maior, priorize o atendimento do *Jus Habitandi* e do *Jus Laborandi*”. SARAIVA, Paulo Lopo. **Garantia constitucional dos direitos sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 105.

²⁵ SARAGAMO, José. **A viagem do elefante**. Lisboa: Caminho. 2008. p. 72.

Loewenstein²⁶, no federalismo presidencialista, uma considerável tendência à centralização. Por outro lado, os aportes financeiros, suscitados por alguns programas sociais, exigem, por vezes, a presença da União à frente do complexo processo de elaboração, execução e controle das políticas sociais. Nesse sentido, elucida García-Pelayo²⁷

El intervencionismo estatal, con su crecimiento de los servicios públicos, ha producido también un aumento de competencias federales, porque, por una parte, ciertos servicios públicos, regulaciones jurídicas y medidas económicas sólo pueden ser eficaces si se establecen en ámbito nacional, y, por otra, porque ciertos servicios, aun pudiendo ser realizados en el ámbito estatal, requieren una base financiera de la que carecen los Estados, los cuales, por consiguiente, han requerir el apoyo de la Federación [...]

Ademais, tratando-se da normatividade constitucional referente às políticas públicas, não se pode esquecer que a Carta de 1988, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, admite políticas sociais mais focalizadas, com o escopo de garantir condições materiais de vida aptas à satisfação dos mínimos existenciais para as pessoas que se encontrem em situação de grave vulnerabilidade social. São exemplos de focalização os seguintes dispositivos constitucionais: artigos 2º, III, V, LXXIV, 23, X, 194, parágrafo único, III, 203, V. Que fique claro, contudo: a assistência social é direito, não podendo ser confundida com favor ou caridade pública. A assistência, assim, apresenta, na Constituição Federal, certos níveis de exigibilidade.

Por outro lado, é importante frisar que a Constituição deflagra também um padrão progressivo de políticas públicas, tal como dispõem as seguintes normas: artigos 194, parágrafo único I, 203, III, IV, 208, I, II. Em síntese: a possibilidade da focalização de alguns programas, para alcançar pessoas que se encontrem em situação de extrema pobreza, não descaracte-

²⁶ LOEWENSTEIN, Kant. **Teoría de la constitución**. Tradução de Alfredo Gallego Amabitarte. Barcelona: Ariel, 1964.

²⁷ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. Madrid: Alianza, 1984.

riza o padrão progressivo das políticas sociais, a fim de que, para além dos mínimos existenciais, possa ser alcançada a satisfação das necessidades humanas básicas. A esse respeito, em outro trabalho, defendeu-se:

Por essa forma, as *necessidades humanas básicas* agregam por igual as liberdades e os direitos fundamentais sociais. Ou seja, os últimos deixam de ser percebidos exclusivamente como condições para o exercício das liberdades, adquirindo importância própria, rompendo, assim, a prevalência histórica atribuída aos direitos individuais.²⁸

4 SUJEITOS SOCIAIS E PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO: A VIRADA DE COPÉRNICO

A concepção tripartida do poder, pensada de acordo com as diretrizes e com os argumentos de Montesquieu, fez repousar a teoria política no racionalismo absoluto. Explicava o autor:

Para formar um governo moderado, é mister combinar os poderes, regulamentá-los, moderá-los e fazê-los agir; oferecer, por assim dizer um lastro a um para colocá-lo em condição de resistir a outro; é uma obra prima de legislação que o acaso raramente produz e que também raramente deixa-se à prudência fazer²⁹.

Ora, não se nega, aqui, a importância da contenção dos poderes instituídos através do *checks and balances*. Entretanto, a citada teoria precisa ser revisitada para que, em síntese, se possa compreender melhor que, no interior de um sistema democrático, os limites e as possibilidades do exercício dos poderes encontram suas justificativas fundadas na própria Constituição. Dito de outro jeito: só ela, a Carta da República, porque elaborada em um ambiente constituinte democrático, pode autori-

²⁸ GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais**: releitura de uma constituição dirigente. Curitiba: Juruá, 2006. p. 186.

²⁹ MONTESQUIEU. **Do Espírito das leis**. São Paulo: Abril, 1973. p. 82.

zar os movimentos e o diálogo entre os poderes, tendo como parâmetro a necessidade de concretização constitucional. Por conseguinte, o compromisso, ou melhor, o dever de garantir eficácia à Lei Maior representa, na contemporaneidade, o tema central a ser suscitado quando se discute a separação de poderes. Não é, portanto, ultrapassado ou demais, falar-se de conformação constitucional como o grande parâmetro da separação dos poderes. Agreguem-se, assim, as seguintes considerações do Professor Jorge Miranda concernentes ao dever de concretização constitucional, nomeadamente no que tange aos direitos fundamentais:

A vinculação dos órgãos legislativos aos direitos fundamentais não é apenas negativa, não consiste somente em eles não contrariarem o sentido das normas constitucionais. É também positiva e não consiste apenas no dever de regulamentar ou concretizar normas não exequíveis. Abrange ainda do dever de emitir normas ou outras providências de proteção dos direitos fundamentais. [...]

A subordinação da Administração à Constituição [...] tem um afloramento de grande importância, no que tange aos direitos, liberdades e garantias [...]

Em geral, a subordinação à Constituição significa o dever de conformação da actividade administrativa [...] pelas normas constitucionais, procurando conferir a máxima efectividade possível aos direitos fundamentais. [...]

A vinculação dos tribunais aos preceitos constitucionais sobre direitos fundamentais traduz-se:

- a) Positivamente, na interpretação, na integração e na aplicação de modo a conferir-lhes a máxima eficácia possível, dentro do sistema jurídico;
- b) Negativamente, na não aplicação dos preceitos legais que não os respeitem [...], com os instrumentos e técnicas da apreciação da inconstitucionalidade mais exigentes.[...]³⁰

³⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2008. t. 4. p. 291-298.

Como esperado, as lições do Mestre de Lisboa aplicam-se além-mar e em solo brasileiro. Aqui, aliás, calham muito bem suas explicações que podem ser sintetizadas desta forma: os poderes constituídos possuem – e não poderia ser diferente em uma democracia – considerável margem de discricionariedade, sobretudo quando se pensa no processo de elaboração, execução e controle das políticas sociais levado a efeito pelos Poderes Executivo e Legislativo. Contudo, referida discricionariedade deve ter como baliza e como limites a própria normatividade constitucional³¹.

Ademais, o tema precisa ser reexaminado para que lhes sejam acrescidas as dimensões da democracia pluralista³² (artigos 1º, V, 3º, IV da CF/88). Ou seja: uma Constituição programática ou dirigente, como a Carta de 1988, suscita ao lado das ações dos Poderes públicos, a participação popular, em especial no que diz respeito às políticas sociais. Cuida-se, com efeito, de uma redefinição da própria cidadania que suscita, por via reflexa, não apenas a indispensável concessão de direitos, mas também a participação popular na feitura, expansão e concretização desses princípios fundamentais que devem ser concretizados quer através das políticas públicas, quer por meio das atividades administrativas, jurisdicionais ou ainda legislativas. O que se chama, aqui, de virada de Copérnico pode, então, ser alinhado a partir dos argumentos de Katya Kozicki³³:

³¹ “Todavia, é certo que o êxito do Estado Constitucional não depende apenas, ou, então, só depende em primeiro lugar, da qualidade jurídica das normas e sentença. O mais importante é que a população se identifique com a Constituição e não honre violações constitucionais por parte de instâncias políticas.” GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 94.

³² “Conflito, antagonismo, divisão e incompletude não constituem limitações temporárias à obtenção da harmonia final nas sociedades democráticas. Ao contrário, estarão sempre presentes em qualquer democracia, posto que são constitutivos do sentido do termo. Isso implica que os acordos, quanto aos princípios, valores e identificações possíveis, serão sempre provisórios. A concepção de cidadania, em última análise, está ligada à idéia da necessária liberdade na esfera privada, aliada à igualdade na esfera pública.” KOZICKI, Katya. Democracia radical e cidadania: reflexões sobre a igualdade e a diferença no pensamento de Chantal Mouffe. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Repensando a teoria do estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 344.

³³ *Ibid.*, p. 343.

[...] o cidadão não é um mero recipiente de direitos individuais, concebidos em abstrato. O cidadão é aquele que se identifica com a gramática de conduta da república, como o interesse público. A cidadania, dentro dessa perspectiva, funciona com um elemento articulador entre as diferentes posições de sujeito que os agentes sociais ocupam na sociedade, permitindo a construção de uma identidade comum, ao mesmo tempo que respeita a liberdade individual.

Nessa perspectiva, portanto, a concepção abstrata de cidadania é substituída pela presença de sujeitos sociais que deixam de ser objeto de regulação³⁴ ou meros destinatários de outorgas para vivenciarem e participarem do processo de construção dos direitos.

5 CONCLUSÃO

No que tange à discricionariedade estatal, quanto às políticas públicas, parece importante que se tragam à tona, em linhas gerais, algumas colocações referentes ao interesse público, aqui percebido como baliza do poder discricionário na confecção de atos governamentais e administrativos. Agreguem-se, assim, os seguintes argumentos:

1. Durante o contratualismo clássico, o interesse público, na literatura de Hobbes³⁵, confundia-se geneticamente com o interesse

³⁴ Cf. FOUCAULT, M. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

³⁵ “[...] dado que todo súdito é por instituição autor de todos os atos e decisões do soberano instituído, segue-se que nada do que este faça pode ser considerado injúria para com qualquer de seus súditos, e que nenhum deles pode acusá-lo de injustiça. Pois quem faz alguma coisa em virtude da autoridade de um outro não pode nunca causar injúria àquele em virtude de cuja autoridade está agindo. Por esta instituição de um Estado, cada indivíduo é autor de tudo quanto o soberano fizer, por consequência aquele que se queixar de uma injúria feita por seu soberano estar-se-á queixando daquilo de que ele próprio é autor, portanto não deve acusar ninguém a não ser a si próprio”. HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril, 1974. p. 113.

dos governantes e, nele, fundamentava-se. Nas visões de Locke³⁶ e Rousseau³⁷, o interesse público encontrava sua expressão racional exclusivamente no Estado.

2. Os Estados liberais do século XIX e da primeira metade do século XX aprofundaram ideologicamente as divergências entre interesses da sociedade e do Estado. Contudo, não se pode esquecer que o interesse dito da sociedade, nesse contexto, era o interesse do próprio mercado, e não da sociedade em sua dimensão plural. Assim, essa dicotomia entre interesse da sociedade e interesse do governo alimentou, por muito tempo, o ideário liberal burguês, marcado pela separação entre Estado e sociedade civil, conforme pondera Fioravanti³⁸.

3. Por outro lado, Estados de não Direito, produzidos e ao mesmo tempo reprodutores de processos políticos autoritários, no século XX, passaram a difundir a noção de interesse público com o interesse do Estado, ou melhor, do governo. Nessa postura, contudo, o interesse público encontrava-se deslegitimado jurídica e socialmente. Dito de outro modo, a ausência de processos democráticos retirava do interesse público qualquer hipótese de fundamentalidade social.

³⁶ “O objetivo grande e principal, portanto, da união dos homens em comunidade, colocando-se eles sob governo, é a preservação da propriedade, para esse objetivo muitas condições faltam no estado de natureza:

Primeiro, falta uma lei estabelecida, firmada, conhecida, recebida e aceita, mediante consentimento comum, como padrão do justo e injusto e medida comum para resolver quaisquer controvérsias entre os homens; [...]

Em segundo lugar, no estado de natureza falta um juiz conhecido e indiferente [...]

Em terceiro lugar, no estado de natureza falta muitas vezes poder que apoie e sustente a sentença quando justa, dando-lhe a devida execução [...]

Assim os homens, apesar de todos os privilégios do estado de natureza, mantendo-se em más condições enquanto nele permanecem, são rapidamente levados à sociedade (LOCKE, John. **Ensaio sobre governo civil**. São Paulo: Abril, 1973. p. 88-89).

³⁷ “[...] o pacto fundamental, em lugar de destruir a igualdade natural, pelo contrário substitui por uma igualdade moral e legítima aquilo que a natureza poderia trazer por desigualdade física entre os homens, que, podendo ser desiguais na força ou no gênio, todos se tornariam iguais por convenção e direito.” ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a desigualdade**. São Paulo: Abril cultural, 1973. p. 45.

³⁸ FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales**: apuntes de historia de las constituciones. 5. ed. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta. 2007.

Em constituições democráticas, como a Carta Federal de 1988, o interesse público não pode ter como parâmetro senão as normas constitucionais. Por conseguinte, a teoria de Alessi, que classifica o interesse público em primário (identificado com os anseios da sociedade a partir de um consenso possível) e secundário (concernente aos atos de governo e da Administração), precisa ser melhor apropriada, para que não se confunda interesse público secundário com interesse pessoal do gestor, haja vista as dimensões constitucionais do princípio da impessoalidade (*caput* do artigo 37 CF/88).

REFERÊNCIAS

ALESSI, Renato. **Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano**. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1960.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 4. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lopes. **Constituições do Brasil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1986.

DRAIBE, Sonia Miriam. Há tendências e tendências: com que Estado de Bem-Estar Social haveremos de conviver neste final de século? **Caderno de pesquisa [do NEPP]**, Campinas, n. 10, 1989.

ESCOREL, Sarah. **Elemento para análise da configuração do padrão brasileiro de proteção social: o Brasil tem um Welfare State?** Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz; ENSP, 1993.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 13 ed. São Paulo: Globo, 1998. p. 634.

FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones**. 5. ed. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2007.

- FOUCAULT, M. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. Tradução de Luciana Carli. São Paulo: Abril Cultural, 1984.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. Madrid: Alianza, 1984.
- GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais: releitura de uma constituição dirigente**. Curitiba: Juruá, 2006.
- GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre a facticidade e a validade**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HESAPANHA, António M. Lei e justiça: História e prospectiva de um paradigma. In: HESAPANHA, António M. (Org.). **Justiça e litigiosidade: história e prospectiva**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril, 1974.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- KOZICKI, Katya. Democracia radical e cidadania: reflexões sobre a igualdade e a diferença no pensamento de Chantal Mouffé. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Repensando a teoria do estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- LOCKE, John. **Ensaio sobre governo civil**. São Paulo: Abril, 1973.

LOEWENSTEIN, Kant. **Teoria de la constitución**. Tradução de Alfredo Gallego Amabitarte. Barcelona: Ariel, 1964.

_____. **Teoría de la constitución**. Tradução de Alfredo Gallego Amabitarte. Barcelona: Ariel, 1987.

MIRANDA, Jorge. Direitos fundamentais e interpretação constitucional. **Revista do Tribunal Regional Federal 4ª Região**, Porto Alegre, v. 9, n. 30, p. 21-34, 1998.

_____. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**. 4. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 2008. t. 4

MONTESQUIEU. **Do Espírito das leis**. São Paulo: Abril, 1973.

NABUCO, Joaquim. **Um estadista no Império**. 5. ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997.v.2, p. 1086.

QUINTANA, Mario. A rua dos cataventos. In: CARVALHAU, Tânia Franco. **80 anos de poesia**. 13. ed. São Paulo: Globo, 2008.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a desigualdade**. São Paulo: Abril cultural, 1973.

RUSCHEL, Ruy Ruben. A eficácia dos direitos sociais. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (AJURIS)**, Porto Alegre, ano 20, n. 58, p. 291-296, jul. 1993.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Cidadania e justiça: a política social na ordem brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1987.

SARAIVA, Paulo Lopo. **Garantia constitucional dos direitos sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. **Garantia constitucional dos direitos sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 1993.

SARAMAGO, José. **A viagem do elefante.** Lisboa: Caminho, 2008.

SICHES, Luis Recasens. **Introducción al estudio del derecho.** 6. ed. México: Porrúa, 1981. p. 334.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

VERDÚ, Pablo Lucas. **El sentimiento constitucional:** aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política. Madrid: REUS, 1985.

_____. **O sentimento constitucional:** aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VIANNA, Maria Lúcia T. Werneck; SILVA, Beatriz Azeredo da. Interpretação e avaliação da política social no Brasil: uma bibliografia comentada. In: MPAS/CEPAL. **A economia e a política em tempo de crise:** articulação institucional e descentralização. Brasília, 1989. v.3.

WALZER, Michael. **As esferas da justiça:** uma defesa do pluralismo e da liberdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

**DIREITO
ADMINISTRATIVO**

O MINISTÉRIO PÚBLICO NA FRONTEIRA DA *FUNÇÃO PÚBLICA RENOVADA* UM NOVO PARADIGMA DIANTE DAS FUNÇÕES DE GOVERNO E DE ADMINISTRAÇÃO DO ESTADO*

*Maria de Jesus Rodrigues Araújo Heilmann***

Resumo: Este artigo busca refletir sobre uma análise das mudanças na Administração Pública a partir de um aumento dos problemas sociais no mundo globalizado, e de uma nova dimensão das funções do Ministério Público no contexto do direito administrativo.

Palavras-chave: Direito administrativo. Função pública. Governo. Ministério Público.

Abstract: This article looks to reflect an analysis of the changes in the Public Administration from an increase of the social problems in the globalized world, and of a new dimension of the functions of the Public Prosecution service in the context of the *administrative law*.

Keywords: Administrative law. Publics functions. Governance. Public prosecution.

* Este texto é parte do trabalho de pesquisa defendido no curso de Doutorado da Universidade de Barcelona, para a obtenção do Diploma de Estudos Avançados – DEA (2007).

** Promotora de Justiça do Estado do Maranhão. Professora de Direito Administrativo da Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Mestre em Ciências Jurídico-Políticas da Universidade de Lisboa – PT. Doutoranda em Direito Administrativo da Universidade de Barcelona – ES.

1 INTRODUÇÃO

A abordagem sobre a função do *Ministério Público* (MP) como órgão de atuação *extrajudicial* (ou *não jurisdicional*), dentro da temática do *Direito Administrativo*, é pouco freqüente entre os juristas, especialmente na doutrina estrangeira. Pode-se dizer que é um tema tratado pela maioria dos autores em estudos relativos ao Direito Constitucional, ou também, sob o enfoque do Direito Processual, por duas razões destacáveis: a *primeira*, porque o *Ministério Público* aparece com diferentes identidades em cada ordenamento jurídico, ocupando natureza jurídica distinta segundo o texto das Constituições vigentes nos diversos sistemas jurídicos. A *segunda* diz respeito ao *perfil processual* que ao longo do tempo esta Instituição adquiriu como peça fundamental do *ius puniendi* e se transformou também em *defensor da legalidade*¹, nos sistemas processuais do modelo Europeu-continental, no sistema norteamericano e também nos ordenamentos jurídicos dos povos latinos.

A inserção da abordagem no campo do Direito Administrativo tem por fim realçar, dentro de um variado contexto de transformações das estruturas estatais, a forma que o Ministério Público vem se moldando diante das *relações administrativas internacionais* envolvendo Estados, Governos, Organizações Internacionais e Sociedade civil.

De antemão se observa que o *direito administrativo* nos diversos processos político-jurídico de nível global também se comportou de maneira insatisfatória para atender somente aos critérios de sua definição dogmática, onde era possível se identificar um matiz dominante, como sendo o *direito próprio de uma função pública*. Atualmente, esta dimensão do Direito Administrativo se *pluralizou* e, em consequência, tornou-se difícil apontar uma noção única ou delimitação exclusiva à idéia acima referida, considerando que como tem advertido diversos autores, deixou de haver uma *concepção unilateral do direito administrativo*.

De tal modo, Martín Mateo² assinalou com muita propriedade que não é possível decantar a explicação desse Direito sobre uma só

¹ Levando-se em conta as denominações quanto às atribuições do *custus legis* ou de fiscal da Lei.

² Vide MARTÍN MATEO, Ramón. **Manual de derecho administrativo**. 25. ed. Madrid: Arazandi, 2006. p.64.

pedra angular sem dar entrada a uma série de idéias complementares. Portanto, na definição mais atual para este publicista espanhol o Direito Administrativo se concebe como “un conjunto de actividades eficazmente dirigidas al atendimento de los intereses públicos y para los cuales el ordenamiento concede potestades singulares.”

Logo, se consideramos que as funções da Administração Pública adquirem relevância própria em oposição às funções *Legislativa e da Justiça*, que lhes são complementares como um fragmento que totaliza a atividade estatal³, é possível, partindo-se deste conjunto de idéias, ancorar as primeiras aproximações do tema que nos propomos, isto é, inserir dentro da ótica do Direito Administrativo a posição do Ministério Público como órgão *detentor de atribuições que visam ao atendimento dos interesses sociais intrinsecamente afetados* diante de outros *interesses públicos da Administração*, e que em determinadas circunstâncias ambos podem não coincidir⁴ dentro da complexa atuação do sistema estatal.

Por outro lado, ressalta-se entre vários autores a assente opinião de que o limite entre a política e a área administrativa não está determinado com precisão e é difícil determinar⁵. A apropriação da Administração pela Política não é lícita porque a Administração se obriga a desempenhar sua função com impessoalidade, eficiência, nos limites da legalidade, atenta aos princípios que regem a função pública, visando agir com imparcialidade na busca da eficácia, a serviço dos cidadãos sem, portanto, deixar-se manipular pelas interferências partidárias e eleitoreiras ou de pessoas.

Não obstante, existe uma luta constante entre o interesse político para promover o pessoal de sua estrita confiança e também uma permanente oposição dos funcionários para assegurarem um âmbito de relativa autonomia e aumentar seu poder de decisão. Assim, enquanto a *função governamental* passa a se orientar por opções políticas ou alter-

³ A este respeito vide MERKL, Adolfo. **Teoría general del derecho administrativo**. Tradução de José L. Monereo Pérez. Granada: Comares, 2004. p. 80.

⁴ Sobre a dicotomia entre interesse público e social ver ALMAGRO NOSETE, J. La protección procesal de los intereses difusos en España. **Justicia**, Barcelona, v. 83, n. 1, p. 71.

⁵ MORON SANCHIS, Miguel. **La función pública**. Madrid: Tecnos, 2007.

nativas ideológicas, em sentido contrário, a *função administrativa* deve atender a fatores técnicos e obtenção de resultados práticos na busca dos fins sociais e realização destes objetivos.

Sem embargo, inserir o tema do *Ministério Público* na perspectiva da matéria do Direito Administrativo, mesmo que pareça muito peculiar, nos parece, em nossa análise, um ponto relevante resultante das implicações da nova configuração dos poderes públicos do Estado, ou de sua re-dimensão, de tal modo que as transformações do papel da Administração Pública dos Estados Nacionais, sob a influência do direito supranacional e transfronteiriço, acabam por influir nas atribuições do *Ministério Público* dentro do sistema brasileiro e nos outros sistemas também.

Conseqüentemente, o MP, além de ser um órgão encarregado das funções de defesa da legalidade e da promoção da Justiça no Estado Democrático de Direito, também adquiriu novos contornos na sociedade⁶, estes nem sempre proporcionais àquelas características conhecidas nos sistemas tradicionais do Estado Moderno.

Em uma análise precipitada se poderia pensar que no contexto das *relações administrativas internacionais ou transnacionais* pouco se inovou a respeito da instituição do MP, mantendo esta sua dimensão conforme a sua missão primária de promoção da ação penal com prioridade, dentro dos limites da atuação do processo penal. E ressalta-se que, nesse sentido, foi assim concebida a função do *Ministério Público Europeu* criado há poucos anos na estrutura da União Européia (adiante UE).

No entanto, ousamos modestamente discordar deste argumento que tende a prevalecer na opinião de uma parte de doutrina luso-hispânica, a qual segue defendendo uma estrutura do MP e seu modo de atuação, mais restringido dentro do contexto sócio-político destes Estados-membros da UE. Ao contrário, partiremos de duas vertentes que se projetam para uma reflexão mais urgente segundo as mudanças do novo modelo de MP que emerge no contexto das *relações administrativas internacionais*: a) *um primeiro ponto parte de uma exigente proteção em matéria dos direitos funda-*

⁶ Veja-se, v.g. a expansão das funções constitucionais do MP dentro do sistema brasileiro a partir da CF/1988 e também a criação do Ministério Público Europeu neste início de século no âmbito da União Européia e da atuação do Ministério Público no Tribunal Penal Internacional.

mentais para dar mais efetividade dentro da realidade social; e b) o segundo ponto se refere às tendências de autonomias institucionais refletidas no âmbito dos espaços públicos dos Estados e do contexto internacional.

Portanto, este estudo propõe realizar algumas reflexões do modelo institucional do Ministério Público e de sua projeção para a fiscalização da Administração Pública na perspectiva do interesse social (inclusive da persecução penal) e seu vínculo com os direitos fundamentais como *mola propulsora* do regime democrático do Estado Pós-moderno, tomando como ponto central o campo da *função pública* que é inerente ao Direito Administrativo.

No consenso da doutrina publicista se evidenciam mudanças de centralidade da soberania dos poderes do Estado Moderno, sobretudo no Direito Europeu no qual não pairam dúvidas sobre a dinâmica entre as novas relações dos poderes públicos de Estado Social frente a novos significados dos direitos fundamentais, da concepção da *legalidade*, das funções dos juízes etc⁷. Tais mudanças, também, se refletem em nosso sistema jurídico demarcado por um conjunto de reformas constitucionais desde a última década.

Seguindo-se esse objetivo se tentará responder algumas questões, diante da exigência de maior proteção às novas categorias de direitos, que o MP deve atuar frente à Administração Pública incumbida de efetivar e implementar as políticas públicas no âmbito dos Estados: *quais são os novos desafios das atuações comuns entre as Administrações Públicas e o Ministério Público? E em que âmbitos se propõem essa extensão das atribuições dos Ministérios Públicos?* Vejamos algumas razões que justificam o desenvolvimento deste estudo.

⁷ Assim, tomamos por ilustração a reflexão do publicista Muñoz Machado, dentre um amplo número disponível, que ao tratar da influência dos direitos na legalidade destacou que: “En el Estado legal los derechos dependían de las definiciones del legislador y eran exigibles en la medida en que el legislador lo permitía. La Justicia también se ha desentendido parcialmente de la ley porque ya no resuelve solamente conforme a las reglas establecidas en la misma, sino según imponen los derechos constitucionales y también los valores y principios que la Constitución consagra. (...) Además, una de las consecuencias de la superposición de otros ordenamientos supranacionales al general del Estado, es que los jueces internos tienen que operar teniendo en cuenta la significación que los valores, principios y los derechos tienen en aquellos...”. MUÑOZ MACHADO, Santiago. **Tratado de derecho administrativo y derecho público general**. Madri: Civitas, 2004. t. 1. p. 325.

Antes de tudo, mais que delimitar o tema é necessário explicar alguns aspectos que constituem o contexto das questões que aqui se desdobrarão.

Consideramos que consagrar a existência de um espaço jurídico global do Direito Administrativo, como defendem alguns autores, ou então concordar com a tese que sustenta a especialização de um *direito administrativo internacional*, como sustentam outros, significa dar maior relevância a esta dimensão transnacional em detrimento das questões territoriais de cada Estado. Também não se quer sustentar que a aproximação das relações administrativas internacionais entre Estados Nacionais estabeleceu uma mudança radical de funções do MP e que este tenha agora que intervir nas funções da Administração Pública de um modo harmônico ou uniforme nos diversos sistemas jurídicos.

O que nos impulsiona adentrar na reflexão deste tema será verificar quais são os novos desafios, sem pretensão de esgotar qualquer análise definitiva, que o *Direito Administrativo* poderá convergir e abranger em uma nova dimensão do papel do Ministério Público para este século, enquanto função pública de relevância, não apenas no contexto da *função jurisdicional*, mas da própria proteção do regime democrático e da sociedade como um todo.

Outra problemática que se antepõe, ao tratar este tema, são as diversas características que tal Instituição apresenta dentre os modelos de atribuições tão diversos que, dependendo do ponto de vista de cada sistema constitucional, pode-se dinamizar a amplitude ou estreitar o debate. Em alguns sistemas, ainda que a função do MP poderia se materializar de forma mais restringida, não seria motivo para distanciar-se da análise do tema. Consideramos, ao contrário, que existem razões suficientes para se tentar fazer esta aproximação e o faremos partindo-se dos dois enfoques iniciais já referidos, o da *proteção dos direitos fundamentais* e em outro aspecto o da *autonomia institucional*.

Ressalta-se que não são necessários maiores esforços para compreender que o *Estado Autonomista* (este tem sido objeto de muitos estudos na doutrina do Direito Público) deu margem a um conjunto de atuações fragmentadas em que cada organismo “cria vida” independente e assume funções públicas diferenciadas cada vez menos subordina-

das ao governo, este enquanto detentor do monopólio da *função política* distinta da *função Administrativa* que é própria da execução objetiva e impessoal das tarefas de funcionamento do Estado.

Assim, há sistemas jurídicos nos quais o Ministério Público tende a um grau maior ou menor de independência em relação aos demais poderes instituídos; em outro aspecto se ressalta o aparecimento de novos entes, como as *autoridades independentes* e o *Ombudsman*, estes com maior evidência no sistema europeu, como novas formas de organismos empenhados em buscar maior grau de transparência da Administração Pública e da eficácia do *princípio da boa administração*, assim também de evitar a manipulação partidarista no controle dos procedimentos e atuações de determinados setores, de determinadas funções públicas na exploração de serviços públicos-privados e por entes privados.

Sob outro aspecto, tal realidade expressa por um conjunto de múltiplos organismos internacionais intensificaram um novo modo de relações-administrativas entre os Estados as quais se identificam como a *redefinição da função pública* “transpassada por fronteiras”⁸ ou então, caracterizada por *interconexões de um Direito entre fronteiras* que ultrapassa os limites dos ordenamentos jurídicos nacionais⁹ através do direito vindo do “espaço jurídico global”, de tal modo que este *direito interconexo* interferiu cada vez mais na organização administrativa e funcional do Estado Nacional.

A propósito, a reflexão do constitucionalista espanhol Martín-Retortillo sobre as intensas mudanças introduzidas nos sistemas jurídicos internos advindas das fontes do espaço transnacional, sobretudo no âmbito europeu, se tornou um fenômeno de irreversível e incontrolável alteração do Direito Positivo vigente. Assim, enfatizou este autor¹⁰ que:

El sistema jurídico que hoy se aplica entre nosotros está lleno de fragmentos venidos de fuera, que se

⁸ Nesse sentido vide: OTERO, Paulo. **Legalidade y administración pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Lisboa: Almedina, 2003. p. 489.

⁹ Vide MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo. **La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho**. Madrid: Civitas, 2004.

¹⁰ Ibid.

superponen a los que nosotros hemos elaborado, y que se ofrecen en flujo aparentemente misterioso e incontrolable.(...) Siempre han conocido los sistemas jurídicos unas u otras modalidades de interconexión, pero entiendo que hoy la tendencia se ofrece con tanta fuerza e intensidad, cubriendo tan amplio espacio, que bien puede afirmarse estamos ante una notable mutación, dado que lo cuantitativo se ha trocado en cualitativo, algo determinante para caracterizar nuestra época.

Nesse sentido, se observa que as políticas transnacionais determinam, ou pelo menos influenciam a imposição de novos *standards* nos procedimentos e na execução das atividades públicas ou da gestão administrativa, onde a “função da legalidade”, a *potestade discricionária* das políticas criminais, a defesa dos interesses sociais e dos direitos fundamentais se transformaram ao sabor dos mecanismos e fontes instituídas pelo fenômeno de uma suposta *administração supra-estatal*, revelando-se em fatores de transformação do ordenamento jurídico dos Estados Nacionais.

2 DA FUNÇÃO PÚBLICA RENOVADA

Este estudo busca refletir sobre uma análise das mudanças na Administração Pública a partir de um aumento dos problemas sociais no mundo globalizado, e de uma nova dimensão das funções do Ministério Público. É certo que no Direito Administrativo Europeu se revelou de grande importância a atuação do Defensor Público (Art. 195 do Tratado da Comunidade Européia), do mesmo modo, este organismo vem se destacando nos sistemas jurídicos dos países sul-americanos, inclusive na nossa CF de 1988. Não obstante, devido à multiplicidade de problemas relacionados com um complexo de irregularidades administrativas e de uma crescente criminalidade do poder que vem afetando internamente as administrações públicas nos vários níveis de sua organização (nacional e local) levaram a novos matizes em torno da matéria do Direito Penal envolvendo também, o Estado-administrador. Por esta razão se destaca uma configuração do MP não só como mero órgão de

persecução penal, mas de seu papel de guardião social e da fiscalização ampliada dos interesses sociais levado a um variado contexto.

Outro argumento que se apresenta para justificar a abordagem deste tema da instituição do Ministério Público, sob o enfoque da sua *função pública renovada*, refere-se ao fato de que nem sempre as funções estatais de mesmo conteúdo podem coincidir em determinadas circunstâncias de tempo e lugar, e variam dentro dos ordenamentos jurídicos dos Estados, razão pela qual admitem qualificações jurídicas diferenciadas¹¹. Veja-se que tal hipótese se pode conceber de modo emblemático segundo as funções que o órgão do Ministério Público assume nos diferentes sistemas jurídicos constitucionalizados como, por exemplo, na esfera de sua atuação na proteção dos direitos individuais, sociais e difusos.

Tomados esses dois argumentos, que se referem a aspectos distintos da análise jurídica: i) *a influência marcante do direito supranacional*, de um lado, e de outro ii) *a configuração interna do MP em cada sistema jurídico estatal (no direito comparado)* poder-se-ia de antemão situar que, em ambos, o exercício da *persecução criminal* como função estatal ao encargo do Ministério Público é uma tendência consolidada de atuação frente aos poderes instituídos dos Estados. Todavia, é necessário tratar-se de outras funções institucionais do MP, as quais não estão estreitamente vinculadas com a ação penal, as quais alcançaram progressivo avanço e hoje se pode distinguir a existência, em nossa opinião, de dois modelos distintos de MP tendentes a prevalecer na configuração do Estado Social de Direito.

De um modo latente, apesar das diferentes configurações que a instituição do MP ocupa dentro de cada ordenamento jurídico estatal, é preciso levar em conta um traço ou característica comum que parece aproximar de modo absoluto uma certa *identidade institucional* nos diversos países, senão de modo relativo, que se refere à função de *defesa*

¹¹ Vide sobre este tema a doutrina germânica sustentada por *Merkl* na epígrafe que trata de “*Los tipos históricos fundamentales de la administración*”, o qual havia assinalado que “un asunto se convierte en asunto administrativo, no por su contenido, sino por el órgano a quien compete”. (MERKL, Adolfo. **Teoría general del derecho administrativo**. Tradução de José L. Monereo Pérez. Granada: Comares, 2004. p. 80).

da legalidade ante aos Órgãos da Justiça, sobretudo da *persecução penal* onde tende a prevalecer na maioria dos sistemas jurídicos.

Esta ideia se concebe como a posição tradicional de Ministério Público, inobstante, se ressalta que desde finais do século XX o MP adquiriu uma dimensão de *pluralidade de atuações* que apareceram com o Estado pós-moderno.

Há mais de duas décadas o caráter transformador do MP em vários sistemas jurídicos acentuou uma profunda identidade de suas funções com a *defesa dos direitos fundamentais* no Estado Democrático de Direito, tornando-se esta uma condição *sine qua non* da atuação como órgão essencial na promoção da Justiça e na defesa da legalidade, sobretudo, aprofundar o papel que aquele órgão exerce na concretização do interesse social, dentre as finalidades que exerce na estrutura político-social do Estado.

O que se vive hoje de fato, para além do desenho constitucional distinto em torno da *Função Ministerial* nos diversos países, é que alguns sistemas jurídicos mantêm um conteúdo de restrição das atribuições ao mero exercício da ação penal a cargo do Ministério Público¹², posição esta que dificulta uma atuação mais eficiente deste Órgão para atuar diretamente no combate às irregularidades administrativas crescentes e dos ilícitos cada vez mais complexos envolvendo as estruturas do Estado.

Hoje não se compreende que o Ministério Público se mantenha alheio às discussões da *função de governo* (esta distinta da *função administrativa*), ou também no que tange ao tema da *governança mundial*, como se referem alguns autores, quando esta atuação se dá no plano internacional onde se ajustam compromissos em torno de novos modelos de gestão administrativa dos interesses sociais, no qual se concentra uma nova perspectiva de atribuições em matéria de serviços públicos e de temas relativos aos direitos difusos e coletivos do consumidor, do meio ambiente, organização territorial e urbanismo, da segurança interna e internacional, da política agrícola etc.

É evidente que não se pretende estabelecer aqui uma implicação política do Ministério Público, no sentido de aderir a interesses de

¹² Recordar-se que em vários países da tradição hispânica a instituição Ministério Público é conhecida como *Ministério Público*.

partidos políticos ou de plataformas de governos específicos; ao contrário, em variados sistemas político-administrativos se observa uma significativa intromissão dos partidos políticos na atuação dos Órgãos de Justiça, criando-se uma tensão constante quantos aos aspectos mais relevantes da independência administrativo-funcional destes organismos estatais.

O MP, dotado de legitimidade para atuar como órgão de defesa da Democracia, necessita reformular seu perfil orgânico-funcional para atuar inclusive no sistema de cooperação multilateral não apenas como um apêndice da cooperação judiciária, mas de uma *atividade extrajudicial ou parajudicial* relevante no campo da proteção dos direitos indisponíveis, sociais e difusos. No âmbito internacional não deve se limitar somente às parcerias e troca de informações em investigações de ilícitos, mas também de defesa dos direitos fundamentais dos nacionais que se encontrem em situação de risco em território estrangeiro, contra as discriminações ou ainda em defesa dos interesses coletivos e difusos quando ameaçados no âmbito das projeções transnacionais, tais como defesa da biodiversidade, do patrimônio cultural, da segurança alimentar, da saúde, dos recursos financeiros, das novas tecnologias etc.

Finalmente, põe-se em relevo que o Ministério Público foi concebido no seu mandato constitucional para ter independência em razão da defesa da legalidade e de uma proteção dos interesses sociais, e hoje não é mais possível que se lhes impeça de realizar ações preventivas propriamente. Multiplicaram-se os desvios da função pública, os atos de corrupções, os crimes transfronteiriços e as violações de direitos fundamentais, realidade que afeta todos os países indistintamente da situação econômica ou de infra-estrutura social. Por isso, uma nova realidade decorrente da *mundialização* está em exigir uma atuação mais célere que nem sempre corresponde ao modelo de Justiça institucionalizada que temos.

3 O AMBIENTE CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Variados autores dedicaram muitos estudos ao *perfil constitucional* do Ministério Público em um contexto amplo, pois conforme

assinhalou o autor Díez-Picazo, trata-se de uma instituição enigmática. O traço mais destacado é, sem dúvida alguma, a função primária do Ministério Público como titular da ação penal. No entanto, acentua este autor que mesmo que se encomendem ao Ministério Público encargos de outra índole (tutela dos interesses dos menores, participação nos litígios relativos ao estado civil etc.), na sua concepção “qualquer que seja a valoração que isso possa merecer, trata-se de *atribuições acidentais*, no sentido que variam notavelmente de um ordenamento a outro”¹³.

É verdade que as definições constitucionais do Ministério Público hoje representam uma significativa divergência de valorações jurídicas e de atuação, logo não é possível encaixar as mesmas dimensões constitucionais a este órgão.

No Estado de Direito o princípio da divisão de poderes é a clave de muitos ordenamentos jurídicos de matriz liberal onde a justiça se administra exclusivamente pelos integrantes do Poder Judiciário, mesmo que o governo siga ostentando importantes competências no tocante ao *modo de instrumentalizar* o exercício da função jurisdicional. Ocorre que, a respeito do Ministério Público, existe uma grande indefinição quanto ao lugar onde este se focaliza institucionalmente dentro de cada sistema constitucional moderno.

Sabemos que os sistemas jurídicos não se assemelham neste aspecto. No sistema Sul-americano, encontram-se diferentes definições do MP com funções mais amplas ou não; especialmente no Brasil, os desafios do Ministério Público desde a década de oitenta se transformou muito e foi se ampliando para uma função de defesa da ordem democrática e dos interesses sociais, individuais e indisponíveis em nível constitucional (neste último se insere a proteção do meio ambiente, dos consumidores, do patrimônio público, da infância e das pessoas maiores, dos povos indígenas, dos direitos fundamentais etc.), de modo distinto a outros sistemas circunvizinhos ou da tradição ocidental.

Assim, a função do MP afeta à proteção dos interesses públicos e de defesa da sociedade para a promoção da Justiça Penal, mesmo que

¹³ DÍEZ-PICAZO, Luis Maria. **El poder de acusar**: Ministerio Fiscal y constitucionalismo. Barcelona: Ariel, 2000.

exista na grande maioria dos países, se ressalta que outras atuações de ordem não *processual* se fazem presente no contexto do Estado Social, onde se evidencia a presença do MP na representação da sociedade para os efeitos de defender o interesse social, a família, os menores e os incapacitados. De outro modo, tem também intervenção no processo administrativo sancionador de muitos Estados europeus, registra-se que aqui reside uma diferença de grande relevância, trata-se, portanto, de dois sistemas diferentes.

Pois bem, uma leitura de textos constitucionais comparado pode esclarecer melhor a distinção referida, seguindo-se a uma análise entre estes dois modelos ou categorias jurídicas.

3.1 A formação do modelo unitário e do modelo dualista

A Constituição da Espanha dispõe sobre o *Ministério Fiscal* no seu artigo 124, I o seguinte enunciado:

124.1. O Ministério Público, sem prejuízo das funções encomendadas a outros órgãos, *tem por missão promover a ação da justiça* em defesa da legalidade, dos direitos dos cidadãos e do interesse público tutelado pela lei, de ofício ou a petição dos interessados, assim como velar pela independência dos Tribunais e procurar ante estes a satisfação do interesse social. (Tradução e grifo nosso).

Esta perspectiva constitucional nos leva em primeira análise a constatar uma limitação de ordem constitucional, pois a função do *MP* se restringe em grande parte aos restritos canais da Justiça, portanto “engessam” qualquer atitude dinamizadora de uma instituição de tamanha magnitude. Mas, alguns certamente hão de se perguntar para que outra forma de atuação se no sistema constitucional existem outros órgãos para fazer a promoção dos interesses sociais dos cidadãos (?). Se nutrirmos esta “acomodada forma de pensar” e de manter “tradições” que se estão superando no Estado Social, este permanecerá o mesmo, e jamais teria mudado nas *postrimerías* do século XX. Não se teriam criado as *autoridades independentes*, o ombudsman etc., não

se falaria de novas formas de gestão administrativa e do desenvolvimento do *terceiro setor* e de novos *standards* para as formas de gestão econômica do Estado.

Destaca-se, entretanto, que o pilar da Justiça é o último a remodelar-se ou reformar-se neste complexo de transformações e de novas formas de concepção do modelo de Justiça como um dos roteiros da *função pública renovada*. O Ministério Público, vinculado a este pilar, vem se reformulando para adaptar-se a este novo contexto, contudo não se pode deixar levar por complexa *rede* de interesses econômicos e políticos pouco comprometidos com uma solidariedade conjunta de proteção dos chamados *direitos de massa*¹⁴.

Contrastando-se com o modelo acima referido, a Constituição do Brasil promulgada desde 1988 descreveu um novo perfil ao Ministério Público criando em capítulo próprio a sua configuração denominada das *funções essenciais à Justiça*, dedicando um rol de três artigos. A definição institucional vem delineada pelo art. 127 “caput”:

“Art.127. O Ministério Público é uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, *incumbido-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*”. (Grifo nosso).

Assim, poderíamos seguir fazendo uma análise de direito comparado de inúmeras definições constitucionais de outros tantos sistemas jurídicos, mas isto excede o alcance do presente estudo e não nos atrevemos a fazê-lo. A começar só por estes dois sistemas já se supõe muito que analisar.

No entanto, há de dizer-se de imediato que discorrer sobre um modelo de Ministério Público de um Estado-membro da União Européia implica refletir sobre o direito comunitário europeu e de suas tendências para uma atuação ou atribuições em comum, dado que todos os sistemas jurídicos destes se vêm afetados por esta integração européia (antes direito comunitário) e se aprofundou uma discussão ao nível europeu do Ministério Público buscando-se um novo desafio no controle dos interesses financeiros de toda a Comunidade e de luta contra a fraude

¹⁴ CAPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologias, sociedade**. Buenos Aires: EJE, 1974. v. 1, p.131-132. (Colección Ciencia del Proceso, 64).

até chegar em uma evolução de harmonização de suas atribuições nos diferentes Estados. Esta perspectiva não será comentada neste artigo.

Em minha opinião, duas tendências de constitucionalidade de atribuições do Ministério Público se fixarão para este século: i) um modelo unitário e ii) um modelo dualista.

A concepção que chamamos de *modelo unitário* continua sendo a *perspectiva européia* centralizada na atuação ministerial que põe de relevo a persecução criminal por meio da ação penal. É aquela que se traduz delineada no debate em torno da responsabilidade da política criminal, mesmo que no *modelo unitário* o Ministério Público permaneça atuando em menor proporção nas outras áreas sociais em defesa da legalidade e dos interesses sociais dirigidos a determinados segmentos.

O segundo modelo é um *modelo dualista* que valoriza tanto a persecução penal como também o traço constitucional de notável avanço no controle e fiscalização das políticas públicas tendo em vista o interesse social. É concebida como irreversível, pois hoje não se trata mais de meras *atuações acidentais*. Desenvolveu-se no Brasil como forma de tutelar os interesses sociais substituindo a fórmula clássica do processo civil individual por um *processo civil coletivo*. Ainda com uma particularidade muito significativa, no que tange ao procedimento preliminar da investigação civil-administrativa, instrumentalizada pelo procedimento ou inquérito civil onde se concentra a proteção constitucional dos interesses coletivos e difusos ou de grupos de pessoas em estado de debilidade; se antepõe ao ajuizamento de uma ação civil coletiva e pode resultar eficaz para a resolução de determinados conflitos.

Através do instrumento do “inquérito civil” é assegurado também um mecanismo de *mediação prévia* entre o Ministério Público e o investigado (autoridade ou representante de ente público ou um particular) como meio de regular as condutas lesivas mediante o “termo de ajustamento de condutas” que se pode aplicar a múltiplos setores afetados. Como é sabido, este instrumento aumentou o controle dos atos administrativos ou atividades dos particulares que atentem contra:

- a) o meio ambiente;
- b) os direitos dos consumidores e usuários;

- c) os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
- d) outros interesses difusos ou coletivos;
- e) as infrações da ordem econômica e de economia popular;
- f) a afetação da ordem urbanística;
- g) os direitos de menores, aleijados, idosos, povos indígenas;
- h) a proteção da saúde pública;
- i) a fiscalização de fundações e organismos não-governamentais;
- j) os atos de improbidade administrativa, etc¹⁵.

De fato, a atuação do Ministério Público para satisfação dos interesses sociais e a defesa do regime democrático lhe transforma em um marco constitucional. São diferentes as órbitas de atuações entre todos os órgãos do Ministério Público e considerando que o Brasil é um país que concentra um grande contingente de população distribuída em cinco regiões com características muito diferenciadas, então cada Estado-membro desenvolve políticas institucionais a *priori* de acordo com cada realidade.

Ninguém poderá ignorar que os novos interesses difusos emergidos desde os anos setenta se tornaram realidade no Estado Pós-moderno, e tais interesses colocaram a reforma do sistema de Justiça no rol destas mudanças que vão se concretizar distintamente segundo a realidade histórica e política de cada sistema jurídico.

O desafio mais significativo do modelo dualista consiste em que nem toda atuação do Ministério Público está concentrada apenas no processo criminal por prioridade, mas também na efetivação dos direitos fundamentais e sociais.

A promoção da efetividade dos direitos fundamentais e sociais é um dever da *função de governo* no planejamento, fixação e coordenação de diretrizes que visem mobilizar toda a estrutura orgânica do

¹⁵ Em algumas destas matérias outros interessados concorrem na legitimidade processual nas ações coletivas e nas ações civis públicas. Mesmo que o inquérito civil seja uma prerrogativa do Ministério Público e, dependendo do caso concretamente e da gravidade das circunstâncias, a ação civil pública se pode ajuizar de imediato visando uma proteção cautelar ou uma tutela jurídica antecipada como meio para cessar um eventual dano ou evitar um possível risco de dano.

Estado na consecução dos interesses das partes dirigidos aos interesses gerais. De outra parte, a *função Administrativa* constitui os serviços de um modo geral, e agrega meios para transmitir e tornar eficazes as políticas públicas impulsionadas pelo *governo* de modo a beneficiar os usuários (administrados).

Assim se evidenciou um consenso da doutrina, como explica Herrero-Tejedor¹⁶: “o interesse público é o que subjaz na manutenção do Estado social e democrático de Direito, e – obviamente – nem sempre acerta a Administração com o mandato constitucional de servir com objetividade os interesses gerais (Art. 103, I CE)”.

A função do Ministério Público tem em evidência que a fórmula de *independência e autonomia funcional* de seus agentes lhe põe, no Brasil, como uma instituição que está antes de tudo a serviço do interesse social, mesmo que este interesse público não coincida com o da Administração.

A promoção da Justiça é uma via e deverá o Ministério Público argüir contra irregularidades, omissões, danos ou violações conforme dispõe a lei, mas esta *não é a única forma de atuar* à qual está cometida as atribuições do Ministério Público do modelo dualista; certamente não tem uma intervenção igual à dos órgãos executivos, e também, não pertence a nenhuma hierarquia administrativa do Governo ou da Administração (ministérios governamentais, governos estaduais, Assembleias Legislativas, Câmaras Parlamentares, prefeituras, etc.) sobretudo foi concebido para a persecução penal e de proteção dos interesses sociais indisponíveis, seja este por via *extrajudiciária ou administrativa* sem subordinação a nenhum poder. Está obviamente sujeito a um regime disciplinar e ao controle do Conselho do Ministério Público por violações de condutas, desvios ou excessos de seus membros, e submete-se a uma eventual apreciação judicial.

Os Ministérios Públicos do modelo *dualista* estão dotados de centros de apoio operacionais encarregados de implementar uma

¹⁶ HERRERO-TEJEDOR ALGAR, Fernando. Principios inspiradores del proceso de protección de derechos fundamentales en materia sancionadora. In: ANDRADE ORTIZ, Abel C. et al. **El Ministerio Fiscal y la tutela jurisdiccional contencioso-administrativa**. Navarra: Arazandi. 2006. p. 57-76.

atuação conjunta e de priorizar áreas onde se deve fiscalizar com maior urgência as políticas institucionais. Estes órgãos administrativos necessitam ganhar maior projeção administrativa no âmbito interno-institucional.

Ao contrário, da incrível transferência de funções constitucionais do Ministério Público do modelo *dualista*, no modelo europeu as transformações de controle das Administrações Públicas continua sendo em vários países pela atuação da Justiça Administrativa, onde o juízo Sancionador-Administrativo passou por algumas modificações mais recentes.

Segundo se tem comprovado, os Tribunais Administrativos, onde o MP também tem atuação efetiva, são encarregados do controle da Administração, assumem um maior protagonismo na interpretação do Direito e das novas técnicas para *fixar limites de discricionariedade administrativa*. Logo, a Justiça Administrativa já não é a mesma, acostumada a um modelo de *direitos subjetivos*, transformada por múltiplas e diferenciadas relações dos cidadãos com a Administração, diante da demanda de volume de serviços, e graças ao aumento dos instrumentais técnicos com a projeção do *princípio do acesso*, possibilitando um grande número de recursos judiciais.

De todo modo, as estruturas funcionais da Justiça Administrativa em muitos países europeus, tal qual como ocorre no funcionamento da Justiça Comum do sistema jurisdicional brasileiro, resultaram em um esgotamento de sua capacidade de dar celeridade, eficiência e qualidade às petições dos afetados. Portanto, pode-se confirmar que sistemas jurídicos de tradições diferentes são capazes de apresentar muitos problemas ou dificuldades que se assemelham: o procedimento administrativo europeu ou o processo judicial do sistema brasileiro se esgotaram com tanta carga de processos e outros fatores de conjuntura pessoal e material; não obstante, se implementaram reformas legislativas para restringir o acesso às instâncias mais altas da jurisdição e também se aumentaram as medidas cautelares e provisórias, como forma de garantir situações de emergência. Em face também da demora na sentença final em razão da tramitação do processo, aumentaram o número do corpo funcional e de vagas.

Todo este complexo de situações novas deram margem a muitas críticas por parte dos juristas que reagiram contra o controle judicial da Administração, sob o argumento de ter-se tornado insuficiente para garantir e dar soluções aos problemas dos afetados; como consequência destas mudanças ocorre a aparição de novas instituições e mecanismos de controle. Por isso, se justifica o incremento também da função do Defensor público e a criação do *Ombudsman e das Ouvidorias na última década*, assim também, outros órgãos de fiscalização como as autoridades independentes, auditorias internas e serviços de inspeção, sobretudo no sistema Europeu.

No Brasil o protagonismo do MP revela esta passagem, adentra o campo da função pública renovada como um novo paradigma diante da complexa relação existente entre as chamadas funções governamental e administrativa em constante tensão.

No âmbito da doutrina luso-hispânica, alguns defendem a vinculação do MP ao executivo ou ao parlamento, como forma de inspecionar ou apontar irregularidades, contudo esta posição seria muito incômoda considerando que a fiscalização contra altas autoridades dificulta o exercício das funções com independência e também não se tornam eficazes por pressões ou interesses políticos muito fortes.

Assim, a perspectiva de independência funcional é outro ponto constitucional de relevância, já que o Ministério Público tem que atuar com liberdade ante o Governo. Assim, para assegurar sua independência algumas garantias foram estabelecidas na Constituição: 1) propor seu projeto de lei; 2) escolher através de procedimento de transparência e por meio do sufrágio entre os membros da classe quem deve dirigir os órgãos nos diferentes Estados-membros mediante uma eleição livre do Procurador-geral (entre aqueles membros que atendam a alguns requisitos legais); 3) a competência para enviar sua proposta de orçamento em acordo com a lei de diretrizes orçamentárias (artigo 169 de CF), mesmo assim, é alvo de dificuldades em sua atuação em face de ingerências políticas.

Sem dúvida, a eficácia da atuação do Ministério Público deve-se à sua independência orgânica e funcional garantida pela Constituição. A independência se baseia na composição de seus membros, as

regras de um regime próprio de incompatibilidades de seus membros e liberdade para atuar segundo os preceitos da lei e do interesse geral.

No que se refere à independência funcional, esta garantia visa a impedir que a função política ordene ou influencie diretamente em suas instruções, por isso é fundamental a determinação de ser provida por meios econômicos através de sua independência orçamentário-financeira, mesmo que de partida seus recursos sejam incluídos no orçamento do Estado.

4 QUAL É A POSIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO?

Consideremos uma breve contribuição deste controvertido assunto à doutrina, pois existe uma grande relevância como tema de introdução às reflexões do desenvolvimento de uma nova dimensão de atuação na promoção da efetividade da Justiça, de uma projeção do Direito Administrativo Internacional e da criação do fiscal europeu.

Tomemos de início a advertência de Moreno Catena que afirma que no Estado espanhol a configuração do Ministério Público foi muito discutida, e não há um consenso jurídico, quanto ao papel que deve desempenhar no conjunto do sistema da Administração de Justiça e também quanto à definição institucional dentro da estrutura do Estado.

Em um artigo tratado por Díez-Picazo, intitulado “o Ministério Público como problema constitucional” este autor dimensiona que existe um problema de engenharia constitucional e divide um complexo debate sobre o exercício da ação penal e da discricionariedade técnica e política colocando se esta é uma função do Executivo ou não.

No entanto, este tema poderá ser um ponto nevrálgico como o tem dito tal autor, mas a função do jus puniendi cometido ao Ministério Público suscita um prolongado debate que, de imediato, não se pretende desenvolver nos limites deste artigo. O perfil do Ministério no seio das relações administrativas e do Direito Administrativo Internacional está em valorada projeção sob a dimensão do Direito Penal em aproximação acelerada com o Direito Administrativo.

Enquanto isso, o enfoque que se configura ao Ministério Público é de situá-lo de acordo com uma dimensão de defesa do interesse

social e de uma maior proteção dos direitos fundamentais e do sistema democrático neste século XXI onde se mudou toda a realidade do Estado Social.

O interesse geral e social não se persegue apenas segundo a tradição formalista de uma divisão tripartida de poderes. Consideramos que a formação dos múltiplos organismos atuando de modo independente e de atuação permanente no campo das novas relações administrativas internacionais que afetam através de suas decisões e de criação de novos modelos de procedimentos, o modo de atuação da gestão administrativa em países e dos Estados europeus, além de introduzir um novo espaço jurídico global se traduz este em quatro dimensões e características inovadoras: fragmentação, assimetria, difusa e híbrida.

Em consequência, se gerou um novo modelo de administração pública e de seu ambiente organizacional.

Em rigor se podem distinguir quatro posições com respeito ao enquadramento do MP sob o ponto de vista do Direito interno de alguns sistemas constitucionais, ainda que de antemão se poderia dizer que as opiniões se dividem em dois grupos, a tese do enfoque predominantemente processualista e outra constitucionalista, mas isto não é um problema exclusivo do sistema espanhol; segundo assinalado por Conde Pumpido este fenômeno se produziu em uma variedade de sistemas, de acordo com a fonte que emana sua potestade e a origem formal. Assim temos:

- i) A tese de representação do MP como órgão do Executivo ou concepção do sistema europeu-continental ou de origem napoleônico.
- ii) A tese Judicialista ou de Órgão integrado no poder Judiciário.
- iii) A concepção de supremacia legislativa ou de enclave no Poder Legislativo.
- iv) A tese de Órgão Fiscal fora da localização dos três poderes ou de um Órgão Jurídico-político de controle ou Órgão essencial à função da Justiça.

Para efeito da condensação deste estudo, não se trabalhará estas espécies.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De um modo geral, se pode considerar que a privatização de muitos serviços públicos essenciais produz uma mudança na relação do usuário (ou consumidor) com as empresas responsáveis pela prestação do mesmo e sobre qual lei se deve aplicar; a liberalização da economia do mercado, estabelecendo novas concorrências aos setores privados mesmo que o Estado mantenha sua posição como agente executor da prestação do serviço público transferiu muitas funções para a iniciativa privada e, de outro lado, para a sociedade civil, com a intensificação de atuação dos organismos não governamentais. Portanto, o Estado assume uma nova configuração da função pública, passando o governo a representar a função de coordenador central, controlador dos recursos e conformador da ordem social com a repartição das tarefas¹⁷. Esta mudança ocorrida no sistema do brasileiro refletiu também o novo modo de “governança” teorizado pela doutrina publicista em fins do século XX.

Por outro lado, assinalava o autor Nakamura que:

o uso freqüente do termo ‘governança’, em vez ‘do governo’, nos últimos anos parece refletir essas modificações. Na estrutura do governo tradicional, as relações verticais são importantes: o governo central senta-se no ápice do poder e controla várias formas sub-nacionais. Sob o novo modo de governança, contudo, as relações horizontais substituiriam a tradicional configuração vertical de níveis diferentes de governo. Na nova estrutura de governança, o governo central

¹⁷ Ressalta-se na doutrina a concepção teórica de *governança* traduzida do inglês originário do termo *governance*. Vide NAKAMURA, Akira. Governance and Civil Society: Introductory Remarks. In: **Annual Report Athens 2001**. Governance and Public Administration in the 21st Century: new trends and new techniques – implications for education and training. Belgica: Edward Warrington, 2004.

não seria mais a organização dominante. Ele não monopolizaria nenhum poder nem a informação, e permaneceria central só à medida que coordenando as atividades de diferente grupos inclusive formas locais, organizações não governamentais, empresas privadas, e o grande público.

Desse modo, os novos *standards* para obter um serviço público de qualidade e reduzir custos ao Estado materializaram também outros interesses particularizados, cuja opção na crítica de alguns teóricos não têm este mesmo sentido da fiscalização de interesses sociais defendidas pelo Ministério Público. Se referem ao planejamento de uma classe de interesses alheios que dera margem ao fenômeno de uma fuga do direito administrativo transformando de modo intenso as funções públicas em uma busca de eficiência dos poderes públicos com crescente submissão ao Direito Privado, e que tais mudanças também causaram, um certo prejuízo dos interesses sociais e um déficit em muitos países que não conseguiriam atingir o desenvolvimento econômico e social equitativo¹⁸.

Parece que todas estas mudanças na Administração Pública não é algo que ocorra longe das estruturas e funcionalidade dos órgãos da Justiça, citando-se a exemplo disso a construção da União Européia, que além do modelo econômico e político que visa dar maior prioridade ao desenvolvimento econômico e social, tenta reforçar a tutela dos direitos e dos cidadãos de seus Estados-membros no âmbito internacional e desenvolver uma estreita cooperação nos âmbitos de justiça e de outros assuntos internos.

De outro modo, desde uma perspectiva jurídico-institucional a interação e a interconexão produzidas em reuniões, grupos de trabalho, decisões e atividades emanadas de um sistema jurídico (UE, EUA) podem configurar um resultado significativo e influir no contexto das relações administrativas internacionais, e chegar aos cidadãos dos diversos países, afetando-os em suas comunidades locais (no chamado espaço doméstico); assim faz-se sentir com grande evidência os processos da globali-

¹⁸ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Problemas del derecho público al comienzo del siglo**. Madri: Civitas, 2001.

zação no trato de assuntos sobre direitos de imigrantes, consumidores, desenvolvimento sustentável e meio ambiente, educação, saúde etc.

Por último, se acrescenta que nas últimas duas décadas as reformas administrativas realizadas em países sul-americanos, principalmente no Brasil, foram reflexivas no poder Judiciário e no Ministério Público, seja por novas mudanças na Constituição ou pelas reformas legislativas no âmbito do processo judicial, pois tudo o que se refere a uma “adaptação das funções administrativas” ao modelo neoliberal, havia que provocar mudanças na função jurisdicional, considerando-se o fato de não existir um modelo de Justiça Administrativa puramente, mas de um controle judicial nas jurisdições da Justiça Comum e Especial, vez que no Brasil figura este último sistema.

Nessa esteira, a tendência que se afirmou para a solução das controvérsias, as reclamações ou os conflitos de interesses não se concentram apenas no julgamento processual. Os grandes grupos econômicos encontraram uma fórmula de dirimir seus conflitos de interesses longe da morosidade da justiça criando instrumentos próprios tal como a *arbitragem extrajudicial* e mediante acordos fechados em poderosas *law firms*.

Obviamente, que as novas tecnologias decorrentes da terceira revolução industrial, como apregoaram alguns autores, tende a possibilitar um aparato tecnológico para agilizar o processo e seus trâmites e integrar os órgãos jurisdicionais, mas não obstante esta relevante transformação incorporada sob a forma de um novo modelo de Justiça digital, muitas questões podem ser diminuídas ou ter seus efeitos danosos evitados por uma atuação conjunta de órgãos da fiscalização, daí porque se destaca a função das Promotorias e outras instituições dos poderes públicos atuando no estágio preventivo.

De fato, se tais instituições trabalhassem conectadas e seguissem orientando-se por novas formas de operacionalidade da sua atuação preventiva contra as violações de direitos coletivos ou difusos, de combate aos atos de improbidade administrativa, praticados em detrimento do interesse público e difuso, é possível que melhores resultados possam ser obtidos, não somente no que diz respeito ao intercambio das informações e de uma organização de dados compartilhados, mas de obter maior eficácia no desempenho da função pública.

Quando se pluraliza este debate se põe em evidência um amplo tema da qualidade da Justiça ofertada aos cidadãos e, de outro modo particular, se singulariza os componentes do sistema judicial, integradores de um complexo conjunto de problemas ou dimensões, aspectos estes a se considerar em torno da qualidade da Justiça; por isso, tais mudanças devem processar-se por áreas como: o Ministério Público, a defesa pública e a advocacia privada e se colocam mecanismos e políticas diferentes para cada um desses elementos.

Esta nova concepção funcional do Ministério Público da segunda modernidade se pode vislumbrar em uma dimensão evolutiva do Ministério Público segundo um perfil constitucional desvinculado do Poder Judiciário e com configuração de independência hipertrofiada, que se exclui de uma subordinação direta ao Executivo. Um novo perfil que se desenvolveu em países do continente sul (o Brasil desde a década de oitenta, na Argentina na década dos noventa) denominado como órgão *extrapoder*, dado que não depende em forma exclusiva de outros poderes para atuar com maior grau de autonomia.

A busca de uma independência funcional do Ministério Público consiste em um atuar diferente da função de administrar em convergência com os interesses do governo, e também não se mistura com as funções de julgar do Poder Judiciário ou fiscalizar a legalidade desde o controle do Parlamento.

O Ministério Público é um instrumento orgânico do Estado, criado desde sua origem nos séculos passados para fiscalizar os atos judiciais ante os interesses da Coroa ou do Imperador, mas se expandiu em alguns lugares, chegou a ser extinto, reduzido ou transformado ao labor da história política dos Estados, dos governos e das necessidades sociais.

Consoante advertiu Díez-Picazo¹⁹, a falta de um consenso sobre o significado jurídico-político deste Órgão se pode apontar no sistema espanhol sob três perspectivas: i) a tensão entre atribuições constitucionalmente pouco definidas; ii) o choque entre diferentes visões organizativas e iii) a necessidade de adequar estas àquelas explicam que nem a

¹⁹ DÍEZ-PICAZO, op. cit., p. 167.

Constituição nem o Estatuto Orgânico extinguiram as polêmicas sobre o Ministério Público.

Assegura ainda este autor que isto é um problema que afeta também outros sistemas como a França e a Itália e evidencia que a “razão última das freqüentes polêmicas sobre o Ministério Público e se radicam na crescente insatisfação do modelo de processo penal para o qual esta instituição foi desenhada”²⁰.

O exercício da ação penal foi considerado em vários sistemas como uma função pública e por isso se desenvolveu como a função de política criminal do poder executivo.

A independência institucional se fortaleceu e mudou o dialogo entre o Direito Processual para a realidade Constitucional. Entretanto é no dia a dia do exercício da função Administrativa do Estado que ocorrem os problemas mais complexos gerados pela *função governamental* em situações de intervenções que afrontam os direitos fundamentais e os mais legítimos interesses da nação.

Daí, a necessidade de se propor esta breve análise em torno da *fronteira da função pública renovada*, tratando-se alguns traços dentro deste tema, das novas linhas de atuação do Ministério Público para o âmbito da cooperação internacional e internamente na atuação mais aproximada e preventiva em torno das políticas públicas, de um modo geral.

Tal mudança de personalidade institucional do Ministério Público se deve como foi ressaltado por Flores Prada²¹: “provavelmente porque sua delicada natureza jurídica – fronteira e dobradiça entre direito e política – há de refletir um sistema político que, no entanto, ainda não oferece plenamente definidas as relações de poder, controle e legitimação de suas instituições”.

Do tal modo, este processo de adaptação do Ministério Público ao moderno Estado de Direito se foi dilatando até nossos dias, e adquirindo um perfil híbrido entre as *funções jurisdicional e administrativa* por estar envolvido com um duplo papel: i) a defesa da legalidade e de uma nova concepção de juridicidade; e ii) a promoção dos interesses sociais dos cidadãos não só no âmbito da Justiça.

²⁰ Ibid., p. 168.

²¹ FLORES PRADA, Ignacio. *El Ministerio Fiscal en España*. Valencia: Tirant Blanc, 1999.

REFERÊNCIAS

ALMAGRO NOSETE, J. La protección procesal de los intereses difusos en España. **Justicia**, Barcelona, v. 83, n.1, p. 71.

CAPPELLETTI, Mauro. **Proceso, ideologías, sociedad**. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Tomás Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974. v.1. (Colección Ciencia del Proceso, 64).

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. **El Ministerio Fiscal**. Pamplona: Aranzadi, 1999. (Colección Divulgación Jurídica).

DÍEZ-PICASO, Luis María. **El poder de acusar: Ministerio Fiscal y constitucionalismo**. Barcelona: Ariel, 2000.

FLORES PRADA, Ignacio. **El Ministerio Fiscal en España**. Valencia: Tirant Blanc, 1999.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Problemas del derecho público al comienzo del siglo**. Madrid: Civitas, 2001.

GIMENO SENDRA, V. La legitimación del Ministerio Fiscal en los procesos de amparo. **RMF**, n. 7, p. 9-29, 2000.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. Algunas notas sobre la legitimación del Ministerio Fiscal en el proceso administrativo. **RMF**, n.7, p.185-89, 2000.

HERRERO-TEJEDOR ALGAR, Fernando. Principios inspiradores del proceso de protección de derechos fundamentales en materia sancionadora. In: ANDRADE ORTIZ, Abel C. et al. **El Ministerio Fiscal y la tutela jurisdiccional contencioso-administrativa**. Navarra: Aranzadi, 2006.

MARCHENA GOMEZ, Manuel. **El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro**. Madrid: Marcal Pons, 1992.

MARTÍNEZ DALMAN, Rubén. **Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal**. Valencia: Tirant Blanc, 1999.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Tutela dos interesses difusos e coletivos**. 5. ed. São Paulo: Ed. Damásio, 2005.

MERKL, Adolfo. **Teoría general del derecho administrativo**. Tradução de Perez Monereo. Granada: Comares, 2004.

MORENO CATENA, Víctor. El papel del Ministerio Fiscal en el Estado Democrático de Derecho. **Cuadernos de Derecho Público**, Madri, v.16, p. 139-163, mayo/agosto. 2002.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. **Tratado de derecho administrativo y derecho público general**. Madri: Civitas, 2004. t. 1.

NAKAMURA, Akira. Governance and civil society: introductory remarks. In: **Annual Report Athens 2001**. Governance and Public Administration in the 21st Century: new trends and new techniques – implications for education and training. Belgica: Edward Warrington, 2004. 118p.

REY MARTÍNEZ, Fernando. Gobierno, Administración de Justicia y Ministerio Fiscal. **Cuadernos de Derecho Público**, Madri, v.16, p. 103-136, mayo/agosto. 2002.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. **Función pública**. Madri: Tecnos, 2006.

SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando. Ministerio Fiscal, gobierno y parlamento (en torno a la posición constitucional del Ministerio Fiscal). **Cuadernos de Derecho Público**, Madri, v.16, p. 79-101, mayo/agosto. 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Globalização, sistema penal e ameaças ao Estado Democrático de Direito. In: KARAM, Maria Lucia (Org.). **Globalização, sistema penal e ameaças ao Estado Democrático**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

O MITO DA SUPERIORIDADE HIERÁRQUICA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA

*André Gonzalez Cruz**

Resumo: O presente artigo objetiva desmistificar o fato de a legalidade ser considerada na doutrina e na jurisprudência como superior hierarquicamente em relação aos demais princípios de Direito Administrativo, isso a partir da análise do instituto da decadência administrativa, que visa alcançar a concretização do princípio da proteção da confiança e, com isso, a obtenção de um estado de segurança jurídica, sempre destacando o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Mito. Princípio da legalidade. Decadência administrativa. Princípio da proteção da confiança. Segurança jurídica. Superior Tribunal de Justiça. Supremo Tribunal Federal.

Abstract: This article intends to desmistify the fact that the legality be considered in the doctrine and legal precedents as superior related to the other principles of administrative law. That assuming the analysis of decadency administrative, that intends to concretizes the principle of confidence protection and, conquer a juridical safe state, always emphasizing the understanding of Superior Court of Justice and the Supreme Court.

Keywords: Myth. Legality principle. Administrative decadency. Protection of confidence principle. Juridical safe. Superior Court of Justice. Supreme Court.

* Assessor de Procurador de Justiça do Maranhão. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes e Doutorando em Direito pela Universidade Nacional de Lomas de Zamora – Argentina.

Um dos consectários do Estado Democrático de Direito, capitulado no artigo 1º da Constituição Federal, consiste na exigência de que toda atividade estatal deva submissão à ordem jurídica, seja ela constitucional ou infraconstitucional, por ela mesma criada.

Nesse prisma, o princípio da legalidade é colocado em posição de destaque nos estudos de Direito Administrativo, notadamente a partir do reconhecimento da autonomia científica de tal disciplina, o que coincide com o surgimento do próprio Estado Democrático de Direito em sua feição liberal, segundo lição de Sérvulo Correia (1987, p.19).

O eminente professor Bandeira de Mello (2004, p. 90) assinala que a legalidade é o “princípio capital para a configuração do regime jurídico-administrativo”, enquanto que o doutrinador alemão Maurer (2001, p. 45) o qualifica como o mais importante princípio de Direito Administrativo.

A despeito, concorda-se com os ilustres estudiosos quanto ao fato de o princípio da legalidade ser o mais comentado na doutrina e na jurisprudência, e mais diretamente relacionado com a atividade concreta ou normativa da Administração Pública.

Depreende-se da legalidade que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, disposição prevista no artigo 5º, II, da Carta Magna, o que conduz à potestade atribuída ao Estado de invalidar, extinguir ou desconstituir os atos, condutas ou procedimentos que se apresentem, direta ou indiretamente contrários ao ordenamento jurídico brasileiro.

No que concerne ao princípio da legalidade, de grande valia trazer à baila o mestre Moraes (2002):

O administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em leis e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois, incidência de sua vontade subjetiva, pois na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza, diferentemente da esfera particular,

onde será permitido a realização de tudo que a lei não proíba.

Quanto às referidas prerrogativas extintivas de atos e condutas contrários à ordem jurídica, estas representam a manifestação da denominada “autotutela administrativa”, desde há muito reconhecida no Brasil, tendo o Supremo Tribunal Federal já sumulado a matéria, conforme se vê abaixo.

A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos. (Súmula 346).

A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. (Súmula 473).

Sobre o assunto, arguta a doutrina de Di Pietro (2002):

Enquanto pela tutela a Administração exerce controle sobre outra pessoa jurídica por ela mesma instituída, pela autotutela o controle se exerce sobre os próprios atos, com a possibilidade de anular os ilegais e revogar os inconvenientes ou inoportunos, independentemente de recurso ao Poder Judiciário.

Não obstante, a legalidade, ainda que extremamente relevante, não deve ser considerada como um “princípio absoluto”, tratando-se, ao contrário, verdadeiramente de um primado hermenêutico instrumental, posto que não carrega um fim consigo mesma, não se revelando adequada, como se tem visto atualmente, uma hierarquização abstrata que a coloque em posição de maior importância em relação aos demais princípios de Direito Administrativo.

Considera Oehlweiler (2000) que não é válida a expressão “princípio absoluto”, pois, consoante os hodiernos estudos de hermenêutica jurídica, existe uma contradição entre seus termos, na medida em que

se algo é princípio jurídico não pode ser considerado absoluto e, sendo absoluto, não se lhe pode reconhecer o caráter de princípio.

Desta feita, a legalidade administrativa consiste em um instrumento voltado à obtenção de segurança jurídica, visando gerar a paz no convívio social.

Nessa esteira, o autor espanhol Luengo (2002, p. 198) assevera que “la seguridad jurídica no es solamente seguridad en legalidad, sino también, seguridad en el Derecho”.

Vale registrar que, no mais das vezes, a legalidade cumpre o seu desiderato instrumental de garantia da segurança jurídica e, assim, de conformação do próprio Estado Democrático de Direito, não sendo equivocado dizer que uma determinada conduta administrativa contrária à lei representaria também contrariedade à noção de Estado Democrático de Direito, razão pela qual haveria de ser expungida do mundo jurídico, inclusive com efeitos retroativos, dependendo do caso concreto.

Contudo, em casos nitidamente excepcionais, o apego irrestrito à legalidade conduz a conseqüências que, ao invés de concretizar a segurança jurídica, acaba por contrariá-la, razão pela qual se impõe a ponderação de tais valores, com vistas à consecução dos fins do Estado Democrático de Direito.

Nessa linha de raciocínio, ganha relevo, como um dos mais importantes instrumentos de ponderação entre a legalidade e a segurança jurídica, a fixação de uma delimitação prazal para que a Administração Pública exerça a potestade de invalidar seus próprios atos administrativos, denominada de “decadência administrativa”, prevista, no plano federal, no artigo 54 da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

Estabelece o artigo 54, caput, da Lei nº 9.784/99: “Art. 54 – O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”.

A decadência administrativa nada mais é do que uma nítida manifestação do princípio da proteção da confiança, o qual, dada a tradição eminentemente “legalista” do Direito Público brasileiro, vem sofrendo indevidas resistências, o que é próprio da natureza humana.

O Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, em voto-vencido nos autos do Mandado de Segurança nº 8.527/DF, julgado em 14/05/2008 pela 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, analisou a questão da repetição de decisões judiciais, consoante se vê a seguir.

Se está em julgamento agora, penso que é possível haver o dissenso, ou então a Sra. Ministra Laurita Vaz poderia ter resolvido sem trazer para este Colegiado. Mas no instante em que traz, penso que nos desafia à discussão. Aliás, é exatamente para isso que serve o julgamento colegiado. Falamos porque temos a segura convicção de que aqueles ilustres Colegas que nos ouvem têm a mente aberta, um espírito receptivo, a consciência sensível para ouvir os argumentos e aceitá-los ou não. Aliás, esse é o grande perigo dos precedentes uniformizadores e produtores de indiscutibilidade: decidir o feito assim. Às vezes muda a composição, muda o clima político, muda o clima ideológico, muda até o clima religioso. Tudo muda na vida, tudo vai se alterando, tudo vai incorporando novos valores, tudo vai se alterando sucessivamente, muda-se o tempo, muda-se a vontade, muda-se o amor, muda-se a confiança. É preciso que acompanhem essa evolução sob pena de ficarmos como múmias fossilizadas.

Já a respeito do princípio da proteção da confiança, brilhantes as palavras de Marin Riaño (apud BLANCO, 1998, p. 99):

El principio de protección de la confianza legítima tiene un contenido realmente chocante para nuestra mentalidad jurídico-administrativa, formada en el respeto absoluto de la legalidad de la actuación administrativa, respeto que actúa como límite al juego de otros principios utilizados por nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa como el de la buena fé o el de los actos propios, ya

que permite mantener los efectos de determinadas situaciones ilegales, mantenimiento que se justifica por la protección que merece el particular que confió legitimamente en la estabilidad de la situación jurídica creada por la Administración. En tales supuestos, la seguridad jurídica prima sobre el principio da legalidad de la actuación administrativa e impide a la Administración remover la situación favorable ai Administrado por muy ilegal que sea.

Por sua vez, Couto e Silva (1987, p. 62) ensina que:

A Administração Pública brasileira, na quase totalidade dos casos, aplica o princípio da legalidade, esquecendo-se completamente do princípio da segurança jurídica. A doutrina e a jurisprudência nacionais, com as ressalvas apontadas, têm sido muito tímidas na afirmação do princípio da segurança jurídica.

Com efeito, o princípio da proteção da confiança se apresenta como uma dedução do Estado Democrático de Direito, sendo uma feição subjetiva do princípio da segurança jurídica e tendo por finalidade precípua a obtenção de estabilidade e previsibilidade dos atos estatais.

Analisando os princípios retromencionados, Canotilho (2000, p. 256) afirma que:

O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conforma autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de direito. Estes dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção da confiança como um subprincípio ou como uma dimens específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a

segurança jurídica está conexas com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos.

Assim, os princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica se concretizam através de diversos instrumentos, dentre os quais se destaca a manutenção de atos administrativos, ainda que praticados de modo contrário à ordem jurídica, desde que benéficos aos seus destinatários e a confiança depositada por estes seja legítima, em função da boa-fé, e haja o decurso de um largo espaço de tempo.

A aludida delimitação prazal é prevista, no plano federal, no artigo 54 da Lei nº 9.784/99, não permitindo a perpetuação da potestade anulatória da Administração Pública se ultrapassado, da prática do ato ou da fruição de seus efeitos patrimoniais, o prazo decadencial de cinco anos, desde que o ato viciado gere efeitos favoráveis aos seus destinatários, salvo comprovada má-fé.

Destarte, verifica-se que a decadência da potestade invalidatória sob retina necessita da conjugação de três requisitos legalmente previstos. O primeiro diz respeito à natureza do ato administrativo, somente se referindo aos atos que produzam efeitos benéficos aos seus destinatários, ou, segundo Sérvulo Correia¹, quando se tratar de um “ato administrativo ampliativo”.

Comenta Luengo (2002, p. 88) que a inexistência de critérios objetivos e previamente determinados quanto à ponderação entre a le-

¹ SÉRVULO CORREIA, José Manuel. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 1987. p. 290. Segundo o referido autor, atos ampliativos são aqueles que “constituam direitos na esfera jurídica do destinatário, eliminem restrições ao exercício de direitos pré-existentes, eliminem ou restrinjam obrigações, ou, ainda, que constituam na esfera jurídica do particular situações jurídicas activas diferentes dos direitos subjectivos, designadamente simples poderes ou faculdades”. No teor do art. 54 da Lei nº 9.784/99, o requisito em tela está caracterizado pela expressão “atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários”.

galidade e a proteção da confiança geraria, por mais paradoxal que pareça, um estado de insegurança jurídica.

O segundo requisito exigido para o princípio da proteção da confiança se sobrepor ao princípio da legalidade, também inserto no artigo 54 da Lei nº 9.784/99, consiste na boa-fé do destinatário do ato, assim compreendida pelo fato de que esse não tenha contribuído para a invalidade que eiva o ato.

Derradeiramente, o último dos requisitos aclamados pelo dispositivo supramencionado, ou seja, para a configuração da decadência administrativa, corresponde à passagem do prazo de cinco anos contados da prática do ato viciado ou, no caso de efeitos patrimoniais contínuos, da percepção do primeiro pagamento. Tal critério é flagrantemente objetivo, sendo determinante e, por que não dizer, o mais importante dos elencados no artigo 54 do diploma que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

Os ensinamentos de Otero (2003, p. 1069) corroboram tal tese, conforme a seguinte transcrição.

O tempo desempenha em Direito Administrativo, tal como em qualquer outro sector do ordenamento, um papel de facto gerador do “esquecimento” de situações jurídicas contrárias ou conformes à legalidade jurídico-positiva, modificando e invertendo o seu sentido ou os seus efeitos.

É bem verdade que a Lei nº 9.784/99 regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Todavia, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça nos autos do Recurso Especial nº 645.856/RS, de relatoria da Ministra Laurita Vaz, na ausência de lei estadual específica, a Administração Pública dos Estados poderá rever seus atos, quando viciados, utilizando seu poder de “autotutela administrativa”, no prazo decadencial de cinco anos, aplicando analogicamente o artigo 54 do diploma sob evidência.

Dessa forma, a decadência administrativa se traduz numa garantia do destinatário do ato administrativo inválido de que este não seja

anulado, mesmo reconhecido o seu vício, o qual se legitima na expectativa depositada pelo administrado, sendo alcançada a concretização do princípio da proteção da confiança e, com isso, a obtenção de um estado de segurança jurídica, pois não se admite a eterna incerteza nas relações intersubjetivas a que o direito confere juridicidade, imprimindo solidez e firmeza ao lime jurídico constituído entre os integrantes desta relação.

Com grande sabedoria, Rodrigues (1998, v.1, p. 321) leciona que:

Mister que as relações jurídicas se consolidem no tempo. Há um interesse social em que situações de fato que o tempo consagrou adquiram juridicidade, para que sobre a comunidade não paire, indefinidamente, a ameaça de desequilíbrio representada pela demanda. Que esta seja proposta enquanto os contendores contam com elementos de defesa, pois é do interesse da ordem e da paz social liquidar o passado e evitar litígios sobre atos cujos títulos se perderam e cuja lembrança se foi.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou a respeito, conforme segue abaixo.

7. Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente².
Impende destacar, ainda, um outro fundamento que me parece relevante e que se apóia no princí-

² MS nº 24.268/MG, Tribunal Pleno, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, DJ de 17.09.2004, p. 53. Nesse sentido: MS nº 22.357/DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 05.11.2004, p. 06.

pio da segurança jurídica, considerado o decurso, na espécie, de 7 (sete) anos e meio entre o ato concessivo de aposentadoria (08/02/1999 – fls. 73) e a recusa do respectivo registro pelo E. Tribunal de Contas da União (29/08/2006 – fls. 179). A fluência de tão longo período de tempo culmina por consolidar justas expectativas no espírito do administrado (servidor público, no caso) e, também, por inculcar nele, a confiança da plena regularidade dos atos estatais praticados, não se justificando – ante a aparência de direito que legitimamente resulta de tais circunstâncias – a ruptura abrupta da situação de estabilidade em que se mantinham, até então, as relações de direito público entre o agente estatal, de um lado, e o Poder Público, de outro. A essencialidade do postulado da segurança jurídica e a necessidade de se respeitarem situações consolidadas no tempo, amparadas pela boa-fé do cidadão (seja ele servidor público, ou não), representam fatores a que o Judiciário não pode ficar alheio, como resulta da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal³.

O Superior Tribunal de Justiça segue a mesma linha:

10. O Superior Tribunal de Justiça, versando a mesma questão, tem assentado que à Administração é lícito utilizar de seu poder de autotutela, o que lhe possibilita anular ou revogar seus próprios atos, quando eivados de nulidades. Entretanto, deve-se preservar a estabilidade das relações jurídicas firmadas, respeitando-se o direito adquirido e incorporado ao patrimônio material e moral do particular. Na esteira da doutrina clássica e consoante o art. 54, § 1º, da Lei nº 9.784/99, o prazo decadencial para anulação dos atos administrati-

³ MS nº 26.200 MC/DF, decisão monocrática, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 27.10.2006, p. 68.

vos é de 05 (cinco) anos da percepção do primeiro pagamento⁴.

1. Consoante inteligência da Súmula 473/STF, a Administração, com fundamento no seu poder de autotutela, pode anular seus próprios atos, desde que ilegais, motivo pelo qual não se constata violação ao art. 53 da Lei 9.784/99. 2. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firmado no sentido de que o prazo decadencial de 5 (cinco) anos para a Administração rever seus atos, nos termos da Lei 9.784/99, deve ser aplicado no âmbito estadual, quando ausente norma específica. 3. Os atos administrativos praticados anteriormente ao advento da Lei 9.784/99 também estão sujeitos ao prazo decadencial quinquenal de que trata seu art. 54. Todavia, nesses casos, tem-se como termo a quo a entrada em vigor do referido diploma legal⁵.

Desse modo, conclui-se que o princípio da legalidade vem sofrendo os temperamentos necessários à consecução dos fins do Estado Democrático de Direito, ainda que de forma lenta, devido às resistências impostas pela tradição eminentemente “legalista” do Direito Público brasileiro, não havendo que se falar na superioridade hierárquica do referido princípio.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BLANCO, Frederico A. Castollo. **La protección de confianza en el derecho administrativo**. Madrid: Marcial Pons, 1998.

⁴ REsp nº 658.130/SP, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, DJ de 28.09.2006, p. 195.

⁵ REsp nº 738.379/RS, 5ª Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 05.11.2007, p. 346.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 84. out./dez. 1987.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

LUENGO, Javier García. **El principio de Protección de la Confianza en el derecho Administrativo**. Madrid: Civitas, 2002.

MAURER, Hartmut. **Elementos de direito administrativo Alemão**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

OHLWEILER, Leonel. **Direito administrativo em perspectiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.

SÉRVULO CORREIA, José Manuel. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 1987.

DIREITO PENAL
E
PROCESSUAL PENAL

A EVOLUÇÃO DO INTERROGATÓRIO NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

INTERROGATÓRIO *ON LINE*

EVOLUÇÃO OU INVOLUÇÃO?

*Justino da Silva Guimarães**

*A comodidade judicial procura-se livrar o preso do sacrifício de ser transportado ao Fórum para conhecer seu juiz e exercitar não o mero direito de ser ouvido, mas o direito de dizer, o que são coisas completamente distintas como um chip e uma razão. **Maurício Ribeiro Lopes**¹.*

Resumo: Uma incursão sobre o interrogatório desde a época da inquisição que buscava a confissão mediante o emprego da tortura, passando-se pelo período do Iluminismo marcado pelo fim de métodos degradantes para obter a confissão, chegando-se ao tempo da edição do Código de Processo Penal que previu somente a participação do magistrado no interrogatório, caracterizado pela judicialidade, até a adoção do Estado Democrático de Direito com a previsão da intervenção das partes nesse ato processual e o direito ao silêncio, chegando-se ao período pós-industrial em uma sociedade de risco, onde a tecnologia atingiu o interrogatório com implicações a princípios constitucionais.

Palavras-chave: Confissão mediante tortura. Judicialidade do interrogatório. Interrogatório *on line*. Direito penal do risco. Princípios constitucionais.

Abstract: A study about the interrogatory since that the inquisition time admitted torture to get the guilty plea, doing a thoroughfare to the *enlightenment*

* Promotor de Justiça, titular da 20ª Promotoria de Justiça Criminal da Comarca de São Luís-MA. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Direito Constitucional pelo Centro Universitário do Maranhão – UniCEUMA. Autor da obra, “A importância da proporcionalidade como princípio regente de políticas públicas”. 1º Vice-Presidente da Associação do Ministério Público do Estado do Maranhão – AMPEM e membro do Conselho Editorial da AMPEM Editora.

¹ Promotor de Justiça e Ex-secretário do Ministério Público Democrático. Afirmação proferida antes da edição da Lei 11.900/09.

and the end of the humiliated process, to the edition of Brazilian criminal procedure that preview only the judge actuation in the interrogatory, the legal amendment that was changed with the Brazilian's transition for a democratic state, allowing the intervention by defense and accusatory attorneys, and a right of silence; until to the post-industrial period with its new technologies that implicate on the judicial interrogatory and the constitutional's principles.

Keywords: Confession through torture. Court of interrogation. Interview online. Criminal law of the risk. Constitutional principles.

1 INTRODUÇÃO

No período da inquisição o interrogatório foi marcado pela auto-incriminação, visto que a confissão era obtida por meio da tortura, cuja prática degradante foi combatida pela era das luzes (Iluminismo), iniciando a evolução desse importantíssimo ato processual. No Brasil, marcada com o advento do Código de Processo Penal de 1941, que passou a admitir o interrogatório com a participação exclusiva do magistrado, o protagonista do ato, fase que ficou conhecida pela sua *judicialidade*, pois as partes não poderiam intervir e, caso estivessem presentes, sequer coadjuvantes, até por que a suas presenças não eram consideradas imprescindíveis.

Ultrapassado o regime do autoritarismo, deu-se início ao período do Estado Democrático de Direito, em que o interrogatório passou a ter a participação das partes de forma coadjuvante, continuando o juiz a ser o ator jurídico principal do ato, perdendo força através da última reforma do Código de Processo Penal ocorrida em junho/2008, passando o juiz a ter participação complementar, embora esta última afirmação não seja do entendimento majoritário da doutrina.

O atual estágio do regime de governo suso mencionado, período pós-industrial, que trouxe avanços tecnológicos de toda a ordem e, em contrapartida muitas mazelas, a exemplo da perda do controle da criminalidade por parte do Estado, criou-se uma sociedade do medo, a denominada *sociedade do risco*, na qual tudo vale para se defender, tanto por parte do Estado, através do sabatinado discurso de que o interesse público relevante deve prevalecer sobre os direitos individuais, quanto por parte do próprio cidadão, que vai criando vários mundos sem que haja comunicação entre eles.

Nessa onda de risco o interrogatório não ficou de fora, pois a tecnologia também está presente com a edição da Lei 11.900/ 2009, que previu o interrogatório *on line* ou interrogatório por videoconferência, significando que o preso não irá até a presença do juiz, pois será interrogado por uma tela no próprio estabelecimento prisional, advindo dessa técnica vários embates jurídicos quanto a minimização da natureza humana que o ato processual envolve.

Este foi o caminho escolhido para se percorrer, na certeza de que a trilha não é a única via, porém com uma larga visão de que a contribuição que se traz à comunidade jurídica é pela democratização do Direito Penal e Processual Penal, sempre amparado pela Constituição Federal e, sobretudo, em respeito aos direitos fundamentais e humanos.

2 A EVOLUÇÃO DO INTERROGATÓRIO NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

2.1 A Tortura como meio hediondo de buscar a confissão

Na era da inquisição vigorava a fórmula do *reus tenetur se detegere*, onde o imputado era obrigado a prestar juramento² e obrigado a “descobrir-se” mediante o emprego da tortura, visando descobrir e eliminar a heresia que ocultava a sua alma. (LOPES JR., 2008, p. 587).

Belo (2008, p. 1), reportando-se sobre a vigência da tortura no interrogatório extraprocessual, faz uma abordagem da forma como era realizado, *verbis*:

O interrogatório surge, historicamente, como meio de prova obrigatória e essencial. Chamada de *probatio probatissima*, la Regina delle prove, era regida pelo princípio *reo tenetur se accusare*, caracterizado pela possibilidade de utilização da tortura. O interesse do interrogante era extrair do acusado uma prova tranqüilizadora: a confissão. Jurídica-

² Beccaria (1997, p. 78), nos idos de 1764, já se posicionava contra o juramento do réu, afirmando que “uma contradição entre as leis e os sentimentos naturais do homem nasce dos juramentos que se exigem do réu, para que seja um homem veraz, quando o seu maior interesse é mentir; como se o homem pudesse jurar, com sinceridade, contribuir para a própria destruição; como a religião não se calasse, na maioria dos homens, quando fala o interesse”.

mente, o acusado era um objeto do processo. Arrancado do lar sem explicações, se transformava em esquife de suas aspirações. Saía da masmorra para ser conduzido à presença de um juiz que lhe fazia perguntas vagas sobre fatos que nem sempre conhecia. Era levado a responder ao que sabia e ao que ignorava. Ainda quando dissesse a verdade, não se livrava da acusação de estar mentindo ou haver caído em contradição. Respondendo firme, era audacioso e petulante; tremendo, delinqüente confesso. À determinada hora só tinha uma preocupação: dizer o que o juiz quisesse ouvir e livrar-se da tortura. Saía da audiência e voltava ao calabouço escuro e sufocante. Retornava para fazer acareação com pessoas que, às vezes, nunca tinha visto e nem se sabia dos depoimentos. Aliás, nem sabia o teor da acusação. Acabava por confessar, não por ser realmente culpado, mas para se ver livre do tormento, ainda que lhe redundasse em pena de morte. O processo era uma monstruosidade: costumes ferozes, leis desumanas, juízes desalmados, implacáveis, truculentos, fruto de uma mentalidade pervertida. E foram tantos os erros judiciários... O inocente uma vez condenado o era perpetuamente porque a vaidade dos juízes não permitia o reconhecimento do enganado. O acusado, inocente ou culpado, era número desvalido ao qual se recusava a condição humana.

O emprego da tortura não foi uniforme em todos os tribunais de inquisição, variando de um país para outro ou cidade. Regra geral, porém, a tortura começava quando os hereges eram jogados em masmorras imundas, passando meses e até anos confinados sem ter direito à comunicação com seus familiares, chegando, às vezes, à morte. Escreveu Alcides que “às vezes [o herege] era colocado ao lado de um louco para que fosse atormentado ainda mais, porque, por incrível que pareça, era do regulamento da inquisição que se maltratasse o prisioneiro ao máximo para extrair dele também o máximo”³. Na Espanha,

³ Disponível em: <<http://www.interconect.com.br>>. Acesso em: 15 mar. 2009.

a Igreja Católica empregava regularmente a tortura para conseguir confissões completas. Em 1480, o Papa Sisto IV, deu aprovação aos processos inquisitórios e teve o apoio de Torquemada, e em 1483, aprovou a prática de torturas. Têm-se notícias de que a inquisição espanhola empregava 14 modalidades diferentes de suplícios⁴.

Infelizmente, a tortura continua a assombrar o mundo moderno policial como meio de arrancar a confissão. Foucault (apud BELO, 2008, p. 1) já afirmava que:

⁴ Os principais instrumentos de tortura eram: 01. Cadeira inquisitória - essas cadeiras continham até 1.600 pontas afiadas de ferro ou madeira, sobre as quais as vítimas, completamente nuas, se sentavam para serem interrogadas. Às vezes, para aumentar o sofrimento do réu, o assento de ferro era aquecido. 02. Esmaga joelhos, polegares e mãos - três instrumentos distintos com funções específicas, como o próprio nome indica. Uma espécie de prensa para esmagar as ditas partes do corpo. 03. Esmaga seios - era o instrumento preferido no século XV para torturar as mulheres acusadas de bruxaria. O seio era envolvido por um ferro retangular, bastante aquecido. Mediante bruscos movimentos circulares, os seios eram esmagados. 04. Despertador - uma dos mais terríveis instrumentos de tortura. Era uma espécie de cavalete de madeira ou de ferro, com um vértice pontiagudo. Puxados por cordas ligadas a roldanas, os hereges eram suspensos até certa altura; depois, num lance rápido, eram lançados sobre o despertador, de tal forma que o ânus e partes sexuais tocassem a ponta da pirâmide. De acordo com a calibragem da queda, o torturado tinha as partes íntimas rebentadas, tais como testículos, vagina e cóccix. 05. Roda de despedaçamento - esse tipo de tortura consistia em colocar o réu de costas sobre uma roda de ferro, sob a qual colocavam brasas. Em seguida, a roda era girada lentamente. A vítima morria depois de longas horas de dor, com queimaduras do mais alto grau. Não havia pressa para a morte do supliciado. Antes, havia o cuidado de prolongar ao máximo a sua agonia. Numa outra versão, a roda era usada para dilacerar o corpo dos condenados. Neste caso, em lugar de brasas, colocavam instrumentos pontiagudos sob a roda. 06. Mesa de evisceração - um dos mais cruéis instrumentos de suplício. Destinava-se a extrair aos poucos, mecanicamente, as vísceras dos condenados. Após a abertura da região abdominal, as vísceras, uma por uma, eram puxadas por pequenos ganchos presos a uma roldana, girada por um carrasco. 07. Pêndulo - usado para deslocamento de ombros e como preparativo para outros tipos de tortura. A vítima era levantada por cordas presas aos pulsos e depois bruscamente solta e segurada novamente antes do corpo chegar ao solo. 08. Cavalete - usado na Inquisição portuguesa, consistia em deitar a vítima de costas sobre uma espécie de mesa, com material cortante, e, através de um funil colocado na boca, encher seu estômago de água. Depois, o carrasco pulava em cima da barriga do réu, forçando a saída do líquido. A operação era repetida até a morte. 09. A virgem de ferro ou virgem de nuremberg - instrumento oco com o tamanho e a forma de uma mulher, dentro do qual as vítimas, uma de cada vez, eram colocadas. Facas eram arrumadas de tal maneira e sob tal pressão que o acusado recebia um abraço mortal. Cuidava-se de que regiões letais não fossem atingidas para proporcionar uma morte lenta. 10. Manjedoura - uma longa caixa onde o acusado era deitado de costas, e amarrado pelas mãos e pés. O suplício consistia em esticar o corpo do herege até obter o desmembramento das juntas. Muitos outros instrumentos de tortura da Idade Média foram usados pelos inquisidores: hereges eram serrados ao meio, mutilados aos poucos, amarrados por longo período em troncos de madeira, colocados em posições dolorosas e inusitadas para causar câibras e esfolados vivos. Nas execuções usava-se muito o fogo brando, a partir dos pés untados com óleo. (A tortura na Santa Inquisição. Disponível em: <<http://www.interconnect.com.br>>. Acesso em: 15 mar. 2009). Ver também a obra de Michel Foucault, *Vigiar e punir*.

O interrogatório não é uma maneira de arrancar a verdade a qualquer preço; não é absolutamente a louca tortura dos interrogatórios modernos; é cruel, certamente, mas não selvagem. Trata-se de uma prática regulamentada, que obedece a um procedimento bem definido, com momentos, duração, instrumentos utilizados, comprimentos das cordas, peso dos chumbos, número de cunhas, intervenções do magistrado que interroga, tudo segundo os diferentes hábitos, cuidadosamente codificado [...]. Hoje, os interrogatórios feitos nas delegacias, raras exceções, são a imagem certa do embrutecimento da alma humana, do aviltamento taciturno da busca da verdade real por meios civilizados.

Não se pode pactuar com as formas degradantes de tratar o preso (condenado em definitivo ou provisório), muito menos permitir o emprego da tortura, institucionalizada ou não, prática abominável, repugnante e imoral que deve ser combatida e banida, a fim de tornar eficaz o princípio que alicerça todo o arcabouço principiológico do sistema constitucional pátrio, qual seja, o da dignidade da pessoa humana, partindo da premissa de que o preso perde o precioso direito à liberdade, devendo ser preservado o consagrado direito à dignidade.

Nessa senda, infere-se que a dignidade da pessoa humana engloba necessariamente o respeito e a proteção à integridade física e psíquica da pessoa, decorrendo a proibição de penas cruéis e degradantes, além da inaceitável tortura, por isso é que se diz ser imperioso “tornar-se indispensável não tratar as pessoas de tal modo que lhes torne impossível representar a contingência de seu próprio corpo como momento de sua própria, autônoma responsável individualidade”. (PODLENCH apud SARLET, 2001, p. 90).

É que a dignidade da pessoa humana deixou de ser exclusiva manifestação conceitual daquele direito natural metapositivo, cuja essência ora se buscava na razão divina, ora na razão humana, para se tornar definitivamente “numa proposição autônoma do mais súbito teor axiológico, irremissivelmente presa à concretização constitucional dos direitos fundamentais.” (BONAVIDES apud SARLET, 2001, p. 5).

É lamentável que 01 (um) ano após se “comemorar” os sessenta anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁵, onde se encontra prescrito os direitos elementares, básicos do ser humano, inclusive a proibição da prática de tortura⁶ (art. V: “ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”), ainda se tem notícia dessa forma de buscar a confissão. Passado mais de meio século, presente a luta para torná-los verdadeiramente eficazes. É lamentável que mesmo no Estado Democrático de Direito permaneçam vivas práticas hediondas do tipo tortura, do tempo de barbárie, da inquisição, do totalitarismo, da

⁵ Proclamada pela Resolução 217-A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10.12.1948 pela aprovação de 48 Estados. René Cassin, ao tratar do alcance universal da Declaração de 1948, “seja-me permitido, antes de concluir, resumir as características da Declaração, elaborada a partir de nossos debates no período de 1947 a 1948. Esta Declaração se caracteriza, primeiramente, por sua amplitude. Compreende um conjunto de direitos e faculdades sem as quais um ser humano não pode desenvolver sua personalidade física, moral e intelectual. Sua segunda característica é a universalidade: é aplicável a todas as pessoas de todos os países, raça, religiões e sexos, seja qual for o regime político dos territórios nos quais incide. Ao finalizar os trabalhos, a Assembléia Geral, graças a minha proposição, proclamou a Declaração Universal, tendo em vista que, até então, ao longo dos trabalhos, era denominada Declaração internacional. Ao fazê-lo, conscientemente, a comunidade internacional reconheceu que o indivíduo é membro direto da sociedade humana, na condição de sujeito de direito do Direito das Gentes. Naturalmente, é cidadão de seu país, mas também é cidadão do mundo, pelo fato mesmo da proteção internacional que lhe é assegurada. Tais são as características centrais da Declaração. [...]” (apud PIOSEVAN, 2008, p. 137).

⁶ Cita-se o conhecido caso dos Irmãos Naves (Sebastião e Joaquim), o maior erro judiciário do País à época do Estado Novo (regime ditatorial de Getúlio Vargas). Acusados, em 1937, “confessaram” a autoria do crime de latrocínio sob tortura. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais condenou-os à pena de 15 anos e 6 meses de reclusão. Todavia, em 1952, reaparece são e salvo, Benedito Pereira Caetano, a pseudovítima.

ditadura etc. Pouco se avançou. Portanto, é preciso repensar as estratégias, banir os discursos ideológicos formais e retóricos. Enfim, é preciso mudar o curso dessa triste história.

2.2 O direito ao silêncio

Como antagonismo da fórmula utilizada no período da inquisição, *reus tenetur e detegere*, em que o acusado prestava juramento ao ser interrogado visando a auto-incriminação como fonte primeira da prova com emprego da tortura, adveio o princípio do *nemo tenetur se detegere*, uma garantia dada ao imputado de não sofrer qualquer prejuízo por não colaborar com a produção da prova, garantindo-lhe o direito ao silêncio.

Também conhecido por *princípio da não auto-incriminação* ou *princípio da inexigibilidade de produção de prova contra si*, traduz-se literalmente por: nada a temer por se deter, é o pleno direito que o acusado tem de não produzir provas contra si. Destarte, a atribuição de provar os fatos constantes da acusação parte de quem acusa. Ferrajoli (2002, p. 486) aduz que esse princípio é a primeira máxima do garantismo processual acusatório, enunciada por Hobbes e recebida desde o século XVII do direito inglês.

O Decreto 678, de 06 de Novembro de 1992, ratificou a Convenção Americana dos Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, e o incluiu em seu §2º, “g” do art. 8º⁷ como um direito inalienável a quem responde a um processo criminal.

No Brasil, à época em que a elaboração dos Códigos de Processo Penal era de competência dos Estados, estava previsto o direito ao silêncio, sendo erigido posteriormente a *status* constitucional no título que trata dos direitos e garantias fundamentais, precisamente no inciso LXIII do art. 5º, segundo o qual “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. Por corolário, estando a Lei Maior no ápice da cadeia hierárquica das normas, o art. 186 da Lei Ins-

⁷ Artigo 8º, § 2º, “g” - direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declara-se culpada.

trumental Penal que previa o “direito ao silêncio” de forma disfarçada, ou melhor, inquisitorial, eis que o silêncio poderia importar prejuízo à defesa⁸, foi alterado pela Lei 10.792/2003, passando a assegurar ao acusado o lúdimo direito ao silêncio, sem qualquer espécie de prejuízo, como garantido no seu parágrafo único, *verbis*:

O art. 186 - Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

Parágrafo único - O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

Verifica-se que efetivamente o dispositivo em destaque atendeu às diretrizes constitucionais, vez que o agente não está obrigado a responder aos questionamentos formulados tanto pelo juiz quanto pela autoridade policial, sem que isso lhe cause prejuízo, sendo defeso o emprego da tortura ou outro meio físico, psíquico degradante que viole o princípio da dignidade da pessoa humana⁹, os Tratados e as Convenções internacionais de que o Brasil é signatário. Para Oliveira (2008, p. 341), o direito ao silêncio é uma garantia que atua em duas direções:

De um lado, impedindo que a simples ausência de manifestação, ou mesmo eventuais lapsos de memória ou contradições no depoimento do réu,

⁸ A redação revogada do art. 186 previa que: “Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não seja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”.

⁹ Para Ferrajoli (2002, p. 486), o direito ao silêncio tem os seguintes consectários: proibição da tortura espiritual como obrigação de dizer a verdade; faculdade de faltar com a verdade nas suas respostas; proibição de obter a confissão através de violência, manipulações psíquicas, com drogas ou práticas hipnóticas com vistas a assegurar o respeito à sua pessoa e a inviolabilidade de sua consciência; a consequente negação de papel decisivo das confissões; e direito de ser assistido por defensor com o escopo de impedir abusos ou quaisquer violações das garantias processuais.

constituam critérios de *certeza jurídica* suficientes para embasar uma condenação. De outro, impedindo que o réu seja submetido a procedimentos *inquisitoriais* por parte do aparato estatal, vendo-se na *obrigação* de apresentar uma versão para os fatos, se não previsto o seu direito ao silêncio. O princípio presta-se, pois, a cumprir duas relevantes missões: a de exigir uma decisão judicial fundada em provas *materiais*, e não em meras *presunções*, estabelecidas a partir do depoimento do acusado; e também a de proteger a integridade física e psíquica do réu.

O Supremo Tribunal Federal já anulou ação penal com base na omissão do julgador de informar ao acusado o direito ao silêncio, como se vê de excerto da decisão, *litteram*:

O direito à informação da faculdade de manter-se silente ganhou dignidade constitucional, porque instrumento insubstituível da eficácia real da vestuta garantia contra a auto-incriminação que a persistência planetária dos abusos policiais não deixa perder atualidade. Em princípio, ao invés de constituir desprezível irregularidade, a omissão do dever de informação ao preso de seus direitos, no momento adequado, gera efetivamente a nulidade e impõe a desconsideração de todas as informações incriminatórias dele anteriormente obtidas, assim como as provas derivadas... (HC 78.708-1-SP – DJ de 16.04.99, p. 8).

Importante registrar que a Lei 11.689/2008, que disciplina o novo procedimento do júri, deu por encerrada a polêmica, inclusive em nível de tribunais superiores, ao revogar o art. 451 do Código de Processo Penal que previa a decretação da revelia na hipótese do réu não comparecer na sessão sem motivo legítimo quando diante de crime inafiançável. Agora, não mais se exige a sua presença quando se tratar de crime tanto afiançável quanto inafiançável por um corolário lógico

do direito ao silêncio, como se vê do disposto no art. 457 do mesmo diploma legal¹⁰.

A possibilidade de o réu voluntariamente não comparecer ao plenário do julgamento¹¹, embora não possa ser revestido em seu desfavor ou causar-lhe prejuízo à sua defesa, e sendo defeso às partes fazer referências ao seu silêncio (art. 478 do CPP), entende-se que a ausência deva ser evitada, considerando que a sua presença é de fundamental importância para dar a sua versão aos fatos, praticando, assim, a autodefesa¹², conhecer o corpo de jurados e acompanhar todo o desenrolar do julgamento, não olvidando que o resquício cultural inquisitório ainda permeia o ordenamento jurídico e, inconscientemente, ser levado em consideração pelo corpo de jurados, o qual ficará com a interrogação do por que do não comparecimento.

Nesse sentido, adverte Nucci (1997, p. 178) que: “diante do Tribunal Popular, como explicar devidamente aos jurados, leigos que são, tal direito constitucional [direito ao silêncio], fazendo-os entender o sentido amplo e profundo dessa proteção, quando poderão fazer uso do surrado dito popular “quem cala consente”?”

Conclui-se que a faculdade de comparecimento vai ao encontro do direito ao silêncio, mas a presença física atende não apenas a essa garantia, mas a uma gama de direitos que, sopesados (juízo de ponderação), faz do comparecimento uma garantia que oferece maiores benefícios.

¹⁰ Art. 457 do CPP – O julgamento não será adiado pelo não comparecimento do acusado solto, do assistente ou do advogado do querelante, que tiver sido regularmente intimado.

¹¹ Consta da exposição de motivos da nova lei que: “O anteprojeto permite a realização do julgamento sem a presença do acusado que, em liberdade, poderá exercer a faculdade de não comparecimento como um corolário lógico do direito ao silêncio constitucionalmente assegurado. O acusado preso poderá requerer dispensa de comparecimento à sessão de julgamento, sem prejuízo de sua realização. A prisão provisória, que era regra, converteu-se em exceção, de modo que a exigência do acusado solto em plenário como condição para o julgamento já não se harmoniza como novo sistema”.

¹² Para Fernandes (2002, p. 280) o direito à autodefesa se manifesta de três formas: 1ª) o *direito de audiência* consiste no direito do acusado de, pessoalmente, apresentar ao juiz da causa a sua defesa por meio do interrogatório; 2ª) *direito de presença* o qual assegura ao acusado a oportunidade de, frente a frente de seu defensor, acompanhar os atos de instrução, auxiliando-o na realização da defesa; e 3ª) *direito de postular pessoalmente* que é assegurado tanto ao acusado quanto ao sentenciado de impulsionar um ato processual ou procedimental por contra própria, garantindo-lhe, posteriormente, a assistência de defensor. Por exemplo: impetrar *habeas corpus*, formular pedido de progressão de regime etc.

2.3 A intervenção das partes no interrogatório e sua natureza

Em que pese o direito ao silêncio se afeiçoar ao sistema acusatório, observa-se que o inquisitório assombrava há pouco tempo e ainda continua a assombrar o procedimento do interrogatório no que tange à participação do magistrado como protagonista desse ato.

Uma simples leitura do revogado art. 187¹³ do Código de Ritos Criminal comprova a primeira parte da asserção supra. É que o citado dispositivo proibia expressamente à defesa técnica e implicitamente ao Ministério Público formular questionamentos ao réu por ocasião do interrogatório, pois tal ato era exercido privativamente pelo magistrado. O Ministério Público, querendo, funcionava como mero fiscal da regularização do ato e, pior, não se exigia a presença física de defensor¹⁴. Mesmo diante de novas garantias asseguradas pela Constituição Federal de 1988, essa forma de interrogar foi interpretada pelos tribunais estaduais e superiores como legítima, sob o fundamento de que não estaria sujeito ao princípio do contraditório¹⁵. A jurisprudência entendia que a presença de advogado no ato (defesa técnica) seria uma faculdade e não um direito individual decorrentes dos princípios da ampla defesa e do contraditório, corolários do devido processo legal.

Essa bizantina modalidade de interrogar não tinha mais sentido de ser mantida como peculiar revelo do magistrado – ato personalíssimo com característica de judicialidade - diante das garantias processuais emanadas constitucionalmente que norteiam o sistema

¹³ Art. 187 do CPP (revogado) – O defensor do acusado não poderá intervir ou influir, de qualquer modo, nas perguntas e nas respostas. É bem verdade que, mesmo antes desta redação, já havia juízes – com a adequada visão garantista – que asseguravam às partes presentes formular perguntas.

¹⁴ A nova redação dada ao art. 185 do CPP, dada pela Lei 10. 792/2003 passou a exigir a presença do defensor na audiência de interrogatório, pena de nulidade.

¹⁵ STF: “*habeas corpus* – Ausência de advogado ao ato de interrogatório policial e judicial [...] Inexistência de lesão à garantia do contraditório [...] ausência de advogado no interrogatório judicial do acusado não infirma a validade jurídica desse ato processual. O interrogatório judicial – que constitui ato pessoal do magistrado processante – não está sujeito ao princípio do contraditório ...” (HC 69372/SP. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 07.05.1993, p. 08328).

em comento, especificamente os princípios da ampla defesa¹⁶ e do contraditório¹⁷.

Os princípios suso mencionados constituem-se como a pedra fundamental de todo o processo, precipuamente do processo penal, pois em jogo um dos direitos mais importantes do ser humano, o direito à liberdade, por isso, considerados como cláusulas de garantias com o escopo de proteger o cidadão diante do aparato persecutório penal. (OLIVEIRA, 2008, p. 32).

Impende frizar que embora exista uma relação de garantia genérica do devido processo legal entre os institutos da defesa e contraditório, não há de falar-se na existência de relação de derivação entre um e outro. Sobre a questão, esclarece Fernandes (2002, p. 267) que:

O processo, pela sua própria natureza, exige partes em posições opostas, uma delas necessariamente

¹⁶ O princípio da ampla defesa significa dizer que todos os meios necessários para provar as suas alegações devem ser assegurados, a participação em todos os atos processuais, a contra-argumentação da tese esposada pela parte adversa, obrigatoriedade de formulação de alegações finais e de forma eficiente, a autodefesa, o direito de não confessar, de produzir provas etc. Assiste de razão Bedê Júnior e Senna (2009, p. 179) ao aduzirem que a ampla defesa é por si mesma uma garantia genérica que se caracteriza em muitas outras, sendo impossível delimitar aprioristicamente todo o seu alcance. Porém, procuram demonstrar o seu alcance sustentando que por esse princípio “as partes ou os interessados na administração da justiça devem ter o direito de apresentar todas as alegações, propor e produzir provas que, a seu juízo, possam militar a favor do acolhimento de sua pretensão ou do não acolhimento da postulação de seu adversário”.

¹⁷ O princípio do contraditório passou a integrar o sistema constitucional nacional a partir da Constituição de 1937, sendo mantido nas demais de forma expressa. Atualmente encontra-se consagrado no inciso LV do art. 5º com a seguinte redação: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. O contraditório nada mais é do que a oportunidade dada à parte do processo de contrariar os atos da outra parte. Vale dizer que nenhum ato processual poderá ser realizado por uma parte sem que haja possibilidade da outra se manifestar, garantia da parte poder impugnar toda e qualquer alegação da outra, notadamente a defesa. Para Lopes Jr. (2008, p. 508), o contraditório é uma nota característica do processo, uma exigência política, e mais do que isso, se confunde com a própria essência do processo. Greco Filho (1996, p. 90) sintetiza o princípio de maneira bem prática e simples: “O contraditório se efetiva assegurando-se os seguintes elementos: a) o conhecimento da demanda por meio de ato formal de citação; b) a oportunidade, em prazo razoável, de se contrariar o pedido inicial; c) a oportunidade de produzir prova e se manifestar sobre a prova produzida pelo adversário; d) a oportunidade de estar presente a todos os atos processuais orais, fazendo consignar as observações que desejar; e) a oportunidade de recorrer da decisão desfavorável.”

em posição de defesa, e para que, no seu desenvolvimento, seja garantida a correta aplicação da justiça, impõe-se que cada uma tenha o direito de se contrapor aos atos e termos da parte contrária. São, assim, a defesa e contraditório, como também a ação, manifestações simultâneas, ligadas entre si pelo processo, sem que um instituto derive do outro.

Na verdade, o que poderia derivar dos mencionados princípios constitucionais é a possibilidade das partes intervirem no interrogatório. Porém, como o art. 187 do Código de Processo Penal não acompanhou os mandamentos constitucionais, conclui-se que o mesmo, desde a vigência da atual Constituição, é inconstitucional, lembrando que a interpretação que se tem a fazer é da Lei Maior para a lei ordinária e não em sentido contrário.

Crível é que somente após longos anos a Lei 10. 792, de 1º de dezembro de 2003 trouxe modificações importantes tanto na Lei de Execução Penal quanto no Código de Processo Penal, dentre elas, deu nova redação aos artigos 187 e 188 do segundo diploma, dividindo o interrogatório em duas partes, constituindo a primeira sobre a pessoa do acusado e a segunda sobre os fatos; e oportunizando as partes, após interrogatório judicial, de formularem questionamentos complementares concernentes a fatos que porventura carecem de esclarecimentos, porém os questionamentos serão deferidos se o magistrado entender pertinentes ou relevantes, *verbis*: “Art. 188 - Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante”.

Percebe-se que o ato evoluiu a partir do momento em que deixou de ser ato privativo do juiz, passando a afeiçoa-se ao sistema acusatório, porém ainda carecendo de aperfeiçoamento com vistas a se almejar um sistema acusatório sem mitigação, pois o magistrado continua a ser o protagonista desse ato processual. É que ficou ao seu talante deferir ou não os questionamentos formulados pelas partes sob o fundamento de ser irrelevante ou impertinente. Constatou-se um cerceamento às partes de sustentarem livremente as suas teses, notadamente a defesa

que poderá trabalhar com várias vertentes, não olvidando que tais expressões já se encontram previstas no ordenamento processual penal quanto à inquirição das testemunhas.

Ademais, tais expressões carregam uma carga de subjetivismo, pois o que pode ser irrelevante ou impertinente para o julgador, não poderá ser para as partes, ciente de que quando se está diante de um questionamento claramente absurdo, aí, sim, poderá ser indeferido.

Se não bastasse, mesmo com o advento da Lei 10. 792/2003, o juiz continua a reger o interrogatório e não as partes, demonstrando instalado resquício da cultura do sistema inquisitório¹⁸. Na verdade, deveria o legislador ir mais além, colocando as partes como atores principais, iniciando os questionamentos ao réu, podendo o juiz, querendo, apenas complementar.

Após a alteração dos dispositivos pontuados ainda persiste a controvérsia quanto à natureza do interrogatório. Vale lembrar que das revogadas redações dos artigos 186 e 187 do Código de Processo Penal, alguns tratadistas vislumbravam ser mero ato instrutório, fase processual destinada à elucidação do ilícito penal e da personalidade do agente¹⁹.

¹⁸ Este articulista defendeu tese no 14º Congresso Nacional do Ministério Público, com o tema central “Ministério Público e Cidadania Plena”, no período de 17 a 20 de outubro de 2001, na cidade de Recife/PE, intitulada “O direito de intervenção das partes no interrogatório. Proposta ao anteprojeto do código de processo penal”, sendo aprovada por maioria de votos, onde se defendia a necessidade de rever o projeto de lei que iria ao encontro do sistema acusatório, permitindo às partes intervirem no interrogatório (atual art. 188 do CPP), porém com restrições, já que os questionamentos formulados pelas partes ficariam ao talante do magistrado de deferir, posto que poderia entender ser irrelevante ou impertinente. Defendia-se que se assim fosse, as partes estariam limitadas a questionar pontos relevantes para as suas teses, acrescentando que as expressões “relevante” e “pertinente” carregam um elevado grau de subjetivismo.

¹⁹ Este articulista posiciona-se terminantemente contra a personalidade do agente ser “avaliada” pelo magistrado a fim de dosar a pena, por dois motivos muito simples: 1º) o magistrado não tem conhecimento científico para analisar a personalidade do imputado, sendo um grave equívoco o emprego da simples frase “personalidade voltada para o crime” como forma de majorar a pena quando de sua dosimetria (art. 59 do CP), resquício do sistema inquisitório. A personalidade do ser humano é estudada por quem tem competência científica, ou seja, psicólogos, psiquiatras e outros profissionais da área e 2º) a personalidade do agente não poderá ser “avaliada” na dosimetria da pena, pois o que está em julgamento é o fato ilícito praticado. Tem-se o mesmo posicionamento quanto à valoração da conduta social do incriminado, presente o Direito Penal de Autor.

Outros sustentavam ser meio de defesa, pois o momento era a oportunidade de praticar a autodefesa.

Afigura-se que naquele estágio do direito processual penal, que não se tem saudade, tendia a sua natureza ser meio de prova, posto que amparado pelo forte resquício do sistema inquisitorial, onde o processado não gozava do direito ao silêncio, pois se assim se comportasse, poderia causar prejuízo à sua defesa. Com a vigência da Lei 10.792/2003, que passou a garantir o direito ao silêncio e a presença do defensor no interrogatório, a doutrina divergiu ainda mais: passou a entender ser meio de defesa e elemento de prova; ser meio de prova e oportunidade de defesa; ser somente meio de defesa.

Se analisado isoladamente pela questão topográfica e numa visão simplista, o interrogatório teria natureza de prova. É que o Código de Processo Penal o inseriu no Título VII que disciplina as modalidades de prova. Assim, poderá o juiz analisá-lo sob a ótica global das provas apuradas, buscando no interrogatório subsídio para sua convicção (princípio do livre convencimento) no afã de uma “decisão justa” permeada pelo mito da verdade real²⁰.

Em embargo a respeitáveis opiniões em contrário, afigura-se que o interrogatório é um verdadeiro meio de defesa²¹, pois é assegurado ao agente o direito de contradizer os fatos narrados na denúncia ou silenciar-se, exercendo, na segunda hipótese, o direito ao silêncio tutelado constitucionalmente (art. 5º, LXIII) sem que lhe cause qualquer

²⁰ Oliveira (2008, p. 284) aduz que o princípio da verdade real é um mito e um dogma, o qual era previsto no Código de Processo Penal de 1941; antes da vigência da atual Constituição, permitia ao juiz a iniciativa acusatória e amplos poderes probatórios, ou seja, tal princípio legitimava desvio de autoridades públicas, assim como justificar a ampla iniciativa probatória. Destarte, a gravidade das questões penais seria suficiente para permitir uma busca mais intensa da verdade, acrescentando que, quiçá, o mal maior causado por ele tenha sido a determinação de uma cultura inquisitiva, atingindo praticamente todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal.

²¹ O Ministro do Supremo Tribunal Federal, César Peluzo, relator do HC 88914/SP, 2ª Turma, j. em 14.08.07, que julgou inconstitucional o sistema de interrogatório por videoconferência, asseverou que: “é preciso, pois, conceber e tratar o interrogatório como meio de defesa, e não, em aberto retrocesso histórico, como resíduo inquisitorial ou mera técnica de se obter confissão. Encartado como atividade defensiva, em que pode o acusado demonstrar sua inocência, perdeu toda legitimidade a absurda idéia de que o interrogatório consistiria numa série de perguntas destinadas apenas à admissão da autoria criminosa, tal como era visto e usado nos processos inquisitórios”.

prejuízo na formação de um juízo de valor pelo magistrado ao prolatar a sentença, eis que não tem o dever de contribuir para a produção da prova relacionada ao fato delituoso narrado na denúncia.

Destarte, o interrogatório, no atual estágio do constitucionalismo, na sua essência, é efetivamente meio de defesa. Adita-se dois pontos que contribuíram para a sua evolução: a) ser assegurado ao réu, antes de iniciar o interrogatório, o direito de entrevista reservada com o seu defensor, oportunidade para narrar os fatos de seu modo e assim possa este orientá-lo sobre a melhor forma de praticar a autodefesa²² e b) passou a ser o último ato da audiência de instrução e julgamento, de forma que lhe foi assegurado o direito de ter conhecimento prévio de toda a prova produzida.

Porém, não se pode descuidar que, ao contar a versão do corrido, o réu poderá fornecer ao juízo elementos de instrução probatória. Oliveira (2008, p. 326), na mesma linha de doutrinação, adverte que não há problemas para que o interrogatório continue a ser uma espécie de prova, pois o importante é que o acusado seja um sujeito de direitos, acrescentando que no contexto de um modelo acusatório como instaurado pelo sistema constitucional das garantias individuais, encontra-se o interrogatório inserido no princípio da ampla defesa, e conclui ser meio de defesa e não de prova, destacando duas consequências para tal entendimento:

Em primeiro lugar, permite que se reconheça, na pessoa do acusado e de seu defensor, a titularidade sobre o juízo de conveniência e a oportunidade de prestar ele (o réu), ou não prestar, o seu depoimento. E a eles caberia, então, a escolha da opção mais favorável aos interesses defensivos. É por isso que não se pode mais falar em *condução coercitiva* do réu, para fins de interrogatório, parecendo-nos revogada a primeira parte do art. 260 do CPP. Fazemos a ressalva em relação à pos-

²² §2º do art. 185 do CPP: Antes da realização do interrogatório, o juiz assegurará o direito de entrevista reservada do acusado com seu defensor.

sibilidade de condução coercitiva *para reconhecimento de pessoas*, meio de prova perfeitamente possível e admissível em nosso ordenamento. Em segundo lugar, impõe, como sanção, a nulidade absoluta do processo, se realizado sem que se desse ao réu a oportunidade de se submeter ao interrogatório. Haveria, no caso, manifesta violação da ampla defesa, no que se refere à manifestação da *autodefesa*.

Para Duclerc (apud LOPES JR., 2008, p. 585), as alternativas *meio de prova* e *meio de defesa* não são excludentes, coexistindo-as de forma inevitável. Assim, “se de um lado potencializamos o caráter de meio de defesa, não negamos que ele também acaba servindo como meio de prova, até porque, ingressa na complexidade do conjunto de fatores psicológicos que norteiam o ‘sentire’ judicial materializado na sentença”. Todavia, essa não é a finalidade a qual se predispõe, constitucionalmente, o interrogatório, sendo a sua qualificação como meio de prova meramente eventual, insuficiente, portanto, para conferir-lhe a natureza vislumbrada pelo Código de Processo Penal. (CAPEZ, 1999, p. 260).

2.4 A divisão do interrogatório em duas partes. O interrogatório como o último ato da audiência de instrução e julgamento

A redação do art. 187 do Código de Processo Penal, dada pela Lei 10.792/2003, prescreve que:

Art. 187 – O interrogatório será constituído em duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos.

§ 1º Na primeira parte o interrogando será perguntado sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve sus-

penção condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais.

§ 2º – omisses.

A evolução do interrogatório no sistema processual penal tido como acusatório está presente também no art. 187 da Lei Instrumental Penal, visto que foi dividido em duas partes, merecendo destaque o disposto no seu primeiro parágrafo, que exige do magistrado realizar questionamentos sobre a história de vida e social do acusado, que certamente deverão ser levadas em consideração quando da apreciação de todo o conjunto probatório com vista à prolação da sentença. Vale dizer que essa primeira parte permite ao juiz aplicar a pena em concreto de maneira mais individualizada possível, demonstrando a forte influência da doutrina que prega a prevenção específica²³.

Importante registrar que embora a lei não tenha fixado tempo para o exercício do direito à entrevista pessoal, não poderá o magistrado fixá-lo ou sequer advertir que o tempo seja exíguo, pois na função de um juiz-garante, deve assegurar tempo suficientemente razoável, a critério do defensor, para ser concatenada a linha de defesa.

Deu-se mais um importante passo com vistas a assegurar a ampla defesa no que concerne à adoção do interrogatório como o último ato da instrução processual em audiência una no procedimento comum (ordinário e sumário), consoante o disposto no art. 400 do Código de Processo Penal, dada pela Lei 11.719/2008²⁴, robustecendo a tese de

²³ Nucci (1997, p. 392) sustenta a divisão do interrogatório em três momentos: 1º) o interrogatório de qualificação; 2º) o interrogatório de individualização; e 3º) interrogatório de mérito. Vê-se que coloca a qualificação do acusado como sendo a primeira divisão, cujo objetivo é obter dados de identificação do réu, não podendo ele valer-se do direito ao silêncio. Não se comunga com tal posicionamento, não pelo fato do art. 187 do Código de Processo Penal fazer a divisão taxativa em duas partes, mas pelo fato de a qualificação, na prática forense, ser realizada pelo escrevente.

²⁴ Art. 400 do CPP – Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á a tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nessa ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, as acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

que a sua natureza é efetivamente meio de defesa, já que favorece a uma defesa ampla, pois conhecida toda a instrução probatória, homenageando o garantismo.

Por outro lado, o passo não foi tão logo, pois o interrogatório continua a ser comandado pelo juiz, podendo as partes somente se manifestar posteriormente. Ademais, o legislador foi infeliz ao disciplinar procedimento diferenciado quanto à instrução no plenário do júri popular, como previsto no §1º do art. 474 do mesmo estatuto processual, alterado pela Lei 11.689/2008²⁵, que prevê a possibilidade das partes formularem perguntas diretamente ao acusado e, sequer, previu a participação do magistrado, apenas questionamentos ao ofendido e as testemunhas (art. 473), redação aquela que se afigura melhor se aproximar do sistema acusatório.

Em suma: no procedimento comum as partes formulam perguntas diretamente às testemunhas, competindo ao juiz apenas complementá-las (art. 212 e parágrafo único). Porém, o interrogatório continua tendo esse ator jurídico como o protagonista, competindo às partes questionar posteriormente como forma de complementação e, ainda, deferida somente se o magistrado entender relevante ou pertinente (art. 185 e segs.). No procedimento do júri em plenário, as perguntas às testemunhas são formuladas primeiramente pelo juiz presidente, seguida pelas partes de forma direta (art. 473). O interrogatório é realizado com perguntas diretas pelas partes, sem a previsão de participação do julgador togado²⁶.

Destarte, o Direito Processual Penal prevê desnecessariamente dois procedimentos, devendo, pois, ser unificado. Oliveira (2008, p. 343) sugere que:

²⁵ Art. 474. Omisses. §1º - O Ministério Público, o assistente, o querelante e o defensor, nessa ordem, poderão formular, diretamente, perguntas ao acusado.

²⁶ Para Carnelutti (1995, p. 17), a palavra “toga” significa divisa, um símbolo de autoridade, uma aparência solene, especialmente no processo penal. Acrescenta que: “a toga, sem dúvida, convida ao recolhimento. Infelizmente hoje sempre mais, sob este aspecto, a função judiciária está ameaçada pelos opostos perigos da indiferença ou do clamor: indiferença pelos processos pequenos, clamor pelos processos céleres. Naqueles a toga parece um instrumento inútil; nestes se assemelha, lamentavelmente, a uma veste teatral”.

- a) em qualquer interrogatório, as partes (Ministério Público, assistente, defesa) devem iniciar a inquirição, cabendo ao magistrado complementá-lo, querendo;
- b) as perguntas devem ser feitas diretamente, sem mediação pelo juiz;
- c) igual procedimento deve ser adotado em relação à inquirição das testemunhas (art. 212, CPP); as partes, diretamente, iniciam as perguntas, cabendo ao juiz a complementação que se fizer necessário. As testemunhas de defesa serão inquiridas primeiro pelo defensor, seguindo-se do Ministério Público e do assistente. No interrogatório, a inquirição deve iniciar-se com o Ministério Público, já que se trata, essencialmente, de um meio de defesa do acusado.

A necessidade de evolução do interrogatório continua a carecer de olhares garantistas do legislador e do próprio julgador, especificamente quanto a não intervenção deste nesse ato, devendo funcionar como um guardião dos direitos fundamentais, um juiz-garante, a fim de se aproximar não só do sistema acusatório puro, mas, também, premiar o princípio da imparcialidade. Assiste de razão Rangel (2007, p. 464) ao afirmar que: “em nome da estrutura acusatória do processo penal o interrogatório deverá ser feito pelo MP e pela defesa, ficando o juiz apenas como guardião dos direitos e garantias individuais, alertando o acusado de que determinadas perguntas não devem ser respondidas por ferirem seus direitos constitucionais”.

Nessa vertente, deveria ser aplicado somente o procedimento do plenário do júri quanto ao interrogatório – não intervenção do magistrado ou possível intervenção somente de forma complementar, após as partes – mas, em face da cultura inquisitiva que ainda permeia no poderes legislativo e judiciário brasileiros, essa prática não será a escolhida pelo segundo, como de fato não está sendo, pois o magistrado continua a iniciar o interrogatório nos dois procedimentos, levando-o a crer que a judicialidade não viola nenhum princípio, direito ou garantia constitucional, notadamente os princípios do contraditório e da ampla

defesa. Ademais, se valerá do disposto no art. 474 que faz remissão ao procedimento do interrogatório do rito comum.

Essa afirmação vem a se confirmar em uma audiência criminal de rito ordinário que se participou recentemente na qualidade de promotor de justiça, na qual a magistrada sequer deu a oportunidade para as partes iniciarem a audiência com inquirição das testemunhas, levando o órgão ministerial a requerer, preliminarmente, em nível de alegações finais orais, a observância do disposto no parágrafo único do art. 212 do Código de Processo Penal, não sendo tal pretensão acolhida, vindo a continuar com tal prática em audiências posteriores que se participou.

Por outro viés, não se pode descuidar que as alterações trazidas pelas Leis 11.719/2008 e 11.689/2008 avançaram rumo a um processo penal garantista, notadamente com a previsão de inquirição direta. Segundo Dotti (apud MENDONÇA, 2008, p. 95), o sistema de inquirição direta “procura atender o princípio da imediação, definido com a relação de proximidade entre o tribunal e os participantes no processo, permitindo a melhor colheita de material visando o maior conhecimento dos fatos objeto de decisão”²⁷.

Vale vincar que o prazo de 60 (sessenta dias) fixado para a conclusão do processo em nível de primeiro grau, estando o réu solto ou preso (art. 400 do CPP), não pode ser interpretado com rigorismo extremado, até por que nenhum direito é absoluto. Tal prazo, à luz do sistema judiciário brasileiro não pode ser aplicado sem se coadunar com a realidade do processo. De outro lado, a fixação desse prazo para a realização da audiência de instrução e julgamento, após a citação, é de fundamental importância e deverá ser imprimidas todas as condições para que não seja banalizado, mormente quando se está diante de processo que envolve réu preso, ciente de que a liberdade é um bem supremo.

Destarte, deve-se fundamentalmente primar pelo cumprimento do referido prazo, porém quando extrapolado em casos excepcionais, de forma comprovadamente justificada, especialmente quando presentes os requisitos da prisão preventiva, o excesso de prazo dentro de um tempo razoável poderá tornar-se necessário, a exemplo de um processo

²⁷ René Ariel Dotti foi um dos responsáveis pela redação do anteprojeto da parte referente ao júri.

de alta complexidade envolvendo um agente de comprovada periculosidade que pela vasta folha criminal contendo crimes de estupro e homicídio, evidencia que voltará a praticar crimes hediondos.

3 LOCAL DO INTERROGATÓRIO: DA PRESENÇA FÍSICA À “PRESENÇA” VIRTUAL. EVOLUÇÃO OU INVOLUÇÃO?

Não se pode descurar que se vive na era pós-industrial, caracterizada por uma sociedade de risco – diferente das décadas de 40 e 50, por exemplo -, permeada pela tecnologia²⁸, urbanização desordenada, biodiversidade e globalização, modelo de sociedade que certamente abre fronteiras para a criminalidade de toda a ordem, interna e transnacional.

Tocando no nó górdio da questão, Cabrera (2008, p. 1), ao estudar a sociedade de risco capitaneada pelo processo de transformação do mundo contemporâneo da primeira para a segunda modernidade, explica o que vem a ser sociedade de risco.

A modernização simples ou a primeira modernidade e a modernização reflexiva ou a segunda modernidade. A primeira, ocorrida durante o período industrial, surgiu em oposição ao mundo tradicional anterior do século XIX; a modernidade reflexiva, em contrapartida, pode ser definida como ‘as últimas conseqüências’ da primeira modernidade, uma verdadeira modernidade auto-destrutiva. O externo desenvolvimento das técnicas, assim como a dinâmica dos fenômenos econômicos, trouxe comodismo e benesses ao indivíduo, conforto e tecnologia nunca antes experimentados em tão larga escala pela humanidade. Touxe, por outro lado, riscos e desafios assustadores à sociedade. É o que hodiernamente costumou-se denominar

²⁸ Sánchez (2002, p. 29) expõe que boa parte das ameaças a que os cidadãos estão expostos originam de decisões que outros concidadãos adotam no manejo dos avanços técnicos que derivam de aplicações técnicas dos avanços na indústria, na biologia, na genética, na energia nuclear, na informática, nas comunicações etc.

sociedade do risco, caracterizada pelo avanço de aparatos tecnológicos em proporções inimagináveis em toda a história. Pode-se dizer, assim, que os riscos que hoje ameaçam a civilização foram produzidos por ela mesma no processo de desenvolvimento da primeira modernidade, num verdadeiro ‘efeito bumerangue’.

Uma sociedade tecnológica crescente e competitiva, que coloca no mundo da marginalidade incontáveis indivíduos, os quais são vistos pelos que fazem a “sociedade do bem” como os responsáveis pelos riscos pessoais e patrimoniais, tem causado um processo de isolamento social através da criação de pequenas sociedades com o escopo de buscar proteção contra os riscos de uma sociedade moderna e complexa, notadamente dos perigos da violência urbana²⁹. Ou seja, tem-se criado vários mundos que paulatinamente vão se afastando um do outro. Cita-se, a título de exemplo, inúmeros empreendimentos imobiliários residenciais onde se vê que o espaço de lazer contém o necessário para o isolamento social, tais como salas de academia, de jogos de mesa e de cinema, pista de *cooper*, piscina, quadras de esporte, minimercado e até restaurante, um verdadeiro clube onde se faz necessário, por enquanto, sair de seu mundo somente para o trabalho.

Ainda por conta desse fenômeno vai-se limitando os espaços públicos, chegando ao ponto de o cidadão confundir com o espaço privado, posto que o conceito do primeiro passa a ser limitado a um espaço onde há concentração de pessoas, a exemplo dos *shopping centers*. E, pior, parte dos espaços públicos que se têm é vigiada por câmeras pelo

²⁹ Bauman (1999, p. 55) adverte que: “os medos contemporâneos, os ‘medos urbanos’ típicos, ao contrário daqueles que outrora levaram à construção de cidades, concentram-se no ‘inimigo interior’. Esse tipo de medo provoca menos preocupação com a integridade e a fortaleza da cidade como um todo – como propriedade coletiva e garante coletivo de segurança individual – do que com o isolamento e a fortificação do próprio lar dentro da cidade. Os muros construídos outrora em volta da cidade cruzam agora a própria cidade em inúmeras direções. Bairros vigiados, espaços públicos com proteção cerrada e admissão controlada, guarda bem armados no portão dos condomínios e portas operadas eletronicamente – tudo isso para afastar concidadãos indesejados, não exércitos estrangeiros, salteadores de estrada, saqueadores ou outros perigos desconhecidos emboscados extramuros”.

poder estatal³⁰, um verdadeiro panoptico³¹ de dimensão territorial do tamanho da respectiva cidade e, ainda, o automonitoramento ou “big brother”, na medida em que o próprio cidadão se vigia, instalando equipamentos eletrônicos cada vez mais sofisticados em sua própria residência, inclusive em elevadores de condomínios.

Dessas reflexões se extrai duas das principais características da sociedade de risco: 1^a) a clara mudança de riscos entre tempos passados e a modernidade: “a sociedade atual se caracteriza pela ameaça advinda de perigos artificiais, vinculados à atividade e decisão humana, perigos esses que se propagam a um número indeterminado de pessoas, atingindo a humanidade como tal” e 2^a) “a sensação de insegurança subjetiva e descrédito nas instituições independentemente de existir ou não perigo real. Paradoxalmente, parte-se de uma sociedade onde alguns vivem mais seguros que nunca e chega-se a uma sociedade desesperançosa, insegura e medrosa. O binômio risco-segurança tornou-se, portanto, o calcanhar de Aquiles da sociedade globalizada atual”. (CABRERA, 2008, p. 1).

Por conta de uma sociedade de risco, tem-se tido, gradativamente, restringindo direitos e garantias fundamentais conquistados a duras penas desde a sua primeira dimensão a pretexto de salvaguardar interesse social rotulado como relevante. Nessa onda de risco, não tão acentuada quanto propaga os defensores do Direito Penal Máximo e a mídia, que falam a mesma língua. Diante de tal problemática tem-se que

³⁰ Para Hassemer (1993, p. 50), “o Estado investigador, com a desculpa do combate à criminalidade crescente, invade a privacidade e a alma das pessoas”.

³¹ O panoptico de Michel Foucault tratava-se de um edifício em forma de anel, no meio do qual havia um pátio com uma torre no centro. O anel se dividia em pequenas celas que dava tanto para o interior quanto para o exterior, de modo que o prisioneiro era vigiado permanentemente pelo homem que se colocava apostado na torre central, com o olhar penetrante para as celas em todos os ângulos de visão. Foucault (1987, p. 87) dizia que o panoptismo, que é uma forma de poder, não mais repousa no inquérito e, sim, no “exame”, na “vigilância”. Enquanto no inquérito se procurava *saber*, reconstruir o que havia ocorrido, no panoptico, tratava-se de algo, ou antes, de alguém que se deve vigiar permanentemente e sem interrupção sob o poder de alguém (mestre de escola, chefe de oficina, médico, psiquiatra, diretor de prisão) e que, enquanto exerce esse poder, tem a possibilidade de vigiar e constituir sob o vigiado, coisas a seu respeito, um *saber*. O *saber* nesse sistema de vigilância, portanto, não parte de acontecimentos pretéritos e, sim, da pessoa que está sob o seu controle.

combater os riscos e, para isso, se deve servir do Direito Penal como a *prima facie*, que passou a ser denominado, *Direito Penal do Risco*.

Nessa realista visão, esse moderno Direito Penal procura ferozmente incriminar novas condutas que não deveriam ser rotuladas como crime, valorizando o crime de perigo abstrato – que se afigura abominável sua adoção no Direito Penal, devendo ficar adstrito a outro ramo do Direito, a exemplo do Direito Administrativo Sancionador, é o que ocorre com a adoção da “Lei Seca”, que passou a admitir o crime previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro como de perigo abstrato³² – legitimando-o.

Sem maiores delongas é hora de trazer à colação a característica tridimensional do Direito Penal do risco na doutrinação de Silva (2008, p. 1), *verbis*:

Acolhida de novos candidatos no âmbito dos bens jurídicos (tais como meio ambiente, saúde pública, mercado de capital, processamento de dados, tributos), o adiantamento das barreiras entre o comportamento punível e o não punível, e, em terceiro lugar, a redução das exigências para a reprovabilidade. Em relação a isso, Hassemer tem ressaltado ainda o fato de que este moderno Direito Penal se apresenta na forma de crimes de perigo abstrato, que exigem somente a prova de uma conduta perigosa, renunciando a todos os pressupostos clássicos de punição, e, com isso, naturalmente, também reduzem as res-

³² Na qualidade de promotor de justiça garantista, tem-se pedido o arquivamento de inquérito policial com tipificação no art. 306 do CTB, dada pela Lei 11.705/2008, quando demonstrado não haver nenhum tipo de perigo concreto ou risco de perigo a uma pessoa ou à segurança viária, pois o art. 165 do CTB, que prevê sanções administrativas e admite o crime de perigo abstrato - suspensão da carteira de habilitação por 01 (um) ano, pagamento de multa no valor de quase mil reais e apreensão do veículo que gera custo para a sua devolução - são suficientes para atender ao princípio da proporcionalidade. A adoção do Direito Penal ofende o princípio da lesividade e da intervenção mínima do Direito Penal, que deverá agir como a *ultima ratio*. Certo que, demonstrado o perigo concreto de risco à segurança viária (ex: dirigir em zig-zag, subir a calçada etc.) ou demonstrada uma lesão a um bem distinto da segurança viária (ex: atropelar uma pessoa) o Direito Penal deve agir dentro do devido processo legal, visando a punição proporcional à culpabilidade do condutor alcoolizado.

pectivas possibilidades de defesa e, além disso, no campo da moderna política criminal, como a criminalidade organizada, o meio ambiente, a corrupção, o tráfico de drogas ou a criminalidade econômica, encontram-se cada vez mais novos tipos penais e agravamentos de pena.

Em outras palavras: Este Direito Penal do risco se caracteriza, em primeiro lugar, principalmente pelo fato de que o comportamento que vai ser tipificado *não se considera previamente como socialmente inadequado, ao contrário, se criminaliza para que seja considerado como socialmente desvalorado*. Assim, enquanto no Direito Penal clássico as condutas não eram criminalizadas *mala per se*, mas eram criminalizadas porque se apresentavam como socialmente inadequadas, no Direito Penal do risco, ao contrário, proíbem-se condutas para que com isso elas se tornem socialmente inadequadas. Isso decorre do fato de que o Estado, de garantidor da segurança jurídica, torna-se garantidor da segurança dos bens jurídicos. Em segundo lugar, a motivação ética desta nova criminalização raras vezes tem a ver com comportamentos violentos, mas sim com comportamentos cujas conseqüências transcendem à criminalidade clássica violenta e cuja “perigosidade”, aliás, não é algo evidente. Nesse sentido, o princípio da proteção dos bens jurídicos transforma-se de uma “estrita proibição de punição em um mandato de punição, de um critério negativo em um critério positivo de autêntica criminalização”. Daí afirmar Prittwitz que o Direito Penal do risco é moderno também em relação ao modo como ele é compreendido e legitimado. Todavia, na medida em que à idéia de risco surge como pressuposto a de decisão resulta que a imagem do homem que o Direito Penal do risco toma por base – expressada teoricamente segundo a ótica sociológica do risco – é a do “sujeito racional que decide”.

Infere-se que por essa filosofia enganadora é que se chegou à edição da Lei 11.900, de 08.01.2009, que passou a admitir a possibilidade do interrogatório *on line*, intitulada “Lei da Videoconferência”, basta verificar que um dos motivos para tanto reside na prevenção de risco à segurança pública e à gravíssima questão de ordem pública.

Todavia, antes da edição dessa novel legislação, a redação do §1º do art. 185 da Lei Instrumental Penal dada pela Lei 10. 792/2003³³ disciplinava que o interrogatório do acusado preso seria realizado no estabelecimento prisional em que se encontrar, denotando sentido de obrigatoriedade. Curioso é que essa redação condicionava a prática do ato à “segurança” do juiz, de seus auxiliares e do defensor público, com a devida publicidade, não prevendo a “segurança” do membro do Ministério Público que, além de ser o titular da ação penal, a sua presença se faz indispensável.

Ademais, esse dispositivo, quando de sua vigência, tornou-se inócuo a partir da edição da Lei 11.719/2008, por dois motivos: 1º - o §1º do art. 399 do Código de Processo Penal determina que o acusado preso seja requisitado para comparecer ao interrogatório, devendo o poder público providenciar a sua apresentação, dessumindo-se ser defeso, até então, o interrogatório *on line*³⁴ e 2º - o art. 400 do mesmo Estatuto passou a conceber a realização da audiência concentrada. Portanto, impossível intimar as testemunhas para que comparecessem ao estabelecimento prisional a fim de participar da audiência una, mormente por serem inquiridas antes do interrogatório.

Essa esdrúxula redação foi retificada pela atual redação dada pela Lei 11.900/2009, que incluiu no rol da “segurança” o membro do Ministério Público, não fazendo alteração substancial, apenas gramatical. De outra parte, o seu §2º previu a possibilidade do interrogatório por meio de videoconferência mediante requisitos dispostos em seus

³³ §1º do art. 185 do CPP (revogado) – O interrogatório do acusado preso será feito no estabelecimento prisional em que se encontrar, em sala própria, desde que estejam garantidas a segurança do juiz e auxiliares, a presença do defensor e a publicidade do ato. Inexistindo a segurança, o interrogatório será feito nos termos do Código de Processo Penal.

³⁴ Oliveira (2008, p. 345), comentando o disposto no §1º do art. 185 dada pela Lei 11.719/2008, admite a possibilidade do interrogatório por videoconferência na hipótese e consenso entre acusação, defesa e magistrado, pois, em tese, não haveria prejuízo para o réu.

incisos, porém o princípio da publicidade continua fragilizado, visto que no estabelecimento prisional o acesso, por razões óbvias, se faz restringido, não tendo o método eletrônico a abrangência compatível com tal princípio constitucional.

Importante ressaltar que antes da edição da Lei 11.900/2009, Luz Flávio Gomes, então Juiz de Direito da comarca de Campinas-SP, no ano de 1996, realizou o primeiro interrogatório por videoconferência³⁵, sendo acirradamente criticado por grande parte da comunidade jurídica. A questão chegou às barras do Supremo Tribunal Federal, alterando a sua jurisprudência ao conceder *habeas corpus* (HC n. 88.914-0SP, j. 14.08.07)³⁶ entendendo que o interrogatório judicial por videoconferência violava o devido processo legal por falta de previsão legal, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana, posto que o réu não poderá exercer a autodefesa e, por corolário, uma defesa ampla³⁷.

A doutrina dominante – antes da edição da Lei 11.900/09 - era no sentido de sua não adoção no ordenamento jurídico. Para Rangel (2007, p. 475), há vedação do princípio do juiz natural em toda a sua plenitude, notadamente a entrevista pessoal, violação da ampla defesa e do contraditório e impedimento do princípio da publicidade dos atos

³⁵ Há mais de uma década a legislação italiana admite a realização do interrogatório *on line*, especialmente para o combate à máfia.

³⁶ EMENTA: “AÇÃO PENAL. Ato processual. Interrogatório. Realização mediante videoconferência. Inadmissibilidade. Forma singular não prevista no ordenamento jurídico. Ofensa às cláusulas do justo processo lei (*due processo of law*). Limitação ao exercício da ampla defesa, compreendia a autodefesa e a defesa técnica. Insulto às regras ordinárias do local de realização dos atos processuais penais e às garantias constitucionais da igualdade e da publicidade. Falta, ademais, a citação do réu preso, apenas instado a comparecer à sala da cadeia pública, no dia do interrogatório. Forma do ato determinada sem motivação alguma. Nulidade processual caracterizada. HC concedido para renovação do processo desde o interrogatório, inclusive. Inteligência dos arts. 5º, LIV, LV, LVII, XXXVII e LIII, da CF, e 972, caput e §2º, 403, 2ª parte, 185, caput e §2º, 192, § único, 188, todos do CPP. Enquanto modalidade de ato processual não prevista no ordenamento jurídico vigente, é absolutamente nulo o interrogatório penal realizado mediante videoconferência, sobretudo quando tal forma é determinada sem motivação alguma, nem citação do réu”.

³⁷ Havia Estados da Federação que previa o interrogatório *on line* (Lei 11.819/05-SP e Lei 4554/05-RJ), julgados inconstitucionais. A lei paulista foi declarada inconstitucional por tais motivos: competência privativa da união (vício formal) e dois ministros votaram também pela presença de vício material. (HC n. 90900. j. 30.10.08).

processuais, sendo um discurso do Direito Penal do Autor³⁸. Lopes Jr. (2008, p. 593-595) assevera que esse procedimento de interrogatório contribui para uma absurda desumanização do processo penal, especialmente pelo nível de indiferença entre um modelo e outro, dada à distância física, tratando-se de uma fase do movimento pela assepsia judiciária.

Oliveira (2008, p. 345), discorrendo sobre a revogação do §1º do art. 185 em face do §1º do art. 399 do Código de Processo Penal, dada pela Lei 11.719/2008, sustenta que o contato físico entre o juiz e o acusado traduz na mais completa realização do exercício do direito de ser ouvido pelo juiz da causa, em consonância com o princípio da ampla defesa. Todavia, de forma hipotética e excepcional, não descarta tal possibilidade, se presente o consenso entre acusação, defesa e magistrado, pois haveria de ser reconhecido, em tese, a ausência de qualquer prejuízo ao réu. No mesmo sentido o Superior Tribunal de Justiça³⁹.

A polêmica, pelo menos quanto à falta de previsão legal não mais persiste. É que a Lei 11.900, de 08 de janeiro de 2009, alterou o disposto no art. 185, prevendo o interrogatório por videoconferência, *litteram*:

Art. 185. omisses

§ 1º O interrogatório do réu preso será realizado, em sala própria, no estabelecimento em que estiver recolhido, desde que estejam garantidas a

³⁸ O Direito Penal de autor, em síntese apertada, parte do pressuposto de que a aplicação da sanção radica da personalidade do agente (periculosidade) e não dos fatos em si. Nessa concepção, aduz Brunoni (2007, p. 1) que o Direito Penal não castiga o ato, que em si mesmo não expressa valor significativo que merece, mas sim a atitude interna jurídica corrompida do agente. Aduz, ainda, trazendo à baila a lição de Zaffaroni, que “o ato é apenas uma lente que permite ver alguma coisa daquilo onde verdadeiramente estaria o desvalor e que se encontra em uma característica do autor”.

³⁹ STJ: “*Habeas Corpus*. Roubo tentado. Interrogatório por videoconferência. Nulidade. Não ocorrência. Ordem denegada. 1. A estipulação do sistema de videoconferência para interrogatório do réu não ofende as garantias constitucionais do réu, o qual, na hipótese, conta com o auxílio de dois defensores, um na sala de audiência e outro no presídio. 2. A declaração de nulidade, na presente hipótese, depende de demonstração do efetivo prejuízo, o qual não restou evidenciado. 3. Ordem denegada”. (STJ, 5ª Turma, HC 76046/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 10.05.07).

segurança do juiz, do membro do Ministério Público e dos auxiliares bem como a presença do defensor e a publicidade do ato.

§ 2º Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades:

I - prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento;

II - viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal;

III - impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código;

IV - responder à gravíssima questão de ordem pública.

§ 3º Da decisão que determinar a realização de interrogatório por videoconferência, as partes serão intimadas com 10 (dez) dias de antecedência.

§ 4º Antes do interrogatório por videoconferência, o preso poderá acompanhar, pelo mesmo sistema tecnológico, a realização de todos os atos da audiência única de instrução e julgamento de que tratam os arts. 400, 411 e 531 deste Código.

§ 5º Em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso.

§ 6º A sala reservada no estabelecimento prisional para a realização de atos processuais por sistema de videoconferência será fiscalizada pelos corregedores e pelo juiz de cada causa, como também pelo Ministério Público e pela Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 7º Será requisitada a apresentação do réu preso em juízo nas hipóteses em que o interrogatório não se realizar na forma prevista nos §§ 1º e 2º deste artigo.

§ 8º Aplica-se o disposto nos §§ 2º, 3º, 4º e 5º deste artigo, no que couber, à realização de outros atos processuais que dependam da participação de pessoa que esteja presa, como acaresação, reconhecimento de pessoas e coisas, e inquirição de testemunha ou tomada de declarações do ofendido.

§ 9º Na hipótese do § 8º deste artigo, fica garantido o acompanhamento do ato processual pelo acusado e seu defensor”.

A favor dessa tecnologia no interrogatório vê-se do posicionamento de Bedê Júnior e Senna (2009, p. 199-203) para quem é ultrapassado o romântico entendimento de que o juiz deve ter contato com o réu e não por uma tela fria de computador, precipuamente numa sociedade pós-industrial e em um mundo globalizado. Acrescentam que não vislumbram inconstitucionalidade material, tanto pela inexistência de violação do princípio da ampla defesa, quanto da dignidade da pessoa humana, além da economicidade por ser desnecessário transportar o peso. Concluem que o ato procura buscar maior modernidade da justiça criminal, sendo aplicado excepcionalmente.

Na mesma direção extrai-se do posicionamento de Ávila (2009, p. 4), ao pontuar que o método permitirá a realização do interrogatório com mais segurança, permitindo a maximização dos direitos fundamentais ao respeitar o princípio do juiz natural nas hipóteses de réu ou testemunha que estejam em outra comarca e cuja oitiva, no modelo antigo, seria realizada por carta precatória e agora poderá ser feita diretamente pelo juiz natural por videoconferência. Aduz que não há que falar-se

em violação do princípio da ampla defesa, pois o processo tecnológico permite satisfatoriamente o diálogo com o juiz, “não sendo razoável que o sistema judicial se feche às novas tecnologias em nome de um hipergarantismo inócuo”⁴⁰.

A Ministra do Supremo Tribunal Federal, Ellen Graice, ao proferir voto no HC 91859, antes da vigência da lei em comento, entendeu que:

Além de não haver diminuição da possibilidade de se verificarem as características relativas à personalidade, condição sócio-econômica, estado psíquico do acusado, entre outros, por meio de vídeo-conferência, é certo que há muito a jurisprudência admite o interrogatório por carta precatória, rogatória ou de ordem, o que reflete a idéia de ausência de obrigatoriedade de contato físico direto entre o juiz da causa e o acusado, para realização do seu interrogatório”.

Verifica-se que, antes do advento da Lei 11.900/2009, não havia unanimidade quanto tal possibilidade no âmbito da Corte Suprema, restando, agora, caso seja promovida ação direta de inconstitucionalidade, uma decisão definitiva quanto ao tema.

Em sentido contrário, vislumbra-se que os posicionamentos de Paulo Rangel e Aury Lopes Jr. acima expostos, mesmo antes da vigência dessa lei, não se modificaram, até por que Rangel (2007,

⁴⁰ Ávila (2009, p. 3) argumenta, ainda, que a Convenção Americana dos Direitos Humanos, art. 75, estabelece que o réu deva ser conduzido à presença de um juiz, não estabelece a necessidade de ser na presença física. Pensa-se ao contrário: o disposto fala em *conduzir*, que significa levar, à presença de um juiz, que significa *presença física*, visto que referida Convenção, conhecida por Pacto de São José da Costa Rica, assinada em 1969, sequer imaginava a possibilidade de adoção dessa nova tecnologia de interrogar. Portanto, a *presença* a que se refere esse pacto é, iniludivelmente, a *presença física*. Gomes (2009, p. 1), embora seja a favor do interrogatório por videoconferência, concorda que a Convenção se refere à presença física, pois “o contato pessoal, naquela época (análoga) só podia ser físico. Hoje tais dispositivos devem ser interpretados progressivamente (ou seja: digitalmente, não analogicamente)”.

p. 473), ao rechaçar o argumento da economia de gasto, coloca com muita propriedade que:

Economia para os cofres públicos, portanto, não é interrogatório *on line* à custa da dignidade da pessoa humana e dos princípios constitucionais do acusado. Não podemos confundir inoperância técnica com gasto público, ou seja, se um determinado preso é levado ao Fórum por 200 policiais, altamente treinados, e, principalmente, motivados podem fazer o transporte do preso sem risco a quem quer seja.

Lopes Jr. (2008, p. 593), rechaçando o fundamento do alto custo para o transporte do preso, pontua que a redução do custo é fruto de uma prevalência da ideologia economicista, onde o Estado vai se afastando de suas funções a ponto de sequer o magistrado estar na audiência, e acrescenta que:

O que estão fazendo é retirar a garantia da jurisdição, a garantia de ter *um juiz* contribuindo ainda mais para que eles assumam uma postura burocrática e de assepsia da jurisdição. Matam o caráter antropológico do próprio ritual judiciário, assegurando que o juiz sequer olhe para o réu, sequer sinta o cheiro daquele que ele vai julgar.

Moreira (2009, p. 1), com precisão, pontua que sendo o interrogatório essencialmente meio de defesa, todas as precauções devem ser observadas quando de sua realização o que não ocorre no interrogatório pelo sistema de videoconferência.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso Peluzo, ao relatar o HC 88914, asseverou que: “a adoção da videoconferência leva à perda de substância do próprio fundamento do processo penal”. Acrescentou, com muita propriedade, que em razão de economia ou de instrumentalidade não poderá haver tratamento diferenciado no interrogatório entre réu preso e solto, pois violado estará o princípio da igualdade:

Se o acusado, que responde ao processo em liberdade, comparece perante o juiz para ser interrogado, a *fortiori* deve comparecer o réu que se ache preso sob guarda e responsabilidade do Estado e, como tal, despido de liberdade de locomoção. Está nisso, aliás, a origem do *habaes corpus*, palavras iniciais de fórmula de mandado que significam tome o corpo (do detido para submetê-lo, com o caso, ao tribunal) (23): no reconhecimento da necessidade de apresentação do réu preso ao juiz que o julgará.

Tem-se o seguinte posicionamento: Entende-se que a adoção do interrogatório *on line*, a pretexto de reduzir custos, de tornar mais eficaz a instrumentalidade processual e salvaguardar interesse social relevante, viola os princípios da ampla defesa, da publicidade, da igualdade e, sobretudo, o da dignidade da pessoa humana.

Ora, é um absurdo admitir que o acusado, através de uma tela, no âmbito de um presídio que dispensa comentários, terá a mesma liberdade de se expressar no desiderato de promover a sua autodefesa – direitos de audiência e de presença ou participação⁴¹ – quando na presença física de um juiz, em um ambiente mais sadio, seguro e livre de pressões. Não resta dúvida de que a livre manifestação encontra-se cerceada, por exemplo, de fazer denúncia por maus-tratos; relatar fatos em sua defesa, notadamente quando compromete a participação de outros agentes que se encontram presos no mesmo local; relatar fatos direcionados à sua segurança pessoal etc., lembrando que a velocidade de informação tecnológica anda no mesmo ritmo que a cadeia de informação montada pelos próprios presos.

⁴¹ Balutta (1997, p. 449) adscrive que: “de maiores garantias ao seu direito-dever de comparecência pessoal, como elemento constitutivo de direito de defesa, com a fundamentação do direito de presença, dando ao arguido a mais ampla possibilidade de tomar posição, a todo o momento, sobre o material que possa ser feito valer processualmente contra si, ao mesmo tempo em que lhe garante uma relação de imediação com o juiz e com as provas”.

A defesa técnica, de igual parte, estará comprometida se o defensor não se encontrar ao lado do réu, pois como aplicar o direito de entrevista reservada assegurado no §2º do art. 185 do Código de Processo Penal, antes do início da audiência? Será que esse direito estará “assegurado” virtualmente? Se o defensor estiver no estabelecimento prisional ao lado do réu, como manuseará os autos? Dos questionamentos, presente um triplo cerceamento.

No que tange ao princípio da publicidade, a restrição é evidente, pois se tratando de ato público, qualquer pessoa que queira estar presente na audiência concentrada, no estabelecimento prisional, certamente não terá acesso livre. Imagine-se se tratar de um grupo de pessoas. A justificativa de que ninguém irá desejar assistir ao ato nesse local não sobrepõe à publicidade do ato. Na verdade o interrogatório por videoconferência fica adstrito aos personagens do processo, longe do público, que tem todo o direito de assisti-lo.

O princípio da igualdade também se acha violado, na medida em que o réu solto tem o direito de ser interrogado na presença do juiz e o réu preso não gozará desse direito, pois cerceada a sua liberdade de locomoção pelo Estado, independentemente de se tratar de um procedimento excepcional.

Por fim, o princípio da dignidade da pessoa humana. Ora, é puro romance admitir que o juiz que ao interrogar o réu por meio eletrônico terá o mesmo sentimento de causa em relação àquele que interrogar pessoalmente, pois nesse específico ato processual a tecnologia não poderá superar o ser humano, o seu estado de pessoa. A presença física (não virtual), dessarte, é de fundamental importância, oportunidade única para que o magistrado sinta de perto toda a sensação humana de quem irá julgar: seu comportamento, suas reações plasmadas na forma de responder aos questionamentos, a sensação de segurança e insegurança de exercer a autodefesa, sentimento natural de estar vendo o seu semelhante, ouvir a sua voz presente, por exemplo.

Para Lopes Jr. (2008, p. 593), a distância da virtualidade contribui decisivamente para a desumanização do processo penal, na medida em que a distância virtual eleva os índices de indiferença entre os atores do ritual judiciário, portanto torna-se muito mais fácil produzir sofrimento.

mento sem culpa quando se está numa dimensão virtual. Na mesma linha de posição, vê-se da manifestação de Dotti⁴² (apud MOREIRA, 2009, p. 8), para quem:

A tecnologia não poderá substituir o cérebro pelo computador e muito menos o pensamento pela digitação. É necessário usar a reflexão como contraponto da massificação. É preciso ler os lábios, as palavras que estão sendo ditas; ver a alma do acusado através de seus olhos; descobrir a face humana que se escondera por trás da máscara do delinqüente. É preciso, enfim, a aproximação física entre o Senhor da justiça e o homem do crime, num gesto de alegoria que imita o toque dos dedos, o afresco pintado pelo gênio de Michelangelo na Capela Sistina é representativo da criação de Adão.

Nesse compasso, não se pode aceitar que o sentimento humano seja substituído por equipamentos eletrônicos, pena de um futuro muito próximo o próprio magistrado ser substituído por um robô, ainda com a falsa justificativa de salvar a segurança da sociedade, corroborada, agora, com a justificativa de que se vive na era digital.

Quanto ao fato do transporte culminar em elevado custo, afigura-se que o gasto público não é tão elevado quanto propagado, tornando-se barato em relação à clara diferença de tratamento entre as duas formas de interrogar. Portanto concorda-se integralmente com os fundamentos de Aury Jr. e Paulo Rangel já expostos.

Outrossim, a possibilidade de o réu ser interrogado por carta precatória é questão pacífica na doutrina e na jurisprudência, porém não serve como uma justificativa para a inserção do interrogatório *on line*, tendo em vista que aquele método é mais uma oportunidade dada ao réu, uma forma de escolha, podendo dirigir-se ao fórum de jurisdição do magistrado natural e por ele ser ouvido. Na forma eletrônica de

⁴² René Ariel Dotti, em artigo intitulado, “O interrogatório à distância”. **Revista Consulex**, Brasília, n. 29, p. 23.

interrogar essa faculdade não existe, pois é obrigado a permanecer no estabelecimento prisional, tendo cerceada a liberdade de locomoção e ser interrogado pelo juiz natural presente fisicamente.

O interrogatório por videoconferência trata-se efetivamente de uma faceta do Direito Penal do Autor e, fazendo parte do sistema penal seletivo, o que irá acontecer é que apenas os menos favorecidos economicamente serão submetidos a esse degradante tratamento tecnológico, diferentemente do criminoso do colarinho branco, que para o sistema não apresenta perigo à sociedade, quando, na verdade, é um agente de alta periculosidade, nocivo à sociedade.

Importante registrar que não comungar com esse método tecnológico de interrogar não significa que os defensores, com os quais se filia, sejam hipergarantistas, como já se tem ouvido e lido, ou contra a tecnologia no sistema judiciário. Não é isso. A tecnologia é muito bem vinda para dar eficiência e celeridade aos procedimentos, porém no interrogatório, pelas razões expendidas, não deve ser adotada. Ademais, trata-se de defensores garantistas que combatem o poder ilimitado do Estado na cultura de punir através do Direito Penal e que em nome da ineficiência do Estado a consequência é a restrição a direitos fundamentais, e por conta da falsa ideologia do sistema penal, o povo aplaude todas as suas investidas contra tais direitos, acreditando que a solução dos problemas ligados à criminalidade está exclusivamente no Direito Penal através de quem manipula as leis, legitimando o sistema.

Sintetiza-se asseverando que a adoção da tecnologia em determinados atos processuais é importante, mas especificamente no interrogatório leva à desumanização do sistema penal, o qual já é desumanizado por excelência. A humanização deve ser considerada um valor de fundamental importância, ao tempo em que a tecnologia e a velocidade de seu tempo assim não podem ser considerados. A presença física faz do agente um sujeito de direitos e a “presença” virtual um mero objeto do processo.

Verifica-se que em um simples juízo de ponderação concernentes a todos os direitos e garantias constitucionais envolvidos de um lado e de outro o sabatinado interesse público relevante e/ou segurança pública, o primeiro deve prevalecer no caso concreto, pois atende ao princípio mor da Carta Cidadã, o da dignidade da pessoa humana. Isso não é falácia, não é virtual, pelo contrário, é real, é digno.

Nessa senda, os direitos fundamentais devem sobrepor à tecnologia quando cerceado o direito de exercê-los. Houve involução do ponto de vista jurídico e, sobretudo, humano.

4 CONCLUSÃO

Fez-se uma incursão sobre a evolução do interrogatório, registrando a história que no período da inquisição a confissão era a rainha da prova, obtida mediante vários métodos de tortura, sem que o acusado gozasse de qualquer garantia. No período das luzes (Iluminismo) essa degradante forma que levava à auto-incriminação foi combatida, porém infelizmente no Brasil não foi erradicada, pois continua a ser praticada nos estabelecimentos prisionais em total descompasso com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, Convenções e Pactos internacionais em que o Brasil é signatário, bem como com vários direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

O acusado veio a gozar de garantias após as reformas do Código de Processo Penal de 1941, através de modificações e inserções de vários dispositivos no desiderato de adequar-se ao novo regime de governo, o denominado Estado Democrático de Direito consagrado pela Constituição Federal de 1988, dentre eles destacam-se, o direito ao silêncio, à autodefesa, à assistência de defesa técnica com entrevista antecipada à prática do interrogatório e, durante o referido ato, e o direito a formular perguntas.

De outra parte, por conta de se viver em uma sociedade de risco, o Estado, a pretexto de salvaguardar interesse público relevante, realiza um juízo de ponderação unilateral, de forma que os direitos individuais são restringidos. E, por conta dessa sociedade de risco, marcada pelo período pós-industrial, a tecnologia chegou ao mundo jurídico.

O emprego da tecnologia no sistema judiciário é de fundamental importância a fim de instrumentalizá-lo, dando-lhe celeridade e eficiência, porém não é em todo e qualquer ato que deva ser implantado, a exemplo do interrogatório *on line*, pois frente a frente com o acusado poderá com mais segurança avaliar todos os momentos do ato que envolve a pessoa humana e, felizmente, o processo eletrônico não poderá substituir o cérebro do julgador.

A presença física faz do agente um sujeito de direitos e a “presença” virtual um mero objeto do processo. Destarte, assevera-se que a adoção dessa tecnologia no ato de interrogar agride mortalmente os princípios da ampla defesa, da publicidade e da igualdade, conseqüências do princípio da dignidade da pessoa humana, levando a aprofundar a desumanização do sistema penal pátrio. A humanização deve ser considerada um valor de fundamental importância, ao tempo em que o avanço tecnológico e a velocidade de seu tempo assim não podem ser considerados.

Através de um juízo de ponderação concernente a todos os direitos e garantias constitucionais envolvidos de um lado e de outro o sabatinado interesse público relevante e/ou segurança pública numa sociedade de risco, verifica-se que o primeiro deva prevalecer, pois atende ao princípio maior da Carta Cidadã, o da dignidade da pessoa humana.

Enfim, os direitos fundamentais devem sobrepor à tecnologia quando cerceado o direito de exercê-los.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Lei nº. 11.900/2009**: a videoconferência no processo penal brasileiro. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br>>. Acesso em: 6 mar. 2009.

BALUTTA, José Jairon. **Um novo instituto no processo penal ao lado da revelia**. Doutrina. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 1997. v.3.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as conseqüências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BELO, Warley. **A tortura no interrogatório extraprofissional**: Até quando. Disponível em: <<http://www.adminstradores.com.br>>. Acesso em: 14 mar. 2009.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Lucia Guidicine e Alessandro Berti Contessa. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal.** Entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRONONI, Nivaldo. **Ilegitimidade do direito penal de autor à luz do princípio da não culpabilidade.** Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br>>. Acesso em: 23 mar. 2009.

CABRERA, Miclelle Girona. **O direito penal do risco.** Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 21 mar. 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal.** Tradução de José Antonio Cardinali. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DOTTI, René Ariel. **O interrogatório à distância:** um novo tipo de cerimônia degradante. Doutrina. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 1997. v. 3

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão. Teoria do garantismo.** Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir.** História da violência nas prisões. Tradução de Raquel Ramallete. 18. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

GOMES, Luiz Flávio. **Videoconferência:** Lei 11.900, de 08 de janeiro de 2009. Disponível em: <<http://www.ultimainstancia.uol.com.br>>. Acesso em: 25 mar. 2009.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 2.

HASSEMER, Winfried. Perspectiva de uma política criminal. In: _____. **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: FESMP, 1993. (Estudos do Ministério Público; n. 7).

LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do código de processo penal**. São Paulo: Método, 2008.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A nova lei do interrogatório por videoconferência**. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br>>. Acesso em: 25 mar. 2009.

NUCCI, Guilherme Sousa. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PIOSEVAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Série as Ciências Criminais no Século XXI, v. 11).

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Característica de um direito penal do risco**. Disponível em: <<http://www.jus2.com.br>>. Acesso em: 21 mar. 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1.

QUESTÕES CRIMINAIS CONTROVERTIDAS NA LEI Nº 9.099/95

*Sandro Carvalho Lobato de Carvalho**

Resumo: A Lei nº 9.099/95, na parte criminal, foi uma “revolução copérnica” no direito processual penal brasileiro. Os novos institutos previstos na lei são fortes instrumentos de despenalização de infrações de pequena e média gravidade. Entretanto, a parte criminal da Lei nº 9.099/95 ainda suscita dúvidas em sua aplicação. Doutrina e jurisprudência divergem em vários pontos. No texto, algumas das controvérsias ainda existentes.

Palavras-chave: Lei nº 9.099/95. Controvérsias. Doutrina. Jurisprudência.

Abstract: Law nº 9.099/95, on the criminal was a “Copernicus revolution” in criminal procedural law brazilian. The new institutions provided for by are strong instruments for the descriminalization of minor offenses and medium severity. However, the criminal part of Law nº 9.099/95 also raises doubts about its implementation. Doctrine and jurisprudence differ in several points. In the text, some of the controversies still existing.

Keywords: Law nº 9.099/95. Controversies. Doctrine. Jurisprudence.

* Promotor de Justiça do Estado do Maranhão.

1 INTRODUÇÃO

Passados quatorze anos da entrada em vigor da Lei nº 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais Criminais¹, muitos de seus artigos ainda levantam polêmica na doutrina e na jurisprudência.

O objetivo deste breve estudo é, sem a pretensão de esgotar o vasto tema, elencar as principais divergências doutrinária e jurisprudencial quanto a aplicação de determinados artigos da parte criminal da Lei nº 9.099/95, expressando nosso posicionamento a respeito.

2 O ART. 60, PARÁGRAFO ÚNICO (COM REDAÇÃO DETERMINADA PELA LEI Nº 11.313/06) DA LEI Nº 9.099/95 É INCONSTITUCIONAL?

Diz o novo art. 60: “O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência”.

E o parágrafo único: “Na reunião de processos, perante o juízo comum ou tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição civil dos danos civis”. (Ambos com a redação determinada pela Lei 11.313/06)

Em síntese, a norma determinou que, em havendo conexão ou continência entre infrações (crimes/contravenções) de menor potencial ofensivo e crimes comuns, devem os processos ser reunidos e o julgamento ser efetivado pelo juízo comum ou do júri, se for o caso, conforme norma do art.78 do Código de Processo Penal.

A opção legislativa foi contra a tendência doutrinária então predominante, que pregava a separação dos processos (GRINOVER et al, 2005, p.71), onde o Juizado Especial Criminal julgaria a infração de menor potencial ofensivo e o Juízo Comum julgaria as demais infrações (médio ou grande potencial ofensivo ou hediondo).

¹ Além dos Juizados Especiais Cíveis que não são objeto de estudo deste artigo.

Aqui, faremos um pequeno parêntese: a polémica instaurada com a edição da Lei nº 10.259/2001, em relação ao conceito de infração de menor potencial ofensivo, chegou ao fim com a modificação do art. 61 da Lei nº 9.099/95, promovida pela Lei nº 11.313/06. Agora é definitivo: infrações de menor potencial ofensivo são aqueles com pena máxima não superior a 02 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

Fechado o parêntese, o novo artigo 60, em seu parágrafo único, além de estabelecer a regra de reunião dos processos, determina que, reunidos os processos, o juízo comum ou o tribunal do júri aplique a composição civil dos danos e/ou a transação penal ao crime de menor potencial ofensivo. Ou seja, a reunião dos processos não impede a aplicação destes dois institutos despenalizadores.

Assim, por exemplo, tendo o agente praticado o crime de porte ilegal de arma de fogo e o de lesão corporal leve, sendo os crimes conexos, haverá reunião dos processos e o julgamento da lesão corporal leve será efetivado pelo juízo comum e não pelo juizado especial criminal. No julgamento no juízo comum, o juiz aplicará, se cabível, a composição civil dos danos e/ou a transação penal em relação ao crime de lesão corporal leve enquanto o crime de porte ilegal de arma de fogo terá o trâmite normal.

Em suma, retirou-se a competência dos juzados criminais e permitiu-se ao juízo comum e ao Tribunal do Júri a aplicação da composição civil dos danos e da transação penal em casos de conexão/continência entre infrações de menor potencial ofensivo e crimes comuns (médio/grande potencial ofensivo e hediondos).

E aqui reside a polémica: poderia lei infraconstitucional retirar a competência constitucionalmente prevista dos juzados especiais criminais para julgar infrações de menor potencial ofensivo (art.98, I, da Constituição Federal)?

Para parte da doutrina, não. A alteração promovida pela Lei nº. 11.313/06 no art.61, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95 é inconstitucional.

Adepto à tese da inconstitucionalidade, Moreira (2007, p. 24-31) entende que a competência dos Juzados Especiais Criminais é de índole constitucional, sendo *ratione materiae* e, como tal, de caráter absoluto, assim, afirma:

se a própria Constituição estabeleceu a competência dos Juizados Especiais Criminais para o julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo, é indubitoso, ainda que estejamos à frente de uma conexão ou continência, não ser possível o simultaneus processus com a aplicação da regra contida no art.78 do Código de Processo Penal [...] Destarte, subtraindo a competência dos Juizados Especiais Criminais, a referida lei [nº 11.313/06] incidiu em flagrante inconstitucionalidade, pois a competência determinada expressamente pela Constituição Federal não poderia ter sido reduzida por lei infraconstitucional (inconstitucionalidade formal).

Comungando da mesma opinião, Nucci (2006, p. 367), leciona:

Inconstitucionalidade do dispositivo: se uma infração de menor potencial ofensivo ocorrer em cenário de conexão ou continência com outro delito qualquer, em face da sua competência constitucionalmente fixada (art.98, I, CF), deve ser encaminhada ao JECRIM. Permanecerá no juízo original, seja ele qual for, a outra infração penal. Deve haver separação dos processos. É o que ocorre, por exemplo, no caso de infração militar conexa com infração comum. Não pode a lei ordinária alterar o disposto na Constituição Federal. Parece-nos inaplicável o disposto no parágrafo único do art.60.

Por outro lado, antes mesmo da modificação introduzida pela Lei nº 11.313/06, doutrinadores como JESUS (1996, p. 41) já afirmavam que, havendo conexão ou continência entre uma infração de menor potencial ofensivo e outro delito qualquer, prevaleceria a competência do Juízo Comum, ao qual caberia o julgamento das duas infrações penais.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (anterior à citada modificação) era neste último sentido, ou seja, em casos de conexão ou continência a infração de menor potencial ofensivo seria julgada juntamente com o outro delito em uma Vara Criminal Comum².

Entendemos que não há qualquer inconstitucionalidade na atual redação do art. 60, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95.

O art. 98, I, da Constituição Federal determinou a criação dos Juizados Especiais Criminais, mas deixou a cargo da legislação infraconstitucional a definição dos limites da competência quanto aos delitos de menor potencial ofensivo.

Tanto que a própria Lei nº 9.099/95 prevê hipóteses em que, mesmo sendo uma infração de menor potencial ofensivo a competência para o julgamento será do Juízo Comum, tais como: complexidade do fato (art. 77, §1º), quando o autor do fato não é encontrado para ser citado (art. 66, parágrafo único), na hipótese de crime militar (art. 90-A).

Recentemente, a Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) excluiu, em seu art. 41, a incidência da Lei nº 9.099/95 em casos de violência doméstica, afastando, assim, a competência dos Juizados Especiais Criminais e dos institutos da transação e do sursis processual³.

O art. 98, I, da Constituição Federal, não estabelece, entendemos, uma garantia constitucional do foro dos juizados (aspecto meramente processual), mas sim a garantia em relação ao conteúdo de direito penal material da Lei nº 9.099/95, que permite transação penal, composição civil etc. (OLIVEIRA, 2004, p. 728).

Sob este prisma, note-se que o deslocamento do julgamento da infração de menor potencial ofensivo para o Juízo comum em nada prejudica o autor do fato, pois além de continuar tendo direito à composição civil e transação, se for o caso, tem maior amplitude de exercer o direito de defesa, em face do procedimento comum previsto no CPP.

Dessa forma, pensamos ser constitucional a modificação operada pela Lei nº 11.313/06.

² STJ, 5ª T., HC 39651/DF; STJ, 6ª T. HC 11419/PE.

³ O que também é objeto de várias críticas de parte da doutrina e da jurisprudência nacional que taxam de inconstitucional o artigo citado.

3 A PRESENÇA DO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO É OBRIGATÓRIA NA AUDIÊNCIA PRELIMINAR PREVISTA NO ART. 72 DA LEI Nº 9.099/95?

Dúvida levantada é se o membro do Ministério Público deve estar presente na audiência preliminar de tentativa de composição civil.

O artigo 72 é claro ao mencionar a presença do Ministério Público na audiência, pois a audiência preliminar compõe-se de três fases distintas: a) composição civil dos danos; b) transação penal e c) oferecimento da denúncia.

Pergunta-se, então, sendo o crime de ação penal condicionada a representação, não havendo êxito na composição civil, oferecida representação oral, como poderia haver a proposta de transação penal se o membro do Ministério Público estivesse ausente?

Não nos parece correta a lição doutrinária que entende ser obrigatória a presença do Ministério Público em audiência preliminar para composição civil dos danos somente em casos em que a vítima fosse incapaz. (PAZZAGLINI FILHO et al, 1999, p.45).

Entendemos que, mesmo quando a audiência preliminar para composição civil dos danos for conduzida por conciliador, necessária a presença do membro do Ministério Público, que atuando como fiscal da lei, fiscalizará a atuação do conciliador nos esclarecimentos dados às partes envolvidas, pugnando ao juiz de direito a correção de eventuais falhas.

Importante deixar consignado que existindo composição civil em crimes de ação penal pública condicionada ou em crimes de ação penal privada, o acordo homologado pelo magistrado na audiência preliminar acarreta a renúncia ao direito de queixa ou de representação e, em caso de representação já oferecida, a retratação da mesma, ocasionando a extinção da punibilidade do autor do fato.

Já a composição civil em crimes de ação penal pública incondicionada não impede a transação penal e nem mesmo o oferecimento de denúncia por parte do Ministério Público.

Entretanto, feita a composição civil reparando-se integralmente o dano sofrido pela vítima, deve o Ministério Público atentar para a possível incidência do art.16 do Código Penal (arrependimento pos-

terior), atenuando-se pena imposta na transação penal ou mesmo em eventual condenação. (JESUS, 1996, p.71).

4 TRANSAÇÃO PENAL: CONTROVÉRSIAS

4.1 É possível transação penal em crime de ação penal privada?

Questão que ainda suscita controvérsias é a possibilidade de haver transação penal em crimes de ação penal privada.

Diversos autores não admitem transação penal em crimes de ação penal privada (MOREIRA, 2007, p.54; MIRABETE, 2002, p. 137) sob o argumento de que a vítima não tem interesse na aplicação de uma pena ao autor do fato, mas tão somente na reparação do dano; que ao tratar de transação penal a lei fala apenas em Ministério Público; que há, na legislação penal, outros meios de a vítima não acionar criminalmente o autor do fato em juízo, bastando escoar o prazo para o oferecimento da queixa etc.

Já a ampla maioria dos doutrinadores admite a transação penal em crimes de ação penal privada. (TÁVORA et al, 2009, p. 647; TOURINHO FILHO, 2000, p. 50; GRINOVER et al, 2005, p. 171).

Aqui, estamos com a maioria, pois entendemos ser plenamente possível transação penal em crimes de ação penal privada e para isso basta a aplicação por analogia do artigo 76 da Lei nº 9.099/95.

Atualmente a vítima não tem apenas o interesse econômico – reparação de danos – mas também há o interesse pela efetiva punição penal.

Não nos parece lógico que se deixe à vítima apenas dois caminhos: fazer a composição civil dos danos ou oferecer queixa. Utilizar-se de argumentos válidos para os procedimentos criminais previstos no Código de Processo Penal e nos institutos nele previstos sobre a ação penal privada (renúncia, preempção etc.) para impedir a transação penal não parece ser correto, pois a transação penal é instituto novo no direito brasileiro, tendo aparecido somente em 1995, muitos anos depois do CPP.

A transação em ação penal privada é mais benéfica para o autor do fato que evita de se ver processado e talvez condenado, bem

como para a vítima – que não interessada nos percalços do processo penal e não tendo êxito na composição dos danos, mas interessada em uma espécie de punição ao seu agressor – pode optar por oferecer transação penal.

Por outro lado, não admitir transação penal em ação penal privada afronta o princípio da igualdade, isto porque autores de crimes de menor potencial ofensivo seriam tratados de forma desigual somente pelo fato do crime ser de ação pública ou privada.

Para compreender melhor a ofensa ao princípio da igualdade, eis um singelo exemplo: crime de injúria, nos casos de ação penal pública, caberia transação (quando o crime é mais grave, cometido contra autoridade); e quando cometido contra particular, onde a ação penal é privada e o crime menos grave, não poderia.

Outro exemplo: crime de desacato, cuja pena é de até dois anos, admite transação. Já o dano, cuja pena é de um ano, não poderia haver transação. Ou seja, o autor de um crime mais grave (no caso o desacato) pode receber uma medida despenalizadora, já o autor de um crime menos grave (dano), não. Além da desigualdade, foge à lógica!

Assim, apesar de não estar escrito na lei a possibilidade de transação penal em crimes de ação penal privada, nada impede a sua aplicação por meio da analogia, já que é norma prevalentemente penal e mais benéfica.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem reiteradas vezes admitido transação penal em crimes de iniciativa privada. Vejamos:

A Lei n. 9.099/95, desde que obedecidos os requisitos autorizadores, permite a transação e a suspensão condicional do processo, inclusive nas ações penais de iniciativa exclusivamente privada” (5.^a T., no HC n. 13.337/RJ, rel. Min. Felix Fischer, j. em 15.5.2001, DJ de 13.8.2001, p. 181).

A Terceira Seção desta Egrégia Corte firmou o entendimento no sentido de que, preenchidos os requisitos autorizadores, a Lei dos Juizados Especiais Criminais aplica-se aos crimes sujeitos a ritos especiais, inclusive aqueles apurados median-

te ação penal exclusivamente privada. Ressalte-se que tal aplicação se estende, até mesmo, aos institutos da transação penal e da suspensão do processo (5.^a T., HC n. 34.085/SP, rel. Min. Laurita Vaz, j. em 8.6.2004, DJ de 2.8.2004, p. 457).

A Lei dos Juizados Especiais incide nos crimes sujeitos a procedimentos especiais, desde que obedidos os requisitos autorizadores, permitindo a transação e a suspensão condicional do processo, inclusive nas ações penais exclusivamente privadas. (HC n. 33.929/SP, rel. Min. Gilson Dipp, j. em 19.8.2004, DJ de 20.9.2004, p. 312).

4.2 Quem pode fazer a proposta de transação penal?

Dúvida não há que a titularidade para propor a transação penal nos crimes de ação penal pública incondicionada ou condicionada é do Ministério Público, conforme dispõe o art. 76 da Lei nº 9.099/95.

Entretanto, já vimos que é possível a transação penal em crime de ação penal privada. Mas, nesse caso, quem poderia propor a transação penal, o ofendido ou o Ministério Público?

A maioria dos doutrinadores entende que a titularidade para oferecer a proposta de transação penal nos casos de crimes de ação penal privada é do ofendido, restando ao Ministério Público apenas opinar sobre a proposta (GRINOVER et al, 2005, p. 52), pois é o ofendido o titular da ação penal.

Outros, acreditam que o Ministério Público pode propor a transação mesmo nos casos de crimes de ação penal privada, pois o Estado é quem detém o monopólio de aplicação de pena e a transação nada mais é do que proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, não rejeitando a hipótese do próprio ofendido ofertar a transação. (TÁVORA et al, 2009, p. 47).

Em nossa opinião, tanto o Ministério Público quanto o ofendido podem propor a transação penal nos crimes de ação penal privada. Isso porque acreditamos que a norma do art. 76 da Lei nº 9.099/95 traduz um “poder-dever” da parte acusadora. Ou seja, desde que preenchidos os requisitos do art. 76, §2º, da Lei nº 9.099/95, deve haver proposta

de transação penal. Não há uma discricionariedade absoluta, mas sim regrada. Deve-se agir se preenchidos os requisitos legais.

Assim, o ofendido deverá propor a transação penal em ação penal privada caso os requisitos legais estejam preenchidos.

Caso o ofendido, de modo injustificado, se recuse a propor a transação, o Ministério Público deve propor a transação penal, já que é o Órgão responsável pela fiscalização da correta aplicação da lei.

Se não admitirmos o art.76 da Lei nº 9.099/95 como um “poder-dever” da parte acusadora, mas sim como mera faculdade, deixaríamos ao bel-prazer da parte acusadora oferecer ou não a transação penal mesmo nos casos de todos os requisitos legais estarem preenchidos, o que, com certeza, causaria odiosa discriminação e ofensa ao princípio da isonomia.

Por outro lado, não permitir que o Ministério Público proponha a transação penal nos casos de ação penal privada, deixando tal possibilidade somente para o ofendido, é deveras temerário. Vejamos:

Se o ofendido, de forma injustificada, não ofertar a transação penal, ainda que preenchidos os requisitos legais, e não se admitir que o Ministério Público possa fazê-lo, o que aconteceria?

O autor do fato seria processado, sem direito a uma medida despenalizadora. Isto porque a doutrina e a jurisprudência são claras em inadmitir que o magistrado faça a proposta de transação penal. (TOURINHO FILHO, 2000, p. 168).

Note-se que, quando a ação penal é pública (condicionada ou incondicionada), estando preenchidos os requisitos legais, se o Ministério Público, injustificadamente, não oferecer a proposta de transação penal, o magistrado pode invocar o art.28 do Código de Processo Penal e remeter o caso ao Procurador-Geral de Justiça (no caso de MP Estadual), que decidirá sobre o oferecimento ou não da transação⁴.

Ou seja, nos crimes de ação penal pública (em regra mais graves), há possibilidade de se questionar a decisão de não-oferecimento da transação, enquanto que no crime de ação privada (em

⁴ STJ: “eventual divergência sobre o não oferecimento da proposta de transação penal resolve-se à luz do mecanismo estabelecido pelo art.28, c/c o art.3º do CPP (encaminhar os autos ao Procurador-Geral)” (5ªT, Resp 261.570-SP, rel. Jorge Scartezzini, DJU 18.06.2001).

regra, menos graves) não, o que traduz ilogicidade da doutrina que é contra o Ministério Público em ofertar transação penal nos crimes de ação penal privada.

Há uma decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) admitindo que a proposta de transação penal nos crimes de ação penal privada seja feita pelo Ministério Público, desde que não haja oposição do ofendido (o que para nós é equivocado, pois entendemos que tanto havendo oposição injustificada quanto omissão é possível a proposta pelo MP). Vejamos a decisão:

Juizados Especiais Criminais. Competência. Crime de difamação. Ação penal de iniciativa privada. Proposta de transação. Ministério Público. Possibilidade. A teor do disposto nos artigos 519 usque 523 do Código de Processo Penal, o crime de difamação, do art.139 do Código Penal, para o qual não está previsto procedimento especial, submete-se à competência dos Juizados Especiais Criminais. Na ação penal de iniciativa privada, desde que não haja formal oposição do querelante, o Ministério Público poderá, validamente, formular proposta de transação que, uma vez aceita pelo querelado e homologada pelo juiz, é definitiva e irretratável. Recurso improvido. (6.^a T., no RHC n. 8.123/AP, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 16.4.1999, DJ de 21.6.1999, p. 202).

Dessa forma, entendemos que nos crimes de ação privada, existindo os requisitos legais, inicialmente, deve o ofendido fazer a proposta de transação penal, caso não o faça de maneira injustificada, deve o Ministério Público, na qualidade de fiscal da lei, apresentar a proposta de transação penal para manter coerência ao novo sistema consensual e despenalizador inaugurado com a Lei nº 9.099/95.

Por fim, necessário observar que caso o ofendido apresente a proposta de transação penal deve-se oportunizar ao Ministério Público,

na qualidade de fiscal da lei, se manifestar sobre a mesma, podendo, inclusive, recorrer da decisão homologatória da transação penal feita pelo ofendido se entender não preenchidos os requisitos legais ou se a pena não privativa de liberdade for contrária à lei, por exemplo.

4.3 Qual o momento para fazer a proposta de transação penal?

De acordo com as normas dos art.72, 76 e 77 da Lei nº 9.099/95, a proposta de transação deve ser feita na audiência preliminar, ou seja, antes do oferecimento da peça acusatória, seja ela denúncia ou queixa.

De opinião diversa é o jurista Távora (2009, p. 647) para quem somente depois de oferecida a queixa-crime – e antes de seu recebimento – é que poderia o Ministério Público apresentar proposta de transação penal, caso o ofendido não a tenha feito. Segundo os autores, isso evitaria que ao autor de um crime de ação penal privada seja oferecida transação penal antes de se certificar do efetivo desejo da vítima de ajuizar a ação penal privada.

Em que pese a douda opinião acima mencionada, temos que a transação deve ser proposta antes do oferecimento da peça acusatória para atender aos princípios informadores da Lei nº 9.099/95, quais sejam, celeridade e informalidade.

Não parece ter sentido ter-se que ofertar queixa-crime (peça formal) para em seguida propor uma medida despenalizadora (transação) que impedirá o início de processo-crime.

Entendemos que a preocupação dos autores é válida somente para os casos em que o ofendido não comparece à audiência preliminar, pois aí não se saberia qual a sua intenção: conciliação, arquivamento, transação ou oferecimento de queixa, sendo prudente, neste caso, deixar transcorrer o prazo decadencial ou aguardar a manifestação do ofendido.

Mas, em audiência onde presentes estão o autor do fato e o ofendido, devidamente acompanhados de advogados, não parece correta a referida preocupação dos citados juristas, já que na audiência preliminar a questão seria discutida e o ofendido poderia se pronunciar sobre o seu desejo de acionar ou não o autor do fato.

Assim, entendemos que a transação deve ser ofertada, seja pelo ofendido seja pelo Ministério Público, depois da tentativa de conciliação e antes do oferecimento da peça acusatória.

Importante ressaltar que não há impedimento de que, mesmo após ofertada a peça acusatória, haja proposta de transação penal caso não tenha havido possibilidade de realização da audiência preliminar. Ou seja, como não o momento próprio para a transação não ocorreu, na primeira oportunidade ela pode ser feita.

4.4 O ofendido pode interferir na proposta de transação penal?

No caso de ação penal pública (condicionada ou incondicionada), “o acordo sobre a aplicação imediata da pena não privativa de liberdade não poderá sofrer qualquer oposição por parte da vítima”. (GRINOVER et al, 2005, p. 165).

Quanto aos crimes de ação penal privada, negando-se injustificadamente o ofendido a apresentar a proposta de transação e passando para o Ministério Público a atribuição de fazê-lo, entendemos que não poderá mais o ofendido interferir na proposta de transação apresentada pelo Órgão Ministerial, pois agora a atribuição passou a ser exclusiva do Ministério Público.

Assim, o ofendido não pode interferir na proposta de transação feita pelo Ministério Público, o que implica dizer também que o ofendido não tem legitimidade para recorrer da decisão homologatória de transação penal realizada pelo Órgão Ministerial.

O extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo (TACRSP) decidiu: “Nos casos da Lei nº 9.099/95, não tem recurso o ofendido contra a decisão homologatória da transação penal (art.76), visto lhe falecer a pertinência subjetiva da ação, isto é, o interesse de agir. O MP e o autor do fato são os que, unicamente, nesse ponto, têm voz no capítulo”. (RJDTACRIM 41/403).

4.5 Descumprimento da transação penal: qual consequência?

Aceita a proposta de transação penal feita pelo Ministério Público ou pelo ofendido se o autor do fato cumprir, há extinção

de punibilidade. Mas, o que ocorre se o autor do fato não cumprir o acordado na transação?

Parte da doutrina (MOREIRA, 2007, p. 59) entende que uma vez homologada a transação penal, caso o autor do fato não cumpra o acordo, nada há a fazer, a não ser executar o que for possível.

O juiz Nucci (2006, p. 389) representa muito bem a doutrina majoritária. Eis sua lição:

Não cumprimento do acordo: conforme a atual redação da Lei 9.099/95 nada há a fazer, a não ser executar o que for possível. Estabelecendo-se pena de multa, uma vez que não seja paga, cabe ao Ministério Público, no âmbito do JECRIM, promover a execução, nos termos do art.164 e seguintes da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), sem qualquer possibilidade de conversão em prisão, já que foi alterada a redação do art.51 do Código Penal, de onde emanava essa possibilidade. Se o autor do fato não tiver bens, nenhuma punição sofrerá. É inviável, igualmente, a conversão de multa em pena restritiva de direitos, se tal medida não tiver ficado expressamente acordada no termo de transação. Por outro lado, o não cumprimento de qualquer das penas restritivas de direitos é ainda pior. Não há nada a fazer. A transação homologada pelo juiz fez cessar, por acordo, o trâmite do procedimento, ainda na fase preliminar. A decisão é terminativa e meramente declaratória. Transitando em julgado, não há como ser revista, para qualquer outra alternativa, como, por exemplo, permitir o oferecimento da denúncia ou queixa e prosseguimento do processo. Pior, ainda, seria encaminhar-se a solução para con-

versão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, pois esta seria uma punição severa aplicada sem o devido processo legal. Por ora, não há nada a fazer. Resta aguardar a prescrição da penalidade imposta e não cumprida.

Nesse sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

A sentença homologatória de transação penal tem natureza condenatória e gera eficácia de coisa julgada material e formal, impedindo oferecimento de denúncia contra o autor do fato, se descumprido o acordo homologado. (5ª T, HC 11111-SP, DJU 18.12.2000).

A sentença homologatória da transação penal, por ter natureza condenatória, gera a eficácia de coisa julgada formal e material, impedindo, mesmo no caso de descumprimento do acordo pelo autor do fato, a instauração da ação penal. (5ª T, Resp 172.951/SP, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j.em 27.4.1999, DJU de 31.5.1999, p.169).

Possuindo natureza condenatória – visto que impõe uma sanção, ainda que não-privativa de liberdade – a decisão homologatória da transação faz coisa julgada material, não sendo, pois, passível de ser desconstituída em face do descumprimento do acordo, porquanto a sua eficácia não se condiciona ao cumprimento da multa ou da pena restritiva de direitos. (REsp nº 172.951/SP, Rel.Min. José Arnaldo Fonseca).

Ou seja, para parte da doutrina e para o STJ, uma vez homologada a transação, se o autor do fato não cumprir não poderá ser instaurada ação penal para apurar o crime que havia sido objeto da transação, restando ao Ministério Público executar o que for possível, mas sem instaurar ação penal.

A outra parte da doutrina entende que não cumprida a transação penal, pode o Ministério Público ou o ofendido instaurar a competente ação penal.

Dessa opinião é o promotor de justiça Capez (2003, p. 29):

Descumprimento da proposta: em caso de descumprimento da pena restritiva de direitos imposta em virtude da transação penal, não cabe falar em conversão em pena privativa de liberdade, já que, se assim ocorresse, haveria ofensa ao princípio de que ninguém será privado de sua liberdade sem o devido processo legal (CF, art.5º, LIV). No lugar da conversão, deve o juiz determinar a abertura de vista ao MP para oferecimento da denúncia e instauração do processo-crime.

Também é representante dessa corrente o jurista Pazzaglini Filho (1999, p. 65) para quem:

Diversamente, se não houver o cumprimento da sanção por parte do autor da infração de menor potencial ofensivo, esse deixou de cumprir unilateralmente o acordo realizado com o Ministério Público, que poderá prosseguir na persecução penal, oferecendo denúncia.

Esse entendimento é o adotado pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Vejamos:

Transação. Juizados Especiais. Pena restritiva de direitos. Conversão. Pena privativa do exercício da liberdade. Descabimento. A transformação automática da pena restritiva de direitos decorrente de transação em privativa do exercício da liberdade discrepa da garantia constitucional do devido processo legal. Impõe-se, uma vez descumprido o termo de transação, a declaração de insubsistência deste último, retornando-se ao estado anterior,

dando-se a oportunidade ao MP de vir requerer a instauração de inquérito ou propor a ação penal, ofertando denúncia. (2ª T, HC 79.572/GO, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 22.02.02).

Habeas Corpus. Lei dos Juizados Especiais. Transação Penal. Descumprimento: denúncia. Suspensão condicional do processo. Revogação. Autorização legal. 1. Descumprida a transação penal, há de se retornar ao status quo ante a fim de possibilitar ao Ministério Público a persecução penal (Precedentes). 2. A revogação da suspensão condicional decorre de autorização legal, sendo ela passível até mesmo após o prazo final para o cumprimento das condições fixadas, desde que os motivos estejam compreendidos no intervalo temporal delimitado pelo juiz para a suspensão do processo (Precedentes). Ordem denegada. (2ª T, HC 88.785-6/SP, rel. Min. Eros Grau, j.13.06.2006). A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o descumprimento da transação penal a que alude o art. 76 da Lei nº 9.099/95 gera a submissão do processo ao seu estado anterior, oportunizando-se ao Ministério Público a propositura da ação penal e ao Juízo o recebimento da peça acusatória. (HC nº 84976/SP. Rel. Min. Carlos Britto).

Para tentar fugir da controvérsia, há entendimento de que feita a proposta pelo Ministério Público (ou ofendido) e aceita a transação pelo autor do fato, o magistrado deveria reduzir a termo a proposta e a aceitação, mas condicionar a homologação ao cumprimento, ou seja, somente depois do cumprimento integral da transação é que o juiz homologaria a transação penal. Caso não cumprida, poderia ser instaurada ação penal, pois não haveria sentença homologatória.

O Superior Tribunal de Justiça tem admitido essa última tese para aceitar a instauração de ação penal quando a homologação judicial não se efetivou, por estar condicionada ao efetivo cumprimento do

avençado no acordo entre o MP e o autor do fato. (5ª T, RHC 11.350-SP, rel. Gilson Dipp, DJU 27.08.2001; RHC 11.398-SP, rel. José Arnaldo da Fonseca, DJU 12.11.2001).

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal rejeitou essa tese. Vejamos:

Habeas Corpus – Juizado Especial – Transação Penal – Exigência do ato impugnado de que a homologação ocorra somente após o cumprimento da condição pactuada: constrangimento ilegal – Direito à homologação antes do adimplemento das condições acertadas – Possibilidade de instauração de inquérito ou de propositura da ação penal – I. Consubstancia constrangimento ilegal a exigência de que a homologação da transação penal ocorra somente depois do adimplemento das condições pactuadas pelas partes. II. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a transação penal deve ser homologada antes do cumprimento das condições objeto do acordo, ficando ressalvado, no entanto, o retorno ao status quo ante em caso de inadimplemento, dando-se oportunidade ao Ministério Público de requerer a instauração de inquérito ou a propositura de ação penal. Ordem concedida. (HC 88616 – RJ – 2ª T. – Rel. Min. Eros Grau – DJU 27.10.2006 – p. 64).

Na esteira do STF, entendemos que não cumprida a transação penal pelo autor do fato, os autos devem retornar ao Ministério Público para que o mesmo ofereça denúncia (ou ao querelante para o oferecimento da queixa), pois o acordo não foi cumprido, logo não pode produzir qualquer efeito, nem mesmo o de impedir a persecução criminal. Admitir que isso não é possível é tornar a possibilidade da impunidade reinar, já que bastaria qualquer autor de crime de menor potencial ofensivo aceitar e não cumprir a transação para que ficasse impune.

Outrossim, para evitar-se discussões jurídicas, apesar do STF admitir a possibilidade de abertura de ação penal em caso de descumprimento da transação – com o que concordamos –, acreditamos que o

melhor é sempre que se for reduzir a termo a proposta e a aceitação da transação penal consignar como última cláusula os seguintes termos: “*o não cumprimento do presente acordo implicará na sua ineficácia*”, como medida mais adequada à garantia de uma transação penal perfeita e acabada nos processos regulados pela Lei nº 9.099/95.

5 QUAL O MOMENTO PARA O OFERECIMENTO DA REPRESENTAÇÃO CRIMINAL (OU QUEIXA-CRIME) NOS CRIMES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO?

A Lei nº 9.099/95 foi editada com o objetivo de dar mais celeridade ao processo penal referente aos crimes de menor potencial ofensivo.

Pelo disposto no art.69 da referida lei, logo que a autoridade policial tomasse conhecimento da prática de um crime de menor potencial ofensivo, lavraria o termo circunstanciado de ocorrência (TCO) e imediatamente encaminharia o TCO ao Juizado Criminal juntamente com o autor do fato e a vítima para a realização da audiência preliminar prevista no art.72 da Lei nº 9.099/95.

Nesta audiência, não havendo composição civil e tratando-se de crime de ação penal pública condicionada à representação ou de crime de ação penal privada, dar-se-ia oportunidade para a vítima exercer seu direito de representação ou queixa.

Mas, a vítima não estaria obrigada a ofertar representação ou queixa-crime na audiência preliminar, podendo deixar para fazê-lo dentro do prazo legal, conforme dispõe o parágrafo único do art.75 da lei dos juizados especiais.

O prazo legal a que a lei dos juizados criminais se refere para o oferecimento da representação ou da queixa é o prazo de 06 (seis) meses contado do dia em que a vítima vier a saber quem é o autor do delito, conforme previsto no art.38 do Código de Processo Penal, aplicado subsidiariamente por força do disposto no art.92 da Lei nº 9.099/95.

Assim, pela sistemática da lei, como logo que cometido o delito, vítima e autor do fato seriam encaminhados ao juizado para a audiência preliminar e como a vítima já saberia quem é o autor do crime, seu prazo para representar ou ofertar queixa começaria daquele momento, por isso, o parágrafo único do art.75, da Lei nº 9.099/95, diz

que o não oferecimento da representação ou queixa naquele momento (audiência preliminar) não implica decadência do direito, pois o prazo passou a correr daquele dia (dia do crime e, pela lei, dia em que vítima e autor foram encaminhados ao juizado).

Se a lei fosse seguida, problema nenhum suscitaria quanto a ocasião de oferecimento da representação ou da queixa.

Acontece que essa parte do procedimento da Lei nº 9.099/95 (art.69) não é cumprida por ser totalmente utópica, já que desconsidera que em muitas cidades há apenas um delegado de polícia (quando há), apenas uma Vara Judicial, uma quantidade de audiências da Justiça Comum previamente marcada etc.

Aparentemente, a intenção do legislador da Lei nº 9.099/95 foi que cada Comarca tivesse no mínimo um juizado criminal, com seu respectivo juiz, para que o procedimento acima fosse seguido, fato que não ocorre. E mesmo nas Comarcas com juzados criminais isso é impossível, devido a quantidade de casos que tramitam e chegam todos os dias.

Logo, o encaminhamento imediato – como diz a lei – da vítima e do autor do fato ao juizado especial criminal não ocorre. E a audiência preliminar acontece, muitas vezes, muito tempo depois da data do crime de menor potencial ofensivo.

Aí resta a dúvida: o prazo para a representação ou queixa-crime começa a contar do dia em que a vítima sabe quem é o autor do delito, em regra, no dia do crime, ou somente a partir da data da realização da audiência preliminar?

Para melhor formular a pergunta, vejamos a seguinte situação:

“Tício” pratica crime de ameaça contra “Caio” no dia 02/07/2009. No mesmo dia o delegado lavra o TCO, mas devido a quantidade de serviço não encaminha o TCO ao fórum local e avisa para o autor do fato (Tício) e para a vítima (Caio) que serão intimados pela Justiça a comparecer posteriormente para a audiência preliminar.

Passado algum tempo o TCO é encaminhado ao fórum e no dia 04/02/2010 é iniciada a audiência preliminar entre “Tício” e “Caio”, ou seja, após sete meses da ocorrência do fato⁵.

⁵ Infelizmente este não é um exemplo absurdo e, ao contrário do que se pensa, é até corriqueiro nas Comarcas do Estado do Maranhão e em muitas pelo Brasil afora.

O crime é de ação penal pública condicionada, não foi obtida composição civil, não há representação nos autos. O que deve o magistrado fazer? abrir prazo de 06 (seis) meses para que a vítima represente ou declarar extinta a punibilidade pela decadência?

Apenas olhando o art.75 e seu parágrafo único, parece que a Lei nº 9.099/95 opta pela concessão de prazo de 06 (seis) meses para que “Caio” represente. Nessa hipótese, a vítima (Caio) teria um prazo para representar de 01 (um) ano: seis meses até a audiência quando já sabia quem era o autor do delito e seis meses depois da audiência preliminar.

Não nos parece ser a melhor solução. O citado art.75, parágrafo único, deve ser interpretado de acordo com a realidade jurisdicional atual e de forma sistemática com a legislação processual penal em vigor.

O art. 38 do CPP é claro ao afirmar que o prazo de 06 (seis) meses para representar ou ofertar queixa-crime é contado a partir do dia em que a vítima vier a saber a identidade do autor do crime. Essa é a regra geral, aplicável aos crimes de menor potencial ofensivo por força do art.92 da Lei nº 9.099/95 que não tem disposição em contrário.

A norma do art.75, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95 tem aplicação quando o autor do fato e a vítima são imediatamente encaminhadas ao juizado especial criminal, pois esse dia coincide com o dia em que a vítima soube quem é o autor do delito, passando a partir daí a contar seu prazo de seis meses, na forma do art.38 do CPP.

Quando não for o caso de encaminhar vítima e autor do fato imediatamente ao juizado especial, deve o delegado de polícia tomar por termo a representação da vítima e informar, no caso de ação penal privada, o prazo para que o ofendido ingresse com a queixa-crime em juízo.

Isso é a atitude prudente, pois o próprio CPP é claro em dizer que o inquérito policial, nos casos de crimes de ação penal condicionada e de ação penal privada, só pode ser instaurado mediante representação ou requerimento do ofendido (art.5º, §§4º e 5º). Ora, se crimes mais graves – já que apurados mediante inquérito policial – o delegado de polícia só age quando provocado por representação (ação pública condicionada) ou requerimento (ação penal privada) por que não admitir a mesma conduta em crimes que a própria lei considera de menor potencial ofensivo e que, em regra, recebem uma medida despenalizadora? (Em sentido contrário: JESUS, 1996, p. 52).

Note-se que prejuízo algum existirá. Se houver representação na delegacia de polícia, por ocasião da audiência preliminar, basta que o magistrado pergunte à vítima se quer se retratar ou não da representação (que é irretratável só após o oferecimento da denúncia - art.25 do CPP). Se oferecida a queixa antes da audiência preliminar, por ocasião desta, basta que o magistrado só a receba após a tentativa de composição civil ou da proposta de transação penal.

Adotando esse procedimento impede-se que os crimes fiquem impunes, pois evita-se que ocorra decadência do direito de queixa ou representação.

Se fosse aplicada a fórmula acima no exemplo que demos, ou seja, se o delegado tivesse colhido a representação da vítima (Caio) quando a mesma compareceu à delegacia no dia 02/07/2009, no dia da audiência preliminar (04/02/2010), se a vítima não se retratasse e não houvesse composição civil, poderia o Ministério Público propor a transação penal ou oferecer denúncia contra o autor do fato (Tício), não deixando a prática delituosa impune.

É claro que para isso os delegados de polícia devem orientar as vítimas sobre os prazos para representar e oferecer queixa-crime, explicando o que ocorre caso não ajam no prazo legal, devendo inclusive consignar tais esclarecimentos no termo circunstanciado de ocorrência e o Ministério Público, no exercício do controle externo da atividade policial, deve fiscalizar a atuação das autoridades policiais, inclusive fazendo recomendações nesse sentido.

Assim, parece-nos que a resposta para a controvérsia proposta é que a representação ou a queixa-crime devem ser ofertadas no prazo de 06 (seis) meses a contar da data em que a vítima souber quem é o autor do crime, independentemente de quando vier a ser realizada a audiência preliminar.

6 QUEM PODE LAVRAR O TERMO CIRCUNSTANCIADO DE OCORRÊNCIA? O MINISTÉRIO PÚBLICO PODE FAZÊ-LO?

O art. 69 da Lei nº 9.099/95 é expresso ao afirmar que “a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao juizado”.

Dúvida surge em saber quem é a “autoridade policial” referida no texto legal: se somente os delegados de polícia ou qualquer órgão de segurança pública (ex. Polícia Militar).

A doutrina se divide.

O procurador de justiça Moreira (2007, p. 37) é da opinião de que “a lei em estudo utilizou-se da expressão ‘autoridade policial’ que, a nosso ver, restringe-se aos Delegados da Polícia Civil e da Polícia Federal”.

Da mesma opinião é o juiz Nucci (2006, p. 376) para quem: “autoridade policial: na realidade, é apenas o delegado de polícia, estadual ou federal. Policiais civis ou militares constituem agentes da autoridade policial. Portanto, o correto é que o termo circunstanciado seja lavrado unicamente pelo delegado.”

No sentido contrário, dentre outros (PAZZAGLINI FILHO et al, 1999, p. 40; JESUS, 1996, p. 60; CAPEZ, 2003, p. 23), trazemos a lição de Grinover (2005, p.117):

Qualquer autoridade policial poderá ter conhecimento do fato que poderia configurar, em tese, infração penal. Não somente as polícias federal e civil, que têm a função institucional de polícia judiciária da União e dos Estados. (art.144,§1º,inc. IV, e §4º), mas também a polícia militar.

O legislador não quis – nem poderia – privar as polícias federal e civil das funções de polícia judiciária e de apuração das infrações penais. Mas essa atribuição ... não impede que qualquer outra autoridade policial, ao ter conhecimento do fato, tome as providências indicadas no dispositivo[...].

Aparentemente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) adotou esta última posição:

Nos casos de prática de infração penal de menor potencial ofensivo, a providência prevista no art.69 da Lei 9.099/95 é da competência da autoridade policial, não consubstanciando, todavia, ilegalidade a circunstância de utilizar o Estado o

contingente da Polícia Militar, em face da deficiência dos quadros da Polícia Civil (HC 7199-PR, rel. Min. Vicente Leal, DJU 28.09.1998, p.115).

Em nosso sentir, termo circunstanciado de ocorrência (TCO) só pode ser lavrado por delegado de polícia estadual ou federal, assim como o inquérito policial.

Termo circunstanciado de ocorrência é uma investigação simplificada com objetivo de coligir elementos que atestem autoria e materialidade delitiva, ainda que de forma sintetizada. Poderíamos dizer que é uma “mini-investigação”.

Apesar de entendermos que o termo circunstanciado de ocorrência só pode ser lavrado por delegado de polícia, não quer dizer que a polícia militar ou mesmo a secretaria do juizado criminal⁶ não possam elaborar documento que contenha elementos que atestem autoria e materialidade delitiva, ou seja, não podem usar um documento com o nome de TCO, mas podem elaborar documento que contenham os requisitos do TCO, pois a investigação criminal não é atribuição exclusiva das polícias civil e federal⁷.

O mesmo se aplica ao Ministério Público. O Órgão Ministerial não pode lavrar TCO, que é atribuição da autoridade policial, mas pode perfeitamente instaurar procedimento investigatório criminal e colher elementos de autoria e materialidade de crimes de menor potencial ofensivo e remetê-los ao juizado para que seja designada audiência preliminar.

E mais. Mesmo sem procedimento investigatório criminal, por vezes o Ministério Público recebe documentos com provas suficientes de autoria e materialidade de crimes de menor potencial ofensivo – como nos crimes ambientais em que o IBAMA remete autos de infração

⁶ Conforme 9ª Conclusão da Comissão Nacional da Escola Superior da Magistratura: “a expressão autoridade policial referida no art. 69 compreende todas as autoridades reconhecidas por lei, podendo a Secretaria do Juizado proceder à lavratura do termo de ocorrência e tomar as providências devidas no referido artigo”.

⁷ Sobre o assunto ver: CARVALHO, Sandro Carvalho lobato de. Ministério Público e Investigação Criminal: refutando os argumentos contrários. **Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão: Juris Itinera**, São Luís, n. 14, p. 279-304, jan./dez. 2007.

e demais documentos – e somente com isso pode oficiar ao magistrado pedindo a designação de audiência preliminar.

Claro que possibilitando a polícia militar, p.ex., a realizar essa investigação simplificada, como se fosse um TCO, poderíamos encontrar algumas dificuldades, já que a PM não teria como verificar os antecedentes criminais do autor do fato (o MP teria mais facilidade em conseguir a informação). Mas, as dificuldades não superam os benefícios, já que em muitos municípios não há delegados de polícia de carreira e se somente estes pudessem fazer esse tipo de investigação simplificada muitos crimes não seriam apurados.

Assim, entendemos que TCO só pode ser lavrado por delegado de polícia. Mas, os demais órgãos de segurança pública, bem como a própria secretaria do juizado e o Ministério Público podem realizar investigação simplificada própria (com nome diverso de TCO) com objetivo de colher elementos comprobatórios de autoria e materialidade de crimes de menor potencialidade lesiva e encaminhar a documentação ao juizado especial criminal privilegiando a celeridade visada pela lei.

7 PODE HAVER DILIGÊNCIAS NO TERMO CIRCUNSTANCIADO DE OCORRÊNCIA?

Como dito antes, o termo circunstanciado de ocorrência é uma investigação simplificada com objetivo de coligar elementos que atestem autoria e materialidade delitiva, ainda que de forma sintetizada.

Sendo uma investigação, ainda que simplificada, entendemos que deve o TCO conter alguns elementos imprescindíveis para que o Ministério Público (ou ofendido) possa verificar se é o caso de arquivamento, de transação penal ou de oferecimento de denúncia ou mesmo se o caso é da competência dos juzizados criminais.

Assim, cremos que o TCO (ou outra investigação com o mesmo objetivo) deve conter no mínimo: qualificação completa do autor do fato, da vítima e das testemunhas, sobretudo com seus endereços; menção expressa de hora, local e dia do fato; resumo das declarações do autor do fato, da vítima e das testemunhas; folha de antecedentes policiais do autor do fato; se for o caso, o exame de corpo de delito da vítima; a representação da vítima; breve relato da autoridade policial sobre o fato; tipo penal da infração praticada.

Caso não haja, no mínimo, estas informações, entendemos ser perfeitamente possível o Ministério Público requisitar a devolução dos autos do TCO à delegacia de polícia para que a autoridade policial realize diligências no sentido de esclarecer dúvidas sobre a autoria e a materialidade do crime de menor potencial ofensivo e mesmo para localizar testemunhas.

Tal providência é necessária pelo fato de que, seja para a transação penal, seja para o oferecimento da peça acusatória, há de haver nos autos indícios mínimos de autoria e prova da materialidade, sob pena não existir justa causa para a transação penal ou para a propositura da ação penal.

Não se pode propor transação penal se nos autos não há elementos indicativos de autoria e materialidade, já que a transação penal nada mais é do que a imposição de uma pena não privativa de liberdade sem uma sentença condenatória. Muito menos se pode propor uma ação penal sem um lastro probatório mínimo. E é a investigação simplificada nos crimes de menor potencial ofensivo que dará o lastro probatório mínimo necessário à transação ou a ação penal. Caso a investigação simplificada não contenha esses elementos, deve ser determinado ao delegado de polícia que complemente o TCO.

Evidentemente que, quando a investigação de um crime de menor potencial ofensivo tornar-se complexa, a autoridade policial deve instaurar inquérito policial. Mas isso só se houver complexidade na investigação. Caso contrário, nada impede diligências simples no TCO, tais como oitiva simplificada de testemunhas, juntada de exame de corpo de delito; investigação sobre endereço dos envolvidos; complemento sobre o dia, hora e local do fato etc.

As diligências requisitadas em TCO pelo Ministério Público nada mais são do que necessidade de verificação da existência de um fato penalmente relevante e da sua autoria e materialidade, ou seja, deve-se averiguar se há justa causa para a persecução criminal seja através da transação seja do oferecimento de acusação formal.

Por isso, deve o TCO ser bem instruído pela autoridade policial. E se não for, é dever do Ministério Público requisitar diligências complementares ao TCO para poder avaliar se o caso é de fato de

competência do juizado, se é penalmente relevante, se tem indícios de autoria e prova de materialidade para poder propor com segurança a transação penal ou ofertar acusação formal.

Nesse sentido, vejamos as colocações do jurista Bitencourt (2003, p. 62-63):

A lei n. 9.099/95 não eliminou a atividade da polícia judiciária: apenas a circunscreveu, em limites mais estreitos, quantitativa e qualitativamente. Ao substituir o tradicional inquérito policial pelo 'progressivo' termo circunstanciado, não dispensou aquela autoridade da obrigação funcional de ser diligente e eficiente na coleta e confecção dos elementos indiciários, que devem substituir a propositura de uma futura ação penal. Ao contrário, ao simplificar o procedimento investigatório policial, passou a exigir mais qualidade na elaboração do substitutivo do inquérito policial [...] A autoridade policial tem de ter consciência de que o referido termo deverá reunir dados suficientes para possibilitar ao titular da ação penal postular a aplicação da lei penal, isto é, tem de configurar a existência de justa causa para a proposta de aplicação de penas alternativas à prisão, que, em outros termos, não deixa de ser o início e, quando aceita, o fim da ação penal. Com isso queremos dizer que a ação penal – ao contrário do sistema antigo – não mais se inicia somente com o oferecimento da denúncia ou queixa, mas também com a proposta de transação penal formulada pelo Ministério Público.

Logo, caso o TCO não esteja bem instruído, pode o Ministério Público requisitar diligências complementares à investigação simplificada.

E se o magistrado indeferir o pedido de diligências do Ministério Público de complemento do TCO ao argumentos de que é um procedimento simplificado e não comporta diligências, o que fazer?

O indeferimento do magistrado seria afronta ao sistema acusatório adotado na legislação brasileira, onde o Ministério Público é o titular da ação penal pública, sendo deste Órgão a decisão sobre a imprescindibilidade da diligência para sua convicção e não do magistrado.

Logo, decisão desta natureza (que indefere diligência do MP) poderia ser impugnada via correição parcial que seria julgada pela Turma Recursal dos Juizados, conforme tem se posicionado a jurisprudência:

Correição Parcial. Indeferido pelo juízo a quo pedido de diligência feito pelo órgão do Ministério Público em razão da Carta Magna de 1988 ter conferido o poder requisitório ao Parquet, em seu art.129, inc.VIII. O Ministério Público pode requerer as diligências diretamente aos órgãos administrativos ou via judicial. A finalidade do processo é a busca da verdade real e, na busca dessa verdade, estão interessados tanto o Ministério Público quanto o juiz. O indeferimento do pedido de diligências vem cercear a acusação e tumultuar o processo. Recurso provido” (TJRS – COR 70002744282 – 2ª C.Crim. - rel. Des. Walter Jobim Neto – j. 11.10.2001)

Correição Parcial. Indeferimento de diligência postulada pelo Ministério Público. Prejuízo a busca da verdade real. Tumulto processual caracterizado. Correição provida, Unânime”(TJRS – COR 70000702357 – C.Crim.Esp. - relª. Desª. Maria da Graça Carvalho Mottin – j. 25.01.2001).

Correição Parcial. Infração de menor potencial ofensivo. Competência. Turma Recursal. Ampla competência da Turma Recursal para apreciar os recursos, regulares ou anômalos, contra decisões do Juizado Especial Criminal” (TJRS – COR 70001995596 – 5ª C.Crim. - rel. Des. Luis Gonzaga de Silva Moura – j. 13.12.2000).

8 SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO: CONTROVÉRSIAS

Muitas discussões sobre a aplicação da suspensão condicional do processo, também chamada de “sursis processual” pela doutrina, são parecidas com as controvérsias em relação a transação penal apesar de serem institutos diversos. Entretanto, é importante conhecer a posição

doutrinária e jurisprudência especificamente em relação ao “sursis processual” mesmo sob pena de parecer repetitivo.

8.1 Cabe suspensão condicional do processo em ação penal privada?

Da mesma forma que na transação penal, a doutrina e a jurisprudência ainda se divide sobre a possibilidade de se aplicar a suspensão condicional do processo nos crimes de ação penal privada.

Moreira (2007, p. 96) é contra a aplicação do sursis processual em crimes de ação penal privada. Diz o autor: “Não nos parece possível a suspensão condicional do processo quando se tratar de ação penal de iniciativa privada, pois para esses casos já é possível dispor da ação penal com o perdão e a perempção, além de que o caput do art.89 se refere apenas ao Ministério Público”.

Da mesma opinião é Capez (2003, p. 36) que leciona: “Não cabe suspensão condicional do processo em ação penal exclusivamente privada, pois nessa já vigora o princípio da disponibilidade, existindo outros mecanismos de disposição do processo (perempção e perdão do ofendido)”⁸.

Do lado daqueles que admitem o sursis processual em crimes de ação penal privada encontramos a lição do magistrado Nucci (2006, p. 410) que ensina: “Suspensão condicional do processo em ação privada: parece-nos que é viável. A analogia in bonam partem novamente deve ser invocada. Se o querelante propuser, aceitando-a o réu, nenhum prejuízo a este ocorrerá. Ao contrário, somente pode beneficiar-se”.

Também Oliveira (2004, p. 673) opina favoravelmente sobre a possibilidade de aplicação do sursis processual nas ações penais privadas argumentando que:

[...] Cuidando-se, pois, de norma não incriminadora, a aplicação dela in bonam partem revela-se perfeitamente possível.

⁸ No mesmo sentido: MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: Atlas, 2002 e BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados Especiais Criminais Federais: análise comparativa das leis n. 9.099/95 e 10.259/2001**. São Paulo: Saraiva, 2003.

Quanto à alegação de já existir, para as ações privadas, a disponibilidade da pretensão punitiva (renúncia, perdão, etc.), não nos parece também decisivo semelhante argumento, para impedir a aplicação da suspensão condicional do processo naquele tipo de ação penal (privada).

[...] não há motivo para não se estender às ações privadas a adoção de medidas despenalizadoras, como é o caso do art.89 [...] Ora, se o próprio Estado, titular da maioria esmagadora da iniciativa penal, entende politicamente conveniente e adequada a utilização de critérios processuais não punitivos, porque não permitir a mesma via em todos os crimes, para os quais a reprovabilidade seja equivalente?”

Grinover (2005, p. 282), que era contra a possibilidade, passou a admitir o *sursis* processual nos crimes de ação penal privada. Apesar de longa, vale transcrever parte da lição da jurista:

Bem refletido o assunto, no entanto, impõe-se destacar que a transação processual (suspensão do processo) não possui a mesma natureza do perdão (que afeta imediatamente o *ius puniendi*) nem da *perempção* (que é sanção processual ao querelante inerte, moroso). Havendo proposta e aceitação da suspensão do processo não se pode dizer que o querelante esteja sendo disídiado. Está agindo. Está fazendo uma opção pela incidência de uma resposta estatal alternativa, agora permitida, mas que é também resposta estatal ao delito. Isto não é inércia. Muito menos indulgência (perdão). Nem sequer abandono da lide [...] Se o querelante pode o mais, que é perdoar, é evidente que também pode o menos (optar pela solução alternativa do litígio).

O fato de o art.89 mencionar exclusivamente ‘Ministério Público’, ‘denúncia’, não é obstáculo para a incidência da suspensão na ação penal privada, por causa da analogia (no caso *in bonam partem*),

que vem sendo reconhecida amplamente na hipótese do art.76.

Acima de preciosismos linguísticos está o interesse maior na efetiva realização de uma política criminal alternativa, assim como o interesse do próprio acusado de valer-se, querendo, dessa resposta estatal alternativa.

[...]

Não é porque já reinava o princípio da oportunidade em relação à ação penal privada, acrescentasse, que devemos, sempre, raciocinar, em termos de punição total (resposta estatal tradicional, prisão) ou renúncia total (perdão, perempção). *Tercius datur*. A introdução no nosso ordenamento jurídico de uma forma alternativa de solução do conflito obriga-nos a questionar a bipolaridade tradicional entre as duas alternativas clássicas na ação penal privada, surge agora a possibilidade de algo intermediário (cumprimento de algumas condições, dentre elas a reparação dos danos, durante certo período de prova, com eficácia extintiva da punibilidade). Muitas vezes, à vítima não interessa o processo clássico (por causa de todos os transtornos que ele provoca), nem tampouco o perdão puro e simples.

[...]

Consideram-se ainda (e esse argumento é de fundamental relevância) os interesses públicos gerais presentes no instituto da suspensão, que transcendem em muito os interesses pessoais dos envolvidos no litígio. Dentre aqueles destacam-se: ressocialização do infrator pela via alternativa da suspensão, reparação de danos sem necessidade de processo civil de execução, desburocratização da justiça, aplicação do Direito Penal e da pena de prisão como *ultima ratio* etc. Inviabilizada a suspensão na ação penal privada, nada disso será alcançado. Nem tampouco a meta político-criminal que o legislador quis imprimir para a chamada criminalidade de menor ou médio potencial ofen-

sivo. Se até mesmo em relação aos crimes de ação penal pública, que envolve interesses públicos indiscutíveis, estes cedem para a incidência da suspensão do processo, com muito maior razão deve ser admitida em relação aos crimes de ação penal privada, onde predominam interesses privados. Pela própria natureza, estes a fortiori não contam com a primazia diante dos interesses públicos⁹.

Percebe-se que aqueles doutrinadores que são contra a aplicação da transação penal nos casos de ação penal privada também são contra a aplicação do sursis processual no mesmo tipo de ação (privada). Já aqueles que são a favor, também admitem o sursis processual em ação penal privada, isto porque, apesar de serem institutos diversos, há semelhanças entre ambos, logo, a coerência impera nas opiniões doutrinárias.

Aqui, estamos com a doutrina que admite a suspensão condicional do processo em crimes de ação penal privada e para isso basta a aplicação por analogia o artigo 86 da Lei nº 9.099/95.

A suspensão condicional do processo é instituto novo no direito processual penal brasileiro e deve ser aplicado em qualquer tipo de ação penal. O simples fato de haver institutos referentes a ação penal privada, anteriores ao sursis processual, não inviabiliza a utilização deste instituto. O direito processual penal deve evoluir e adotar novos conceitos e institutos para que a justiça penal seja mais célere e despenalizadora de condutas de pouca ou média ofensividade criminal.

Assim, apesar de não estar escrito na lei a possibilidade de suspensão condicional do processo em crimes de ação penal privada, nada impede a sua aplicação por meio da analogia, já que é norma mais benéfica.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem reiteradas vezes admitido a suspensão condicional do processo em crimes de iniciativa privada. Vejamos:

⁹ No mesmo sentido: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: Saraiva, 2000, p.168 et seq.; GARCIA, Ismar Estulano. **Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: AB, 1996, p.306 et seq.; DORÓ, Tereza Nascimento Rocha. **Princípios no processo penal brasileiro**. São Paulo: Copola, 1999, p.161 et seq.

[...] Não vislumbro óbice à aplicação da Lei nº 9.099/95 aos crimes sujeitos a procedimentos especiais, desde que obedecidos os requisitos autorizadores, entendendo pela possibilidade da transação e da suspensão do processo até mesmo nas ações penais de iniciativa exclusivamente privada. (RHC nº 8.480/SP, rel. Min. Gilson Dipp).

A Lei n. 9.099/95, desde que obedecidos os requisitos autorizadores, permite a transação e a suspensão condicional do processo, inclusive nas ações penais de iniciativa exclusivamente privada. (5.^a T., no HC n. 13.337/RJ, rel. Min. Felix Fischer, j. em 15.5.2001, DJ de 13.8.2001, p. 181).

A Terceira Seção desta Egrégia Corte firmou o entendimento no sentido de que, preenchidos os requisitos autorizadores, a Lei dos Juizados Especiais Criminais aplica-se aos crimes sujeitos a ritos especiais, inclusive aqueles apurados mediante ação penal exclusivamente privada. Ressalte-se que tal aplicação se estende, até mesmo, aos institutos da transação penal e da suspensão do processo. (5.^a T., HC n. 34.085/SP, rel. Min. Laurita Vaz, j. em 8.6.2004, DJ de 2.8.2004, p. 457).

A Lei dos Juizados Especiais incide nos crimes sujeitos a procedimentos especiais, desde que obedecidos os requisitos autorizadores, permitindo a transação e a suspensão condicional do processo, inclusive nas ações penais exclusivamente privadas. (HC n. 33.929/SP, rel. Min. Gilson Dipp, j. em 19.8.2004, DJ de 20.9.2004, p. 312).

O Supremo Tribunal Federal (STF) admite a possibilidade da suspensão condicional do processo ser aplicada em ação penal de iniciativa privada:

[...] Suspensão condicional do processo instaurado mediante ação penal privada: acertada, no caso, a admissibilidade, em tese, da suspensão, a legitimação para propô-la ou nela assentir é do quere-

lante, não, do Ministério Público. (HC 81720 – SP – 1ª T. – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 19.04.2002 – p. 00049).

8.2 Quem pode propor a suspensão condicional do processo ?

Dúvida não há que a titularidade para propor a suspensão condicional do processo nos crimes de ação penal pública incondicionada ou condicionada é do Ministério Público, conforme dispõe o art.89 da Lei nº 9.099/95.

Entretanto, já vimos que é possível a suspensão condicional do processo em crime de ação penal privada. Mas, nesse caso, quem poderia propor o sursis processual: o ofendido, o autor do delito, o magistrado ou o Ministério Público?

A maioria da doutrina que admite o sursis processual em crime de ação penal privada é da opinião de que a vítima é a legitimada para fazer a proposta de suspensão condicional do processo ao autor do delito. Mas, nessa hipótese, e se a vítima se recusasse, injustificadamente, a propor o sursis processual, alguém poderia fazê-lo? Quem?

Nessa hipótese, Grinover (2005, p. 285) apresenta a seguinte solução:

Caso se considere que a suspensão do processo é direito público subjetivo do acusado, desde que presentes todos os seus requisitos legais, não pode o querelante recusar a proposta de suspensão injustificadamente. Havendo recusa, ou se possibilita ao querelado requerer a suspensão (podendo o querelante, depois da concessão, controlar o ato judicial pela via recursal) ou é o caso de se admitir o habeas corpus contra tal ato ilegal, sendo que tal ação constitucional deve ser julgada pelo próprio juiz de primeiro grau. Deferido o writ, o juiz impõe ao querelante uma obrigação de fazer (a proposta). De outro lado, não se considerando a suspensão como direito público subjetivo, na hipótese de recusa do querelante, ficaria inviabilizada a suspensão.

Assim, para essa autora, a vítima deve propor o sursis processual. E, para aqueles que consideram o sursis processual como direito subjetivo do autor do crime, caso a vítima não apresentasse a proposta, o autor do delito poderia requerer ao magistrado que lhe concedesse a suspensão condicional do processo e o juiz aplicaria o sursis mediante a solicitação ou o autor do delito poderia ingressar com habeas corpus para que o magistrado obrigasse a vítima a apresentar a proposta de sursis processual.

Ainda segundo a jurista, já para aqueles que entendem que o sursis processual não é um direito subjetivo do autor do crime, mas mera faculdade do autor da ação, não haveria solução jurídica para a recusa e a suspensão não seria possível, dando-se continuidade ao processo criminal (Nesse sentido: NUCCI, 2006, p.410).

Já o jurista Tourinho Filho (2000, p.168) defende que no caso de recusa da vítima em apresentar a proposta de sursis processual pode o magistrado fazê-lo de ofício. Diz o renomado processualista:

[...] Na lei não existe nenhuma restrição...Observe-se que a Comissão Nacional da Escola Superior da Magistratura, já citada, na sua 11ª conclusão, frisou: ‘O disposto no art.76 abrange os casos de ação penal privada’. Se é assim na transação, com muito mais forte motivo se se tratar de suspensão condicional do processo. No mesmo sentido o Enunciado n.26 do VI Encontro Nacional de Coordenadoria de Juizados Especiais Cíveis e Criminais: ‘Cabe transação e suspensão condicional do processo também na ação penal privada’. E na hipótese de o querelante não formular o pedido? Para aqueles que, como nós, entendem que a suspensão condicional do processo, uma vez satisfeitas as exigências legais, é um direito público subjetivo do réu, evidente que ante a recusa do querelante em querer formular a proposta (satisfeitos todos os requisitos legais), nada impede possa fazê-lo o próprio Juiz, ainda que o querelado não se manifeste nesse sentido.

Por seu turno, o juiz Fontes de Lima (2000, p. 69-70) é um dos poucos que escreveu que o Ministério Público é legítimo para propor a suspensão condicional do processo no caso de ação penal privada. Leciona o magistrado:

Como já visto, impõe-se a aplicação da suspensão condicional do processo na ação penal privada e, conseqüentemente, em qualquer ação penal.

O acusado tem um direito público subjetivo a ser submetido à suspensão condicional do processo, quando se enquadra nas exigências legais. Esse direito é amparado pela Constituição da República, e se funda basicamente no direito à igualdade e à liberdade.

[...] Se preenchidos os requisitos legais e o querelante se omitir ou se recusar a propor, deverá o Ministério Público como custos legis apresentar proposta de suspensão substitutiva do processo a ser deferida pelo juiz.

Nota-se a divergência doutrinária na solução da controvérsia existente quando a vítima se recusa a propor o sursis processual.

Em nosso sentir, nos crimes de ação penal privada a iniciativa de propor o sursis processual deve ser, inicialmente, da vítima. Se a mesma se omitir, o Ministério Público ou o autor do delito podem requerer e o juiz determinar que ela (vítima) se pronuncie sobre a possibilidade de propor o sursis processual.

Instada a se manifestar e recusando-se, injustificadamente, a propor a suspensão condicional do processo, parece-nos que, se preenchidos os requisitos legais, deve o Ministério Público propor o sursis processual ao autor do crime.

As ideias apresentadas pela jurista Ada Pellegrini Grinover não nos parece as mais sensatas. Vejamos cada uma: 1) permitir que o próprio autor do crime apresentasse a proposta: aqui teríamos a situação do próprio autor do crime dizer quais condições iria cumprir, inclusive quanto pagaria para reparar o dano, o que nos apresenta como absurdo; 2) admitir habeas corpus para obrigar a vítima a apresentar a proposta de sursis processual: essa hipótese foge completamente aos objetivos do instituto, pois, o que ocorreria se a vítima se recusasse, mesmo com o

deferimento do habeas corpus a propor o sursis processual? Seria a vítima presa por desobediência? Ficaria presa até quando? O que aconteceria com o processo nessa hipótese? Essa solução parece fugir à lógica; 3) a recusa, mesmo injustificada, da vítima inviabilizaria a suspensão, prosseguindo-se com o processo: aqui deixa-se nas mãos da vítima o poder de decisão total sobre a continuação do processo, mesmo o autor do crime preenchendo os requisitos legais, causando total ofensa o princípio da igualdade entre autores de crimes de ação penal pública (em regras mais graves) e autores de crimes de ação penal privada (menos graves), o que é inconcebível em um Estado Constitucional Democrático de Direito como o brasileiro.

Por outro lado, a posição do ilustre processualista Tourinho Filho em admitir que o juiz, de ofício, apresente a proposta de sursis processual, salvo melhor juízo, implica em ofensa ao princípio da inércia jurisdicional e até de ofensa ao art. 129, I, da Constituição Federal, pois se o magistrado pudesse propor sursis processual em ação penal privada poderia também fazê-lo na ação penal pública ante a recusa injustificada do Ministério Público. Logo, nos parece inviável que o magistrado apresente a proposta de sursis processual de ofício, seja em crimes de ação penal pública seja em crime de ação penal privada (Nesse sentido: PAZZAGLINI FILHO et al, 1999, p. 107; CAPEZ, 2003, p. 35).

Consentânea com o nosso pensamento é a posição do Supremo Tribunal Federal. Veja-se o teor da Súmula 696 da Suprema Corte: “Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal”.

Como dito acima, nos crimes de ação penal privada, a iniciativa de propor o sursis processual deve ser, inicialmente, da vítima. Se a mesma se omitir, o Ministério Público ou o autor do delito podem requerer e o juiz determinar que ela (vítima) se pronuncie sobre a possibilidade de propor o sursis processual. Instada a se manifestar e recusando-se, injustificadamente, a propor a suspensão condicional do processo, parece-nos que, se preenchidos os requisitos legais, deve o Ministério Público, na qualidade de fiscal da lei, propor o sursis processual ao autor do crime. Dessa forma, a posição doutrinária que nos parece a mais correta é a do juiz Fontes de Lima mencionada acima.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem uma decisão que admite apenas a vítima como parte legítima para propor o *sursis* processual, excluindo o Ministério Público. Confira:

[...] Suspensão condicional do processo instaurado mediante ação penal privada: acertada, no caso, a admissibilidade, em tese, da suspensão, a legitimação para propô-la ou nela assentir é do querelante, não, do Ministério Público. (HC 81720 – SP – 1ª T. – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 19.04.2002 – p. 00049)

Em que pese a decisão da Suprema Corte Brasileira, continuamos a defender que possa o Ministério Público propor a suspensão condicional do processo nos crimes de ação penal privada nos casos de recusa injustificada da vítima, pois, aceitando o posicionamento do STF deixaríamos para a vítima decidir a continuação ou não do processo, mesmo preenchidos os requisitos legais, causando séria desigualdade entre autores de crimes de ação penal pública e autores de crime de ação penal privada.

8.3 Admite-se suspensão condicional do processo em concurso de crimes?

Como se sabe apresentam-se como espécies de concurso de crimes o concurso material, o formal e o crime continuado, regidos pelos sistemas do cúmulo material e da exasperação, empregados em nosso Código Penal.

Jesus (2006), explica objetivamente a diferença entre os concursos:

Na aplicação da pena, verifica-se que, no concurso material, quando existe o cúmulo material, há pluralidade de condutas e de crimes, incidindo a soma das sanções (art. 69, caput, do CP); no formal, em que foi adotado o sistema da exasperação, existem unidade de conduta e pluralidade de crimes, levando-se em conta uma das penas, ou

a mais grave, com agravação (art. 70, caput); no crime continuado, nele também recaindo a exasperação, temos, na verdade, um concurso material abrandado, limitando-se a consideração da lei, por razões de política criminal e unicamente para efeito de aplicação da pena, a apenas um delito e uma só resposta penal detentiva, embora com acréscimo (art. 71, caput).

Nos três casos, para efeito de admissão do *sursis* processual, considera-se isoladamente a pena abstrata mínima de cada um dos delitos ou os princípios do cúmulo material e da exasperação?

Boa parte da doutrina entende que as penas mínimas abstratas não podem ser somadas para o fim de impedimento da medida. Ou seja, as infrações penais devem ser consideradas isoladamente.

Nesse sentido, leciona Tourinho Filho (2000, p.168): “Se há concurso formal, crime continuado ou mesmo concurso material, as infrações em si, consideradas isoladamente, não apresentam gravidade. É o que basta. As penas não podem ser somadas. Não fosse assim, difícil seria explicar a *ratio essendi* do art.119 do Código Penal”.

Também Grinover (2005, p. 276-277) adota essa posição:

Não importa qual seja a natureza do concurso: material, formal ou crime continuado. A concessão da suspensão, em qualquer hipótese, deve ser regida, conforme nosso entendimento, pelo critério bifásico individual-global. No primeiro momento, pensamos que de modo algum podem ser somadas as penas mínimas de cada delito para o efeito de excluir, *ab initio*, a suspensão. Quanto à pena (requisito objetivo) o critério de valoração é individual (CP, art.119, e Súmula 497 do STF). Cada crime deve ser considerado isoladamente, com sua sanção mínima abstrata respectiva.¹⁰

¹⁰ No mesmo sentido: MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Juizados Especiais Criminais**. Bahia: Jus Podivm, 2007. p. 92; JESUS, Damásio Evangelista de. **Suspensão condicional do processo e concurso de crimes**. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, jun. 2006. Disponível em: <<http://www.damasio.com.br/>>.

Do outro lado, encontramos doutrinadores que advogam que as penas mínimas abstratas devem ser somadas ou acrescidas da majorante e, caso ultrapassem o limite de 01 (um) ano o sursis processual será inadmissível.

Essa é a opinião do juiz Nucci (2006, p. 408) para quem:

No caso de concurso material, a soma das penas mínimas dos delitos em concurso deve ser o indicativo para a utilização, ou não, do benefício previsto no art.89 (ex.:se alguém for acusado de três delitos, em concurso material, cada um deles com seis meses de pena mínima, a soma dará um ano e meio, logo, está fora do alcance da suspensão condicional do processo). Quando se trata de concurso formal ou crime continuado, toma-se a pena do mais grave dos delitos imputados ao réu, acrescentando-se, igualmente, o mínimo possível, para que se obtenha a pena efetivamente mínima. Se ultrapassar um ano, não cabe a suspensão condicional do processo.

Também adepto a esta posição temos o promotor de justiça Capez (2003, p. 36), para quem: “As infrações, portanto, não serão consideradas isoladamente, mas de acordo com o total de pena resultante da aplicação da regra do concurso de crimes”¹¹.

Aqui estamos com a primeira corrente doutrinária. A tese da inadmissibilidade da suspensão condicional do processo no concurso material, formal e no crime continuado, não encontra respaldo legal, uma vez que a lei, para tal fim, não impõe a soma das penas nem a consideração de uma delas com acréscimo, devendo-se lembrar sempre da norma do art.119 do Código Penal¹² que não teria sentido ao adotar-se a segunda corrente doutrinária.

¹¹ No mesmo sentido: MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados especiais criminais**. São Paulo: Atlas, 1997. p. 149; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Juizados Especiais Criminais**: doutrina e jurisprudência atualizadas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 67.

¹² Art.119 do CP: No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente.

Entretanto, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal adotam a segunda posição. Vejamos:

Súmula 243 do STJ: O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de 1 (um) ano.

Súmula 723 do STF: Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano.

9 QUESTÕES DIVERSAS

Nesse tópico passaremos rapidamente por questões que podem suscitar dúvidas em relação a parte criminal da Lei nº 9.099/95.

- a) Doutrina e jurisprudência são praticamente unânimes no sentido de que para a aplicação da transação penal e do sursis processual deve-se levar em conta as causas de aumento (no mínimo) e de diminuição da pena (no máximo) (Nesse sentido: MOREIRA, 2007, p. 89; GRINOVER, 2005, p. 273)

O STJ já se pronunciou nesse sentido:

Na compreensão da ‘pena mínima cominada não superior a um ano’ para efeito da admissibilidade da suspensão do processo, devem ser consideradas as causas especiais de diminuição da pena em seu percentual maior, desde que já reconhecidas na peça acusatória. Precedentes: STJ, 6ª Turma, nº 5.746 SP). Habeas Corpus concedido. (HC nº 4.780/SP, Rel.Min. Vicente Leal, v.u., DJU de 31.03.1997, p.9.642).

Também o STF: A Corte já de há muito se tem pronunciado sobre o tema, sustentando que as causas de acréscimo devem ser consideradas em adição à pena em abstrato para efeito de concessão de suspensão condicional do processo (HC 86.452-0 RS, 2ªT, Rel.Min. Joaquim Barbosa).

- b)** Dúvidas ainda existem em saber se é possível impor como uma das condições do sursis processual uma prestação de serviço à comunidade

A doutrina admite.

Grinover (2005, p. 355-356) leciona sobre o assunto:

No que diz respeito à suspensão condicional do processo, em suma, tais ‘injunções’ (ou obrigações, ou restrições) configurariam cristalinas condições, pelo seguinte: se descumpridas, não provocariam a consequência da prisão, senão a revogação da suspensão (e reinício do processo). O que acaba de ser exposto constitui o argumento central para se sustentar a tese de que, como verdadeiras condições, pode o juiz determinar, na suspensão do processo, a prestação de serviços à comunidade, a interdição de direitos e a limitação de fim de semana.

A jurisprudência oscila.

Habeas Corpus. Suspensão Condicional do Processo. Prestação social alternativa corresponde a aplicação antecipada de pena. Exclusão. Quando se fixa, como condição da suspensão condicional do processo, a prestação de serviços à comunidade ou pagamento de pena pecuniária, como no caso, se está a impor uma obrigação de fazer ou pagar, o que se equipara ao cumprimento

antecipado da pena. Portanto, deve ser excluída a prestação social alternativa porque corresponde a uma aplicação antecipada de pena, na fase do procedimento da suspensão condicional do processo. Ordem concedida” (TJRS, HC 71001912625, Estrela, Turma Recursal Criminal, Rel.Des^a. Angela Maria Silveira, j. 15.12.2008, DOERS 18.12.2008, p. 96).

Suspensão condicional do processo. Aborto. Alegada impossibilidade de imposição à paciente, como condição do benefício, de prestação de serviços à comunidade. Inexistência de constrangimento ilegal. Ordem denegada. Nos termos do artigo 89,§2º, da Lei n. 9.099/95, não existe incompatibilidade nem ilegalidade na imposição de prestação de serviço à comunidade como condição de suspensão condicional do processo (TJMS, HC 2009.000262-3/0000-00, Campo Grande, 1ªT. Crim., Rel.Des. Gilberto da Silva Castro, DJEMS 19.02.2009, p. 28).

Entendemos ser possível fixar como condição do sursis processual uma prestação de serviço à comunidade, a interdição de direitos, a prestação pecuniária ou limitação de fim de semana – todos previstos no Código Penal Brasileiro – pois na suspensão condicional do processo não funcionariam como “penas alternativas” ou “penas substitutivas” - já que não há condenação alguma – mas como meras condições da suspensão. O descumprimento a estas condições levaria tão-somente ao reinício do processo criminal e não a uma conversão imediata de prisão, logo não se pode falar em “aplicação antecipada da pena”.

Devido a este nosso posicionamento, também achamos perfeitamente possível e eficaz a imposição, como condição do sursis processual em determinados casos, da obrigação de entregar “cestas básicas”, visto que esta entrega também é prevista no Código Penal (arts.43,I e 45,§§1º e 2º). E, como não poderia deixar de ser, não vislumbramos qualquer ilegalidade na proposta de transação penal ser a entrega de “cestas básicas” já que incidente os mesmos dispositivos penais citados.

- c) A transação penal e a suspensão condicional do processo podem ser feitas via Carta Precatória e, nesta hipótese, as propostas serão do Promotor de Justiça atuante junto ao Juízo deprecante, que também deverá homologar os acordos, restando para o Juízo deprecado apenas a fiscalização do cumprimento da proposta e das condições impostas.

O STJ já se pronunciou no caso de sursis processual por precatória. Vejamos:

Compete ao juiz deprecante, ao enviar carta precatória para os efeitos do art.89 da Lei n. 9.099/95, fixar as condições pessoais a serem propostas ao acusado, antes, é evidente, sob formulação do MP. Conflito conhecido e julgado precedente. (CC nº 18.619/SP, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU nº 147, de 4.8.1997, p. 34653)

- d) Em regra, o Ministério Público pode propor a suspensão do processo por ocasião do oferecimento da denúncia, conforme dispõe o art.89, caput, da Lei nº 9.099/95 (No caso de ação privada, por ocasião da queixa). Nada impede, entretanto, que o faça em outra ocasião posterior, desde que presentes as condições da medida e que seja feita antes da sentença. No caso de transação penal, entendemos que o momento ideal é a audiência preliminar, mas nada impede de ser feita posteriormente, desde que antes do oferecimento da denúncia.

Com as recentes alterações no Código de Processo Penal (Leis nº 11.689/2008; 11.690/2008 e 11.719/2008) entendemos que, em regra, deve-se seguir o seguinte roteiro para a apresentação da suspensão condicional do processo:

- O MP oferece denúncia e propõe o sursis processual;
- O magistrado determina a notificação do acusado para apresentar defesa preliminar e para se pronunciar sobre a proposta de sursis processual;

- Vindo a resposta preliminar com a aceitação do sursis processual, o magistrado, preenchidos os requisitos para recebimento da peça acusatória, designa data somente para audiência de suspensão condicional do processo. Se a defesa preliminar for omissa quanto ao sursis processual ou não concordar com a proposta, sendo recebida a peça acusatória, o magistrado marca audiência de instrução e julgamento (audiência uma) e antes do início das oitivas, abre nova oportunidade para a defesa se manifestar sobre a proposta de suspensão condicional do processo. Aceitando-a, faz-se apenas a audiência de suspensão; negando-se a aceitar, tem-se início a audiência de instrução e julgamento.

10 CONCLUSÃO

Apesar de estar em vigor há mais de 14 anos, a parte criminal da Lei nº 9.099/95 ainda suscita grandes dúvidas em sua aplicação no dia-a-dia forense.

O que não se pode negar é que, sobretudo na parte criminal, a Lei nº 9.099/95 foi uma verdadeira revolução no direito processual penal brasileiro e que seus princípios (celeridade, economia, informalidade etc.) e objetivos (despenalização etc.) servem de norte interpretativo desde sua vigência para todo o sistema processual penal.

Muitas outras controvérsias existem e ainda existirão sobre a aplicação da parte criminal da Lei nº 9.099/95. O texto produzido neste trabalho é apenas uma pequena amostra das discussões jurídicas atuais com objetivo único de fomentar o debate.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Juizados especiais criminais federais**: análise comparativa das leis n. 9.099/95 e 10.259/2001. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Legislação penal especial**. 3. ed. São Paulo: EDJ, 2003. v. 2.

DORÓ, Tereza Nascimento Rocha. **Princípios no processo penal brasileiro**. São Paulo: Copola, 1999.

FONTES DE LIMA, Flávio Augusto. **Suspensão condicional do processo no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GARCIA, Ismar Estulano. **Juizados especiais criminais**. São Paulo: AB, 1996.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Juizados especiais criminais: doutrina e jurisprudência atualizadas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais criminais**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Suspensão condicional do processo e concurso de crimes**. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, jun. 2006. Disponível em:<<http://www.damasio.com.br/>>

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados especiais criminais**. São Paulo: Atlas, 1997.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Juizados especiais criminais**. Bahia: Jus Podivm, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. et al. **Juizado especial criminal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 3. d. Bahia: Juspodivm, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: Saraiva, 2000.

REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO (RDD) BREVES CONSIDERAÇÕES

*Jorge Fernando dos Santos Ribeiro**

Um dos maiores freios dos delitos não é a crueldade das penas, mas sua infalibilidade e, como conseqüência, a vigilância dos magistrados e a severidade de um juiz inexorável que, para ser uma virtude útil, deve ser acompanhada de uma legislação branda. A certeza de um castigo, mesmo moderado, sempre causará mais intensa impressão do que o temor de outro mais severo, unido à esperança de impunidade, pois os males, mesmo os menores, quando certos, sempre surpreendem os espíritos humanos, enquanto a esperança, dom celestial que freqüentemente tudo supre em nós, afasta a idéia de males piores, principalmente quando a impunidade, outorgada muitas vezes pela avareza e pela fraqueza, fortalece-lhe a força. A própria atrocidade da pena faz com que tentemos evitá-la com audácia tanto maior quanto maior é o mal e leva a cometer mais delitos para escapar à pena de um só. Os países e as épocas em que os suplícios mais atrozes foram sempre os das ações mais sanguinárias e desumanas, pois o mesmo espírito de crueldade que guiava a mão do legislador regia a do parricida e a do sicário. Do trono, ditava leis férreas a ânimos torturados de escravos, que obedeciam. Na íntima escuridão, estimulava a imolação para aplicar outros novos.
Cesare Beccaria.

* Bacharel em Direito pela Unidade de Ensino Superior Dom Bosco/UNDB. Especializando em Direito Constitucional pela UNIDERP/REDE LFG. Advogado. E-mail: jorgefernando_84@hotmail.com

Resumo: O presente artigo tem o objetivo de realizar uma análise doutrinária sobre o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), que foi introduzido em nosso ordenamento jurídico, como modalidade de sanção disciplinar, pela Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, que alterou a redação do artigo 52, entre outros, da Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 (Lei de Execução Penal – LEP). Demonstra-se a sua origem histórica, seu conceito, hipóteses de cabimento, características, seguindo-se o exame de sua constitucionalidade.

Palavras-chave: Crime organizado. Execução penal. Facção criminosa. Pena. Regime disciplinar diferenciado. Sanção disciplinar.

Abstract: This paper aims to conduct a doctrinal analysis about Differentiated Disciplinary Regime (DDR), which was introduced into our legal system as means of disciplining by Law No. 10.792 of December 1, 2003, which amended the wording of article 52, among other, Law No. 7210 of June 11, 1984 (Law Execution Criminal – LEC). Thus, it presents its historical background, its concept, hypotheses of its application, features, followed by examination of its constitutionality.

Keywords: Organized crime. Execution criminal. Criminal faction. Pena. Differentiated disciplinary regime. Disciplinary sanction.

1 INTRODUÇÃO

Não é novidade para ninguém a ineficiência do Estado para manter a ordem dentro dos presídios, de modo a evitar que os criminosos de alta periculosidade continuem comandando o crime dentro e fora dos estabelecimentos prisionais.

Os chefes das facções criminosas, ainda que não estejam ergastulados no mesmo presídio, comunicam-se entre si e conseguem orquestrar rebeliões, além de dar ordens aos seus comparsas que não estão presos.

O legislador infraconstitucional, com o fito de estabelecer a ordem nos presídios e o isolamento dos presos de alta periculosidade, por meio da Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, que alterou a redação do artigo 52, entre outros, da Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 (Lei de Execução Penal – LEP), introduziu em nosso ordena-

mento jurídico uma nova modalidade de sanção disciplinar, o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD).

O referido regime constitui uma sanção disciplinar bem mais severa do que as já existentes na Lei de Execução Penal¹, caracterizando-se por ter sua duração máxima de 360 (trezentos e sessenta) dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; recolhimento em cela individual; visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; o preso terá direito à saída da cela por 2 (duas) horas diárias para banho de sol. (LEP. art. 52, I a IV).

Por ser uma sanção bem mais rígida do que as outras, existem fortes críticas dirigidas ao RDD, sob a alegação da sua inconstitucionalidade por ofensa aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da legalidade, da proporcionalidade e violação a vedação constitucional à tortura e proibição da aplicação de penas cruéis.

É o que será analisado no presente artigo.

2 ORIGEM HISTÓRICA DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

Constantemente, quando se abre um jornal, é comum se deparar com alguma reportagem abordando o problema das rebeliões nos presídios, que acontece em praticamente todos os estados do Brasil. Isso ocorre em virtude de diversos fatores, entre eles pode-se destacar: 1) a insatisfação dos encarcerados com as precárias condições físicas das instalações; 2) os detentos não conseguem gozar da remição, pois não lhes são garantidas as oportunidades de estudo² e de trabalho; 3) o tratamento desumano a que são submetidos; e 4) protesto por causa da transferência de algum líder de facção para outro presídio.

¹ Advertência verbal (I); repreensão (II), suspensão ou restrição de direito (III); e isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo (IV). (LEP. art. 53).

² Enunciado 341 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: “A frequência de curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semi-aberto”.

Essas rebeliões, na maioria das vezes, resultam na destruição do espaço físico de algum pavilhão ou, quando não, de todo o presídio. Além disso, os seus líderes (das rebeliões), no intuito de chamarem mais atenção da mídia e, também, de intimidarem as autoridades e assim fazerem com que suas reivindicações sejam atendidas, chegam a matar alguns dos próprios detentos.

Esses problemas de rebeliões e superlotação dos presídios, apesar de se disseminarem por todo Brasil, ocorrem com maior frequência nos estados de São Paulo e Rio de Janeiro, onde a criminalidade vem crescendo de uma maneira bem mais acelerada que no restante do país.

2.1 Os problemas ocorridos em São Paulo

O Estado de São Paulo, conforme dados divulgados por sua Secretaria da Administração Penitenciária, no mês de dezembro do ano 2000, possuía 59.867 (cinquenta e nove mil oitocentos e sessenta e sete) detentos distribuídos em 71 (setenta e uma) unidades prisionais que, juntas, tinham capacidade para comportar no máximo 49.059 (quarenta e nove mil e cinquenta e nove) presos.

No dia 18 de dezembro de 2000, aconteceu uma rebelião na Casa de Custódia de Taubaté, unidade de segurança máxima, que resultou na morte de 9 (nove) presos, sendo 4 (quatro) deles decapitados. Além disso, o espaço físico conhecido pelos detentos como “Piranhão” foi completamente destruído. “A destruição do ‘Piranhão’ vinha sendo anunciada na comunidade carcerária e era prevista, inclusive, no estatuto da facção criminosa Primeiro Comando da Capital (PCC)”. (SÃO PAULO (Estado). Secretaria da Administração Penitenciária, 2008).

Depois dessa rebelião, todos os presos foram transferidos para outras unidades prisionais.

Em fevereiro do ano subsequente, já tinha sido concluída a reforma da Casa de Custódia de Taubaté e não havia mais resquícios da destruição causada pela rebelião. Assim, os detentos que tinham sido transferidos foram mandados de volta para a Casa de Custódia, exceto 10 (dez) líderes que foram isolados em outros presídios.

Os presos não se conformaram com o isolamento dos seus líderes e a reação foi imediata. No dia 18 de fevereiro de 2001, os

detentos, revoltados com essa medida tomada pela administração penitenciária, organizaram, no Estado de São Paulo, a maior rebelião da história do país que envolveu 28.000 (vinte e oito mil) presos e tomou conta de 29 (vinte e nove) estabelecimentos, sendo 4 (quatro) cadeias públicas e 25 (vinte e cinco) unidades prisionais; tanto estas como aquelas, sob responsabilidade da Secretaria da Segurança Pública do Estado (COSATE, 2008). Essa mega-rebelião foi orquestrada pela facção criminosa Primeiro Comando da Capital, o famoso PCC.

Em resposta a esse ato de vandalismo, a Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, em 04 de maio de 2001, editou a Resolução SAP n.º. 26, que regulamentava

a inclusão, permanência e exclusão de presos no Regime Disciplinar Diferenciado, destinado aos líderes e integrantes de facções criminosas ou àqueles cujo comportamento exigia tratamento específico. O objetivo era o recrudescimento do controle disciplinar no interior do cárcere que seria aplicado, inicialmente em cinco unidades prisionais: Casa de Custódia de Taubaté, Penitenciárias I e II de Presidente Vanceslau, Penitenciárias de Iaras e Penitenciária I de Avaré. O regime consistia no isolamento do detento por 180 dias, na primeira inclusão, e por 360 dias, nas demais, com direito “a banho de sol de, no mínimo, 1 hora por dia” e “duração de 2 horas semanais para visitas” (artigo 5º, incisos II e IV da Resolução 26/01).

Isso posto, afirma-se, indubitavelmente, que a Lei n.º. 10. 792, de 1º de dezembro de 2003, foi elaborada com base na Resolução n.º 26, editada pela Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo.

Todavia, como se demonstra a seguir, não foram apenas esses eventos ocorridos em São Paulo que influenciaram o legislador ordinário a instituir o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) na Lei n.º. 7. 210 de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal – LEP).

2.2 Os problemas ocorridos no Rio de Janeiro

O Estado do Rio de Janeiro também foi palco de um episódio de grande repercussão que influenciou bastante a promulgação da Lei nº 10.792/2003, que instituiu o RDD na LEP. Tal episódio foi um motim ocorrido no dia 11 de setembro de 2002 no presídio de segurança máxima Bangu I, onde o chefe do Comando Vermelho, Luís Fernando da Costa, mais conhecido como Fernandinho Beira-Mar, com o apoio de outra facção criminoso, o Terceiro Comando, liderou um ataque contra a facção rival Amigo dos Amigos (ADA). (O GLOBO ONLINE, 2006).

Fernandinho Beira-Mar logrou êxito em sua investida que tinha como objetivo o assassinato de Ernaldo Pinto de Medeiros, o Uê, que era o líder do Amigo dos Amigos (ADA). Além de Uê, que teve o corpo carbonizado no ataque, também foram executados Wanderley Soares, o Orelha; Carlos Alberto da Costa, o Robertinho do Adeus, cunhado de Uê; e Elpídio Sabino, o Robô, todos integrantes do ADA. (CORREIO BRASILIENSE, 2008).

No entanto, as ações dos bandidos não terminaram com esses assassinatos. Todo o Estado do Rio de Janeiro foi alvo de ações do crime organizado que ordenou o fechamento do comércio e de escolas, sendo que quatro delas, localizadas em Bonsucesso e Ramos, foram metralhadas.

Com o passar do tempo, as ações foram ficando cada vez mais violentas, ao ponto de os bandidos passarem a atacar até mesmo autoridades, como juízes, por exemplo. Os casos mais famosos, que ganharam as manchetes de praticamente todos os jornais de grande circulação do país, ocorreram em março de 2003 quando foram assassinados dois juízes de Vara de Execuções Penais: Antônio Machado José Dias e Alexandre Martins de Castro Filho, no Estado de São Paulo e Espírito Santo, respectivamente.

Essas ações só vieram a confirmar o que todos já sabiam: os líderes das facções, mesmo estando presos, comunicam-se entre si – apesar de estarem em presídios diferentes e considerados de segurança

máxima – e comandam o crime dentro e fora dos presídios, causando a insegurança de todos³.

Nesse cenário foi promulgada a Lei nº 10. 792/ 2003, que instituiu o RDD na Lei de Execução Penal (LEP).

3 CONCEITO DE REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

A imprensa, constantemente, ao divulgar alguma notícia relacionada ao RDD, afirma que este constitui uma nova modalidade de cumprimento de pena. Entretanto, tal afirmação é equivocada porque, na verdade, o RDD não é uma nova modalidade de cumprimento de pena, mas sim de sanção disciplinar que consiste, sem prejuízo da sanção penal, no isolamento do preso, tanto o provisório como o condenado, que tenha praticado fato previsto como crime doloso que ocasione a subversão da ordem e disciplinas internas. (LEP. art. 54).

Mirabete (2007, p. 149), albergando por completo as ideias acima externadas, explica:

Pela Lei nº 10. 792, de 1º-12-2003, foi instituído o **regime disciplinar diferenciado**, que não constitui um regime de cumprimento de pena em acréscimo aos regimes fechado, semi-aberto e aberto, nem uma nova modalidade de prisão provisória, mas sim um novo regime de disciplina carcerária especial, caracterizado por maior grau de isolamento do preso e de restri-

³ Elisa Maria Pinto de Sousa, comentando sobre ação criminosa liderada por Beira-mar no presídio de Bangu – I, faz os seguintes questionamentos: “A pergunta é: como é que Beira-Mar conseguiu organizar essa rebelião uma vez que se encontrava recolhido na referida unidade prisional? E, pior, como é que ele conseguiu armas para render os carcereiros e matar seus rivais? Essas e muitas outras perguntas surgem no momento em que é evidente a falência do sistema prisional do nosso país.

Dentro das penitenciárias e presídios brasileiros, tais cenas de rebeliões se tornaram comuns. Se não fazem parte do dia-a-dia, ao menos, pode-se perceber “as facilidades” com que gozam os presos, traficando drogas internamente ou comunicando-se com o mundo exterior através de aparelhos celulares”. (**RDD – uma mácula à Constituição**. Disponível em: < <http://www.fesmip.org.br/arquivo/publicacao/Rdd.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2008).

ções ao contato com o mundo exterior, a ser aplicado como sanção disciplinar ou com medida de caráter cautelar, tanto ao condenado como ao preso provisório, nas hipóteses previstas em lei. (Grifos do autor)⁴.

Ademais, o Código Penal, na dicção do seu artigo 33, *caput*, ao instituir as formas de cumprimento de pena, silencia-se quanto ao RDD, mencionando apenas os regimes fechado, semi-aberto e aberto⁵.

Já a LEP, na redação do seu artigo 53 e incisos, estabelece que constituem **sanções disciplinares**: advertência verbal (I); repreensão (II); suspensão ou restrição de direito (III); isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo (IV); e **inclusão no regime disciplinar diferenciado** (V).

Por essas razões, entende-se que o RDD é uma sanção disciplinar.

4 HIPÓTESES DE CABIMENTO DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

Nos termos do art. 52, da LEP, o RDD pode ser aplicado em três casos, a saber: a) quando o preso, provisório ou condenado, praticar fato previsto como crime doloso que ocasione subversão da ordem

⁴ Em sentido contrário, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, entendendo que o RDD é uma tentativa de criar um regime de cumprimento de pena mais severo, elaborou parecer nos seguintes termos: “Embora esteja encartado no Capítulo IV da LEP (Dos Deveres, dos Direitos e da Disciplina), o RDD, em princípio, não tem natureza jurídica de sanção, uma vez que não se destina a punir alguém por uma conduta específica, mas afastar certos presos do meio carcerário comum”. (PARECER – RDD. Disponível em: <<http://www.mp.pa.gov.br/caocriminal/conselhos/cnppc/legislacao/pareceres/Parecer%20RDD.pdf>>. Acesso em: 15 maio. 2008).

⁵ Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em **regime fechado, semi-aberto ou aberto**. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (Grifo nosso).

ou disciplina internas (*caput*)⁶; b) presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade (§ 1º); e c) o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando (§ 2º).

4.1 Prática de fato previsto como crime doloso que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas

De acordo com o *caput* do art. 52, da LEP, a prática de fato previsto como crime doloso por si só não dá ensejo à inclusão do preso no RDD. Para que isso ocorra, mister se faz que tal fato acarrete a subversão da ordem ou da disciplina internas. (MARCÃO, 2007, p. 39).

Ressalte-se que subversão, no direito penal, consiste em “ato de rebeldia ou de revolta contra a ordem legal ou política vigente ou contra a autoridade constituída, manifestada de modo agressivo”. (DINIZ, 1998, v. 4, p. 449.). Já ordem, como prevista no referido dispositivo legal, significa “regulamento sobre a conduta de membros de uma coletividade, imposto ou aceito democraticamente, que objetiva o bem-estar dos indivíduos e o bom andamento dos trabalhos”. (HOUAISS, 2001, p. 2076). E, por derradeiro, a disciplina, que significa o “ato de uma autoridade competente aplicar punição a quem desobedecer os regulamentos de uma entidade a que pertence; obediência a uma autoridade”. (DINIZ, 1998, v. 2, p. 189.).

Importante advertir que se o fato previsto como crime doloso que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas não se consumir por circunstâncias alheias à vontade do agente, ou seja, se houver apenas a tentativa, esta será punida com a sanção correspondente à falta consumada. (LEP, art. 49, parágrafo único).

⁶ Com relação à presciência de fato previsto como crime doloso, Guilherme de Souza Nucci faz o seguinte comentário: “note-se bem: *fato* previsto como crime e não *crime*, pois se esta fosse a previsão dever-se-ia aguardar o julgamento definitivo do Poder Judiciário, em razão da presunção de inocência, o que inviabilizaria a rapidez e a segurança que o regime exige”. (**Manual de Direito Penal**: parte geral e parte especial. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 392).

4.2 Presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade

Reza o § 1º do art. 52, da LEP: “O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade”.

Nessa hipótese, diferentemente do que ocorre no caso do *caput*, do mesmo artigo, não é necessário que o encarcerado tenha praticado fato previsto como crime doloso durante o período em que estiver preso. A única exigência que é feita para a inclusão do preso no RDD é que ele (preso) apresente “alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade” (§1º). Ademais, “alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade” é uma expressão muito vaga, imprecisa e que pode ser sujeita a várias interpretações.

4.3 Preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando

Dispõe o artigo 52, § 2º, da LEP:

Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

Conforme se percebe, o sobredito dispositivo legal não fez nenhuma alusão ao estrangeiro, esteja ele preso ou condenado, como está previsto no § 1º do mesmo artigo, razão pela qual Marcão (2007, p. 41) afirma que está “excluída, sob tal fundamento, a possibilidade de sua inclusão no regime disciplinar diferenciado, já que as normas que impõem limitações a direitos devem ser interpretadas restritivamente”.

Entende-se que, nessa hipótese, assim como na do parágrafo primeiro, além de haver expressões muito vagas, imprecisas e que podem ser sujeitas a várias interpretações, procura-se punir o sujeito pelo que ele é e não pelo fato que ele praticou, ou seja, pune-se o autor e não o fato.

5 CARACTERÍSTICAS

O art. 52, da LEP, em seus 4 (quatro) incisos, apresenta as características do RDD, que são:

- a) duração máxima de 360 (trezentos e sessenta) dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada (I);
- b) recolhimento em cela individual (II);
- c) visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas (III);
- d) o preso terá direito à saída da cela por 2 (duas) horas diárias para banho de sol (IV).

5.1 Duração máxima de 360 (trezentos e sessenta) dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada

É preciso ter atenção ao ler o inciso I do art. 52, da LEP, para não incorrer no erro de afirmar que o prazo máximo de tempo em que o preso pode ser submetido ao RDD é de 1 (um) ano. Essa afirmação é errônea, uma vez que a lei se refere a 360 (trezentos e sessenta) dias e não a 1 (um) ano⁷, podendo ser aplicado outras vezes, desde que haja o cometimento de nova falta grave de mesma espécie, não podendo exceder o limite de um sexto da pena aplicada.

Na doutrina, há quem defenda a tese de que o RDD pode ser aplicado toda vez que for praticada falta grave, inexistindo limite de tempo em que o preso poderá ser submetido a esse regime, pois apenas em pouquíssimos casos é que a periculosidade do encarcerado irá se

⁷ 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias.

extinguir concomitantemente com o fim da sanção disciplinar. Sendo assim, esta deverá continuar sendo aplicada enquanto persistir a periculosidade daquele. (CUNHA; CERQUEIRA, 2004, p. 315).

Discorda-se daqueles que assim pensam, já que o inciso I, do art. 52 da LEP, expressamente restringe a inclusão no RDD até o limite de um sexto da pena aplicada.

Além do mais, constata-se que, se não houvesse o mencionado limite temporal, o RDD deixaria de ser previsto como uma sanção disciplinar e passaria a ser previsto como um regime de cumprimento de pena, uma vez que assim haveria a possibilidade de o preso cumprir sua pena integralmente submetido a esse regime.

5.2 Recolhimento em cela individual

Conforme o inciso II, do art. 52, da LEP, o preso submetido ao RDD deverá ser recolhido em uma cela individual. Em outras palavras, o preso será isolado na famosa “solitária”⁸. Uma observação importante: Em nenhuma hipótese será permitido o emprego de cela escura. (LEP. Artigo 45, § 2º)⁹.

5.3 Visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração máxima de duas horas

De acordo com o inciso III, do art. 52, da LEP, o preso submetido ao RDD terá direito a visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas.

A redação desse dispositivo legal é ambígua quando menciona “sem contar as crianças”. A dúvida era se elas não poderiam visitar ou se não seria computado o número de crianças na visita ao preso incluído nesse regime disciplinar.

⁸ “**SOLITÁRIA**. *Direito penitenciário*. Cela onde o sentenciado fica isolado para cumprir pena de reclusão ou por ser perigoso”. (DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 4. p. 416, grifo do autor).

⁹ Nesse diapasão, a disposição do artigo 31 das Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros: “As penas corporais, a colocação em ‘segredo escuro’ bem como todas as punições cruéis, desumanas ou degradantes devem ser completamente proibidas como sanções disciplinares”.

O que se entende é que não será computado o número de crianças na visita ao preso submetido ao RDD, posto que uma das maneiras de se garantir um dos objetivos da execução penal, que é oferecer ao condenado a harmônica integração social, é permitindo que o preso, mesmo estando submetido ao RDD, seja visitado pelos seus filhos¹⁰.

Por fim, é relevante frisar que nesse tipo de regime o preso não terá direito à visita íntima.

5.4 O preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol

Com relação ao inciso IV, do art. 52, da LEP, há quem defenda que se trata de nítida violação ao art. 5º, incisos III e XLVII, alínea “e”, da Constituição Federal, que asseguram aos presos o respeito a sua integridade física e psíquica, de modo que não serão submetidos à tortura nem a tratamento desumano ou degradante, assim como vedam a aplicação de penas cruéis.

Alega-se que é desumano, consistindo em uma verdadeira tortura psicológica, deixar o preso trancafiado 22 (vinte e duas) horas por dia sendo-lhe permitido apenas 2 (duas) horas diárias para banho de sol¹¹.

Convém ressaltar que, até nesse horário do banho de sol, será proibido o contato do ergastulado com os outros presos.

¹⁰ Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Art. 1º. A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

¹¹ Nesse sentido é o parecer do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (**PARECER –RDD**). Disponível em: <<http://www.mp.pa.gov.br/caocriminal/conselhos/cnppc/legislacao/pareceres/Parecer%20RDD.pdf>>. Acesso em: 15 maio. 2008); Cf. BUSATO, Paulo César. **Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal de inimigo**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=59>. Acesso em: 15 maio. 2008; CAMILO, Roberta Rodrigues. **Evolução das penas e o regime disciplinar Diferenciado**. 2007; Dissertação (Curso de Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007; FERREIRA, Fábio Félix; RAYA, Salvador Cutiño. Da inconstitucionalidade do isolamento em cela e do regime disciplinar diferenciado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 12, n. 49, p. 251-289, jul./ago. 2004.

6 O ISOLAMENTO PREVENTIVO E A INCLUSÃO PREVENTIVA NO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

Reza o artigo 60, *caput*, da LEP:

A autoridade administrativa poderá decretar o isolamento preventivo do faltoso **pelo prazo de até dez dias**. A inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado, no interesse da disciplina e da averiguação do fato, dependerá de despacho do juiz competente. (Grifo nosso).

Como se pode perceber, o referido dispositivo legal prevê duas medidas extremas, quais sejam: a) O isolamento preventivo, que será decretado pela autoridade administrativa, ou seja, pelo diretor do presídio; e b) inclusão preventiva do ergastulado no “regime disciplinar diferenciado, *no interesse da disciplina e da averiguação do fato*; sendo que tal inclusão dependerá de despacho do juiz competente”. (MARCÃO, 2007, p. 42, grifo do autor).

Essas medidas extremas podem ser aplicadas ao preso provisório ou definitivo, nacional ou estrangeiro, observado o prazo de até 10 (dez) dias, que será improrrogável, além de não ser admitida nova decretação pelo mesmo fato.

Relevantes são as considerações feitas ao tema por Marcão (2007, p. 42):

Escoado o prazo, ou se determina a inclusão no regime disciplinar diferenciado, conforme regulado no art. 52, observadas as hipóteses autorizadas (*caput*, §§ 1º e 2º), ou se restitui ao preso sua *normal* condição de encarcerado.

A inclusão preventiva no RDD é medida cautelar a ser decretada pelo juiz da execução, *no interesse da disciplina e da averiguação do fato*, não se constituindo em distinta *quarta hipótese* de inclusão, apesar da confusa redação que foi dada ao dispositivo em comento.

Sua decretação reclama a constatação e demonstração, em despacho judicial fundamentado, de dois requisitos básicos: *fumus boni jûris* e *periculum in mora*.

A inclusão preventiva, como pode parecer à primeira vista, não é cabível apenas na hipótese regulada no *caput* do art. 52. Poderá ser decretada para qualquer das três hipóteses autorizadas (*caput*, §§ 1º e 2º do art. 52 da LEP).

O tempo de *isolamento preventivo* ou de *inclusão preventiva* no regime disciplinar diferenciado será computado no período de cumprimento da sanção disciplinar, conforme estabelece o parágrafo único do art. 60 da Lei de Execução Penal.

Urge salientar que se o preso for submetido preventivamente ao RDD e depois ocorra a inclusão definitiva, tem que haver a detração, isto é, esse tempo de isolamento preventivo ou inclusão preventiva será computado no período de cumprimento da sanção disciplinar. (LEP. art. 60, *caput*).

De modo mais claro, se for decretado o isolamento preventivo por 10 (dez) dias e depois de cumprido esse prazo, haja a inclusão definitiva do preso no RDD para ser cumprido no seu prazo máximo, ou seja, 360 (trezentos e sessenta) dias, serão descontados desse tempo o período de isolamento preventivo. Sendo assim, o preso terá que cumprir 350 (trezentos e cinquenta) dias nesse tipo de regime.

Para que haja a inclusão preventiva no RDD, não é preciso a prévia manifestação do Ministério Público e nem da Defesa; no entanto, no caso da inclusão definitiva, é indispensável a prévia manifestação de ambos, sob pena de nulidade absoluta.

Nos termos do art. 196, da LEP, o Ministério Público e a Defesa terão o prazo de 3 (três) dias para se manifestarem.

A inclusão definitiva é de competência do juiz da execução penal, que não poderá decretá-la *ex officio*. Nucci (2007, p. 957), corroborando essa linha de pensamento, assevera que apenas o juiz da execução penal poderá decretar a inclusão do preso no RDD. Já para Mirabete (2007, p. 156), a competência vai depender do momento em que a sanção irá ser aplicada:

Ao mencionar no art. 54 o juiz competente para a aplicação da sanção de inclusão no regime disciplinar diferenciado, prevê a lei a possibilidade de ser competente outro juiz que não o juiz da execução, como o juiz do processo. **Tratando-se de aplicação de sanção no curso do cumprimento da pena privativa de liberdade, competente será o juiz da execução. Se a falta for cometida no curso de prisão cautelar, a competência, em princípio, será do juiz do processo.** (Grifo nosso).

Por fim, nos termos do art. 54, §§ 1º e 2º, da LEP, somente o diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa (Secretário da Segurança Pública ou o da Administração Penitenciária), através da elaboração de um requerimento circunstanciado, é que poderá postular a inclusão no RDD. Sendo assim, após a manifestação obrigatória do Ministério Público e da Defesa sobre o requerimento, o juiz competente, repita-se, o da execução penal, terá o prazo de 15 (quinze) dias para prolatar sua decisão. (NUCCI, 2007, p. 957).

7 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO SOB O ENFOQUE DA DOUTRINA

Conforme já dito no transcorrer deste trabalho, o regime disciplinar, instituído pela Lei nº. 10.792, de 1º de dezembro de 2003, derivou daquele criado no Estado de São Paulo através da Resolução SAP 26, de 04 de maio de 2001, cuja constitucionalidade foi logo questionada. “Não faltaram juristas para enfatizar: a Resolução viola a Constituição porque tratando-se de falta greve a matéria está afeta, exclusivamente, a lei ordinária, ademais é a Lei de Execução Penal que cuida de regulamentá-la”. (NUNES apud MARCÃO, 2007, p. 37).

O regime disciplinar criado pela Lei nº. 10.792/ 2003, apesar de ter sido descende da mencionada resolução, não sofre nenhum vício formal; pois, antes de ser instituído, passou por um amplo debate parla-

mentar, além de várias audiências públicas que foram promovidas pela Constituição da Comissão de Justiça¹².

Assim, a doutrina é pacífica em afirmar que não há vício formal, concentrando-se em analisar se o RDD, instituído na LEP, padece de algum vício material. Significa dizer que não se discute a sua forma de elaboração e sim o seu conteúdo, avaliando-se se este contraria alguma norma constitucional.

7.1 Corrente que defende a inconstitucionalidade do regime disciplinar diferenciado

O RDD, desde que foi instituído na LEP, através da Lei n.º 10.792/ 2003, tem sido alvo de severas críticas no que se refere a sua constitucionalidade.

Renomados juristas alegam que o RDD é inconstitucional, haja vista violar diversos preceitos estabelecidos na Constituição Federal, Tratados Internacionais de Direitos Humanos, além das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Prisioneiros.

Para a Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Maria Thereza Rocha de Assis Moura (2004), o RDD fere o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (CF. art. 1.º, III), a proibição de submissão dos presos a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (CF. art. 5.º, III), além da garantia do respeito à integridade física e moral do preso (CF. art. 5.º, XLIX); pois o aludido regime, ao isolar o preso por 22 (vinte e duas) horas diariamente, durante 360 (trezentos e sessenta) dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de 1/6 (um sexto) da pena aplicada, constitui um verdadeiro castigo físico e moral.

A grande dificuldade de se verificar se o RDD é uma forma de submeter o preso a tratamento cruel, desumano ou degradante, está no fato de que a Constituição Federal não apresenta definições, nem um conceito para essas formas de tratamento.

¹² Cf. CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Brasil). **PAR-RECER – RDD**. Disponível em: <<http://www.mp.pa.gov.br/caocriminal/conselhos/cnpcp/legislacao/pareceres/Parecer%20RDD.pdf>>. Acesso em: 15 maio. 2008.

Como se sabe, “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (CF. art. 5º, § 3º).

Por essa razão, os defensores da inconstitucionalidade do RDD, freqüentemente, recorrem aos tratados internacionais, ratificados pelo Brasil, para conceituar as supramencionadas formas de tratamento.

Desse modo, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (2004), buscando demonstrar que o aludido regime é inconstitucional, uma vez que padece de vício material, evocou - além de outro mecanismo, que se revelará mais adiante - 2 (duas) Convenções: 1) A Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis¹³, Desumanos ou Degradantes; e 2) A Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura¹⁴.

A primeira, na dicção do seu artigo 1º, estabelece:

Artigo 1º - Para fins da presente Convenção, o termo “tortura” designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam conseqüência unicamente de sanções

¹³ Adotada pela resolução n. 39/46 da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1984 e ratificada pelo Brasil em 28 de setembro de 1989.

¹⁴ Adotada e aberta à assinatura no XV Período Ordinário de Sessões da Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos, em Cartagena das Índias (Colômbia), em 9 de dezembro de 1985 - ratificada pelo Brasil em 20 de julho de 1989.

legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.

A segunda, no seu artigo 2º, dispõe:

Artigo 2º - Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por tortura todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou qualquer outro fim. Entender-se-á também como tortura a aplicação, sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica.

Conforme se vê, esses tratados também não definiram o que vem a ser “tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”. Contudo, apresentaram um conceito para tortura, o que possibilita afirmar que “sendo esta um extremo, aqueles seriam uma versão mitigada daquela, dada sua menor intensidade”. (CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Brasil), 2004).

Logo, devido às citadas Convenções, sem o auxílio de outros recursos, serem insuficientes para definir “tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (2004) recorreu, também, às Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros¹⁵ que, nos seus artigos 31 e 32, estabelece:

31. Serão absolutamente proibidos como punições por faltas disciplinares os castigos corporais,

¹⁵ Adotadas pelo 1º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes, realizado em Genebra, em 1955, e aprovadas pelo Conselho Económico e Social da ONU através da sua resolução 663 C I (XXIV), de 31 de julho de 1957, aditada pela resolução 2076 (LXII) de 13 de maio de 1977.

a detenção em cela escura, e todas as penas cruéis, desumanas ou degradantes.

32. 1) As penas de isolamento e de redução de alimentação não deverão nunca ser aplicadas, a menos que o médico tenha examinado o preso e certificado por escrito, que ele está apto para as suportar.

2) O mesmo se aplicará a outra qualquer punição que possa ser prejudicial à saúde física ou mental de um preso. Em nenhum caso deverá tal punição contrariar ou divergir do princípio estabelecido na regra 31.

3) O médico visitará diariamente presos sujeitos a tais punições e aconselhará o diretor, se considerar necessário terminar ou alterar a punição por razões de saúde física ou mental.
(Grifo nosso).

Como se observa, o isolamento celular deve ser aplicado apenas em casos excepcionais, sendo que o ergastulado obrigatoriamente deve ser submetido a acompanhamento médico, seja para autorizar a sua aplicação, seja para autorizar a sua continuidade, avaliando-se diariamente as condições de saúde física e mental do preso.

A Lei nº 10. 792/ 2003 não trouxe em seu bojo qualquer previsão de amparo médico ao preso submetido ao RDD. Desse modo, o referido regime é inconstitucional, pois há clara violação às Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros e ao artigo 5º, III, da Constituição Federal, “e presume-se que a aplicação da segregação individual resulta em crueldade, desumanidade e/ou degradação da pessoa encarcerada”. (CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Brasil), 2004).

7.2 Corrente que defende a constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado

Assim como na corrente que defende a inconstitucionalidade do RDD, a que sustenta a sua constitucionalidade também é encabeçada por renomados juristas, cujos argumentos são bastante

plausíveis. Entre eles está Nucci (2007, p. 958) que, refutando os argumentos externados no sub-tópico anterior, afirma que o RDD não constitui uma prática cruel, visto que não se deve combater os criminosos de alta periculosidade, que comandam o crime dentro e fora dos presídios, fazendo uso das mesmas ferramentas destinadas ao combate do delinqüente comum.

Como cediço, o crime organizou-se também dentro dos presídios de modo que os líderes das facções criminosas, mesmo estando presos, continuam administrando seus negócios. Por essa razão, o aludido autor advoga que o RDD é um mal necessário, um meio eficaz de combate ao crime organizado dentro dos estabelecimentos prisionais, não constituindo uma pena cruel¹⁶.

Não é diverso o entendimento do Promotor de Justiça do Rio de Janeiro, Marcelo Lessa Bastos (2007) que, defendendo a constitucionalidade do RDD, averbrou:

Não se consegue compreender as críticas doutrinárias que são endereçadas ao isolamento

¹⁶ E arremata afirmando: “Proclamar a inconstitucionalidade desse regime, fechando os olhos aos imundos cárceres aos quais estão lançados muitos presos no Brasil é, com a devida vênia, uma imensa contradição. Constitui situação muito pior ser inserido em uma cela coletiva, repleta de condenados perigosos, com penas elevadas, muitos deles misturados aos presos provisórios, sem qualquer regramento e qualquer regramento e completamente insalubre, do que ser colado em cela individual, longe da violência de qualquer espécie, com mais higiene e asseio, além de não submeter a nenhum tipo de assédio de outros criminosos. Pensamos ser essa situação mais séria e penosa que o regime disciplinar diferenciado. Obviamente, poder-se-ia argumentar, que *um erro não justifica outro*, mas é fundamental lembrar que o *erro essencial* provém, primordialmente, do descaso de décadas com o sistema penitenciário, gerando e possibilitando o crescimento do crime organizado nos presídios. Ora, essa situação necessita de controle imediato, sem falsa utopia. Ademais, não há direito absoluto, como vimos defendendo em todos os nossos estudos, razão pela qual a harmonia entre direitos e garantias é fundamental. Se o preso deveria estar inserido em um regime fechado ajustado à lei, o que não é regra, mas exceção, a sociedade também tem direito à segurança pública. Por isso, o RDD tornou-se uma alternativa viável para conter o avanço da criminalidade incontrolada, constituindo meio adequado para o momento vivido pela sociedade brasileira. Em lugar de combater, idealmente, o regime disciplinar diferenciado, pensamos ser mais ajustado defender, por todas as formas possíveis, o fiel cumprimento às leis penais e de execução penal, buscando implementar, na prática, os regimes fechado, semi-aberto e aberto, que, em muitos lugares, constituem meras quimeras. A jurisprudência encontra-se dividida, porém, a maioria dos julgados tem admitido a constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado”. (NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 959).

absoluto de presos líderes de organizações criminosas, após se terem informações seguras de que continuam a comandar seus negócios. O isolamento é imperativo e é a única medida efetiva que se dispõe para neutralizar a ação dessas pessoas. Isto visa a enfraquecer a liderança da organização, contribuindo para dispersar o seu comando. Não há que se opor ao isolamento argumentos no sentido da função educadora da pena, porque tais pessoas, ainda que não possam perder este *status* de pessoas, ao contrário do que crê Jakobs, demonstram cabalmente que não estão querendo se ressocializar. Resta, pois, como forma legítima de proteção dos cidadãos, que igualmente têm o direito constitucional à segurança pública, isolar essas pessoas, pelo tempo necessário para neutralizar sua influência na organização a que pertença, nem que isto leve todo o tempo restante de sua pena. Sinceramente, as críticas endereçadas ao “RDD” não são racionais, são emotivas, e não resistem à análise cotidiana da escalada da criminalidade organizada, liderada de dentro das prisões. Só falta vir alguém sustentando que, como o condenado perdeu somente o direito de liberdade, há de conservar o direito subjetivo de trabalhar e, como o trabalho dele era na organização criminosa, é direito seu continuar a comandar seus negócios, o que seria um agudo e freudiano caso de desequilíbrio intelectual.

Márcio Thomaz Bastos, quando ainda era Ministro da Justiça, manifestou-se a respeito da constitucionalidade do RDD nos seguintes termos: “Eu não considero inconstitucional. Considero uma medida dura, uma medida que tem que ser usada com muito cuidado. Tem que ser reservada para chefes de quadrilha, mas não é inconstitucional”. (GLOBO.COM).

Outro argumento dos defensores da constitucionalidade do RDD é que hoje ele é o único meio eficaz para impedir que ocorram rebeliões e, também, combater o crime organizado dentro dos presídios.

Ademais, alegam que, na realidade, o que ocorre é um conflito aparente entre o respeito à dignidade do preso e a inviolabilidade do direito à vida e à segurança que o Estado deve garantir a todos. (CALDAS, p. 22).

Afirmam que o conflito é aparente porque, utilizando-se do método da ponderação de valores constitucionalmente protegidos, constata-se que não há colisão; pois, no caso concreto, a inviolabilidade do direito à vida e à segurança deve prevalecer sobre a dignidade do preso. (CALDAS, p. 22).

8 CONCLUSÃO

Ao fim deste artigo, é possível sintetizar suas principais idéias nas seguintes proposições:

1. O RDD viola o princípio da dignidade da pessoa humana (CF. art. 1º, III), já que o aludido regime submete o preso a um tratamento desumano e degradante, além de violar vários direitos fundamentais, cuja finalidade principal é a garantia da proteção à dignidade da pessoa humana.

2. O RDD é inconstitucional porque, o Estado tem legitimidade para privar a liberdade daquele que comete um crime e não sua dignidade, como ocorre ao submeter o preso a esse regime.

3. O RDD fere o princípio da proporcionalidade, visto que é desproporcional que uma sanção disciplinar tenha o seu tempo de duração (máximo de 360 dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada) superior ou quase igual ao de alguns crimes tipificados no Código Penal, como, por exemplo, lesão corporal (Pena - detenção, de três meses a um ano), perigo de contágio venéreo (Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa), maus-tratos (Pena - detenção, de dois meses a um ano, ou multa), rixa (Pena - detenção, de quinze dias a dois meses, ou multa) e constrangimento ilegal (Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa).

4. O RDD infringe o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, que assegura aos presos o respeito à integridade física e moral, já que constitui um verdadeiro castigo físico isolar o ergastulado por 360 (trezentos e sessenta) dias, dando-lhe o direito de apenas 2 (duas) horas diárias para banho de sol.

5. O RDD viola o princípio da legalidade (CF. art. 5º, XXXIX), pois traz, nas suas hipóteses de inclusão, expressões muito vagas e imprecisas, como ocasionar “subversão da ordem ou disciplina internas”, “alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade” e “fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando”. Esses conceitos não se amoldam à taxatividade que é um desdobramento do princípio da legalidade.

6. O RDD transgredir o art. 5º, incisos III e XLVII, “e”, da Constituição Federal: vedação constitucional à tortura e proibição da aplicação de penas cruéis, respectivamente; pois acarreta a destruição física e psicológica do preso.

7. O RDD, além de ser inconstitucional, pelas razões acima externadas, é uma medida desnecessária, tendo em vista que a LEP já previa a classificação dos presos de acordo com os seus antecedentes e personalidade. (art. 5º).

7. 1 Nessa esteira de raciocínio, infere-se que basta a LEP ser cumprida para que os presos de alta periculosidade, os chefes do crime organizado, não cumpram pena junto com preso comum¹⁷, e assim não tenham o “controle” do presídio o que, por conseqüência lógica, dificultará comandar o crime dentro e fora do estabelecimento prisional.

8. Os presos continuam comandando o crime de dentro dos presídios não pelo fato de a lei ser branda, mas sim por incompetência do Estado de promover a segurança dentro e fora dos estabelecimentos prisionais.

¹⁷ Entenda-se preso comum como aquele que não tem poder sobre os demais, que não apresenta alto grau de periculosidade e, portanto, quando tem que cumprir a pena no mesmo pavilhão ou na mesma cela do preso de alta periculosidade, do chefe do crime organizado, vê-se obrigado, para sobreviver, a obedecer toda e qualquer ordem dada por estes.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Marcelo Lessa. **Alternativas ao direito penal do inimigo**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9481>>. Acesso em: 26 out. 2008.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de J. Cretela Júnior e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BUSATO, Paulo César. **Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal de inimigo**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=59>. Acesso em: 15 maio. 2008.

CALDAS, Vivian Barbosa. Regime Disciplinar Diferenciado. **Revista da AMPDFT – Associação do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, ano 7, n. 5, p. 22 - 25.

CAMILO, Roberta Rodrigues. **Evolução das penas e o regime disciplinar diferenciado**. 2007. Dissertação (Curso de Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (Brasil). **PARECER –RDD**. Disponível em: <<http://www.mp.pa.gov.br/cao-criminal/conselhos/cnpec/legislacao/pareceres/Parecer%20RDD.pdf>>. Acesso em: 15 maio. 2008.

CORREIO BRASILIENSE. **Título vira alvo dos bandidos**. Disponível em: <<http://www.adpf.org.br/modules/news/article.php?storyid=33399>>. Acesso em: 9 out. 2008.

COSATE, Tatiana Moraes. **Regime disciplinar diferenciado (RDD): um mal necessário?** Disponível em: [http://www2.uel.br/revistas/direito-pub/pdfs/VOLUME_2/num_2/RegimeDisciplinarDiferenciado\(RDD\)Ummalnecess%E1rio%5B2%5D.pdf](http://www2.uel.br/revistas/direito-pub/pdfs/VOLUME_2/num_2/RegimeDisciplinarDiferenciado(RDD)Ummalnecess%E1rio%5B2%5D.pdf). Acesso em: 15 out. 2008.

CUNHA, Rogério Sanches; CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) – Breves comentários. In: GOMES, Luiz Flávio; VANZOLINI, Patrícia (Coord.). **Reforma Criminal** - Comentários as Leis: 10.695/2003, 10.701/2003, 10.713/2003, 10.732/2003, 10.741/2003, 10.763/2003, 10.764/2003. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 309 - 321.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 2.

_____. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 4.

FERREIRA, Fábio Félix; RAYA, Salvador Cutiño. Da inconstitucionalidade do isolamento em cela e do regime disciplinar diferenciado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano. 12, n. 49, p. 251 - 289, jul./ago. 2004.

GLOBO.COM. **RDD em discussão**. Disponível em: <<http://jornalnacional.globo.com/Telejornais/JN/0,RDD+EM+DISCUSSAO.html>>. Acesso em: 9 out. 2008.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrine. **Execução Penal**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Notas sobre a inconstitucionalidade da lei nº 10.792/2003, que criou o regime disciplinar diferenciado na execução penal**. Disponível em:<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/16652/1/Notas_Inconstitucionalidade_Lei_10.792.pdf>. Acesso em: 9 out. 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral e parte especial**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Manual de processo penal e execução penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

O GLOBO ONLINE. **Rio viveu onda de ataques em 2002**. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/rio/mat/2006/12/28/287211958.asp>>. Acesso em: 9 out. 2008.

SÃO PAULO (Estado). Secretária da Administração Penitenciária. **Regime disciplinar diferenciado (RDD)**. Disponível em: http://www.memorycmj.com.br/cnep/palestras/nagashi_furukawa.pdf. Acesso em: 15 out. 2008.

SOUSA, Elisa Maria Pinto de. **RDD – uma mácula à Constituição**. Disponível em: <<http://www.fesmip.org.br/arquivo/publicacao/Rdd.pdf>>. Acesso em: 9 out. 2008.

**DIREITO
AMBIENTAL**

O PODER PÚBLICO BRASILEIRO NA REGULAÇÃO DA PRODUÇÃO DE ENERGIA

*Victor Oliveira Silva**

Resumo: As formas de atuação do Brasil para o controle da produção energética. Faz-se um apanhado geral dos Conselhos Interministeriais e das Agências Reguladoras de produção de energia no país. Analisa-se o conflito entre a produção de energia e os impactos ambientais gerados por ela, buscando-se o alcance do desenvolvimento sustentável. Conclui-se pelo reconhecimento das políticas públicas do tema, na esperança de sua efetivação no país.

Palavras-chave: Meio ambiente. Políticas públicas. Desenvolvimento sustentável.

Abstract: The actuation of the Brazilian government on the control of the production of energy. This paper analyses the Ministerial Councils and the State's Agencies which regulates the energetic production in the country. It studies the conflict between the production of energy and the environment damages caused by them, in order to reach the sustainable development. It concludes for the congratulation of the public politics on the subject, hoping for their effective application in the country.

Keywords: Environment. Public politics. Sustainable development.

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão, com intercâmbio acadêmico na Universidade do Porto – Portugal (fev/ago de 2008). Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão desde mar/2006, ora exercendo o cargo em comissão de Assessor Jurídico da Assessoria Jurídica Especial da Presidência. E-mail: vsvictorsilva@yahoo.com.br

1 INTRODUÇÃO

Fiorillo (2008, p. 551) tenta definir a energia como a “capacidade para a ação vigorosa; força inerente; forças potenciais’ sendo certo que é uma ‘quantidade conservada’, não sendo ‘criada ou destruída, mas apenas convertida ou redistribuída de uma forma para outra”.

É inegável a necessidade da humanidade pela utilização da energia. Bens que, em um passado não muito distante compunham uma verdadeira característica de luxo nas residências, hoje se mostram imprescindíveis a uma qualidade de vida aceitável na sociedade.

Mas, além disso, o uso da energia circunda toda a cadeia de produção e desenvolvimento do planeta. Entretanto, a busca pela produção e pelo desenvolvimento não podem ser feitas de forma desregulada. Imperiosa fica, então, a noção de desenvolvimento sustentável que, nas palavras de Silva (1998, p. 07), “consiste na exploração equilibrada dos recursos naturais, nos limites da satisfação das necessidades e do bem-estar da presente geração, assim como de sua conservação no interesse das gerações futuras”.

Por sua vez, Campos (2001, p. 62) afirma que:

O grande desafio, que se coloca para os agentes econômicos de governo, operadores do direito em geral, é alcançar o desenvolvimento econômico e social, atendendo a demanda de energia elétrica, conciliando, isso tudo, com a preservação do meio ambiente.

Continua o autor ao afirmar que toda conversão de energia gera subprodutos indesejáveis ao meio ambiente, a exemplo “calor, fumaça, poluição visual, alagamento de áreas, lixo radioativo, ruído, etc.” (CAMPOS, 2001, p. 62). Assim, constata que “esse fato físico faz com que não seja possível a produção de energia elétrica, sem nenhum impacto do ambiente”.

É em busca disso que os governos devem adotar políticas mais específicas que tratem da tutela do meio ambiente, sem que isso gere prejuízos maiores para os variados setores da economia.

2 A EXPLORAÇÃO DE PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEL

No contexto nacional, em termos de normatização, cabe destaque a lei 9478/97, que “dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências”. Esse é, sem dúvidas, o principal documento normativo sobre a política energética em âmbito nacional.

Já em seu artigo 1º, a lei demonstra seus reais objetivos, *verbis*:

Art. 1º As políticas nacionais para o aproveitamento racional das fontes de energia visarão aos seguintes objetivos:

I - preservar o interesse nacional;

II - promover o desenvolvimento, ampliar o mercado de trabalho e valorizar os recursos energéticos;

III - proteger os interesses do consumidor quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos;

IV - proteger o meio ambiente e promover a conservação de energia;

V - garantir o fornecimento de derivados de petróleo em todo o território nacional, nos termos do § 2º do art. 177 da Constituição Federal;

VI - incrementar, em bases econômicas, a utilização do gás natural;

VII - identificar as soluções mais adequadas para o suprimento de energia elétrica nas diversas regiões do País;

VIII - utilizar fontes alternativas de energia, mediante o aproveitamento econômico dos insumos disponíveis e das tecnologias aplicáveis;

IX - promover a livre concorrência;

X - atrair investimentos na produção de energia;

XI - ampliar a competitividade do País no mercado internacional.

XII - incrementar, em bases econômicas, sociais e ambientais, a participação dos biocombustíveis na matriz energética nacional.

Outro órgão que se apresenta fundamental na política energética nacional é o Conselho Nacional de Política Energética – CNPE, instituído por esta lei e regulamentado pelo Decreto 3520/00, tendo a atribuição principal de assessorar o Presidente da República nas decisões tomadas acerca da política energética nacional, especialmente, de acordo com o art. 2º da lei 9478/97, no que tange a:

I - promover o aproveitamento racional dos recursos energéticos do País, em conformidade com os princípios enumerados no capítulo anterior [que trata dos objetivos da política energética nacional] e com o disposto na legislação aplicável;

II - assegurar, em função das características regionais, o suprimento de insumos energéticos às áreas mais remotas ou de difícil acesso do País, submetendo as medidas específicas ao Congresso Nacional, quando implicarem criação de subsídios;

III - rever periodicamente as matrizes energéticas aplicadas às diversas regiões do País, considerando as fontes convencionais e alternativas e as tecnologias disponíveis;

IV - estabelecer diretrizes para programas específicos, como os de uso do gás natural, do carvão, da energia termonuclear, dos biocombustíveis, da energia solar, da energia eólica e da energia proveniente de outras fontes alternativas (Redação dada pela Lei nº 11.097, de 2005);

V - estabelecer diretrizes para a importação e exportação, de maneira a atender às necessidades de consumo interno de petróleo e seus derivados, gás natural e condensado, e assegurar o adequado funcionamento do Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis e o cumprimento do Plano Anual de Estoques Estratégicos de Combustíveis, de que

trata o art. 4º da Lei nº 8.176, de 8 de fevereiro de 1991;

VI - sugerir a adoção de medidas necessárias para garantir o atendimento à demanda nacional de energia elétrica, considerando o planejamento de longo, médio e curto prazos, podendo indicar empreendimentos que devam ter prioridade de licitação e implantação, tendo em vista seu caráter estratégico e de interesse público, de forma que tais projetos venham assegurar a otimização do binômio modicidade tarifária e confiabilidade do Sistema Elétrico (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004).

Interessante é observar, de início, que o inciso IV anteriormente se cingia a diretrizes “para programas específicos, como os de uso do gás natural, do álcool, do carvão e da energia termonuclear”. Entretanto, com a inovação legislativa de 2005, ampliou-se essa atuação para as novas formas de produção de energia, as ditas “fontes alternativas”, ficando expressa sua competência para bicomcombustíveis, energia solar e energia eólica, além de deixar a abertura para outras fontes que possam ser descobertas.

Ademais, a lei dá um passo importante, ao menos no campo teórico, para que se enfatize a necessidade de um planejamento bem organizado e estruturado da produção de energia elétrica, como vemos no inciso VI, *supra*, no intuito de que o conselho, enquanto um colegiado de característica multi-institucional, através de seus estudos especializados, tenha a possibilidade de prevenir o Poder Executivo de um colapso no sistema elétrico nacional, evitando que haja, como vimos anos atrás, uma crise de escassez de energia elétrica no país. Ressalte-se que este inciso foi incluído apenas em 2004, ou seja, após a crise energética.

Essa multi-institucionalidade comentada é facilmente percebida se verificarmos, especialmente, a pluralidade de seus membros. Além do Ministro de Minas e Energia, seu presidente, o CNPE é composto pelos Ministros de Ciência e Tecnologia; Planejamento, Orçamento e Gestão; Fazenda; Meio Ambiente; e Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; Chefe da Casa Civil. Também compõem o conselho: um representante de cada Estado e do Distrito Federal, um cidadão bra-

sileiro especialista em matéria de energia e um representante de uma universidade brasileira, também especialista em matéria de energia.

Vale destacar que, caso se observe necessário, o CNPE poderá convocar membros de diversas entidades correlatas à matéria para participarem das discussões. Além disso, dispõe de uma Assessoria Técnica permanente e de Comitês Técnicos provisórios específicos para o estudo de determinados casos apresentados.

A lei 9478/97 traz disposições especiais para o regramento da exploração de petróleo no país. Assim, cria, em seu art. 7º, a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e biocombustíveis - ANP, uma autarquia que atua “como órgão regulador da indústria do petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis, vinculada ao Ministério de Minas e Energia”.

Os fundamentos desta agência estão na própria Constituição Federal que, em seu art. 177, §2º, III, previa, desde a Emenda Constitucional n.º 09/95, a criação de uma agência reguladora do monopólio da União sobre a exploração de petróleo. Assim, sua finalidade é “promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis”, cabendo a ela, nos termos da referida lei:

- I - implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de petróleo, gás natural e biocombustíveis, contida na política energética nacional, nos termos do Capítulo I desta Lei, com ênfase na garantia do suprimento de derivados de petróleo, gás natural e seus derivados, e de biocombustíveis, em todo o território nacional, e na proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos; (Redação dada pela Lei nº 11.097, de 2005);
- II - promover estudos visando à delimitação de blocos, para efeito de concessão das atividades de exploração, desenvolvimento e produção;
- III - regular a execução de serviços de geologia e geofísica aplicados à prospecção petrolífera, visando ao levantamento de dados técnicos, destinados à comercialização, em bases não-exclusivas;

IV - elaborar os editais e promover as licitações para a concessão de exploração, desenvolvimento e produção, celebrando os contratos delas decorrentes e fiscalizando a sua execução;

V - autorizar a prática das atividades de refinação, processamento, transporte, importação e exportação, na forma estabelecida nesta Lei e sua regulamentação;

VI - estabelecer critérios para o cálculo de tarifas de transporte dutoviário e arbitrar seus valores, nos casos e da forma previstos nesta Lei;

VII - fiscalizar diretamente, ou mediante convênios com órgãos dos Estados e do Distrito Federal, as atividades integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, bem como aplicar as sanções administrativas e pecuniárias previstas em lei, regulamento ou contrato; (Redação dada pela Lei nº 11.097, de 2005);

VIII - instruir processo com vistas à declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação e instituição de servidão administrativa, das áreas necessárias à exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, construção de refinarias, de dutos e de terminais;

IX - fazer cumprir as boas práticas de conservação e uso racional do petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis e de preservação do meio ambiente; (Redação dada pela Lei nº 11.097, de 2005);

X - estimular a pesquisa e a adoção de novas tecnologias na exploração, produção, transporte, refino e processamento;

XI - organizar e manter o acervo das informações e dados técnicos relativos às atividades reguladas da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis; (Redação dada pela Lei nº 11.097, de 2005);

XII - consolidar anualmente as informações sobre as reservas nacionais de petróleo e gás natural transmitidas pelas empresas, responsabilizando-se por sua divulgação;

XIII - fiscalizar o adequado funcionamento do Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis e o cumprimento do Plano Anual de Estoques Estratégicos de Combustíveis, de que trata o art. 4º da Lei nº 8.176, de 8 de fevereiro de 1991;

XIV - articular-se com os outros órgãos reguladores do setor energético sobre matérias de interesse comum, inclusive para efeito de apoio técnico ao CNPE;

XV - regular e autorizar as atividades relacionadas com o abastecimento nacional de combustíveis, fiscalizando-as diretamente ou mediante convênios com outros órgãos da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios;

XVI - regular e autorizar as atividades relacionadas à produção, importação, exportação, armazenagem, estocagem, distribuição, revenda e comercialização de biodiesel, fiscalizando-as diretamente ou mediante convênios com outros órgãos da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios; (Incluído pela Lei nº 11.097, de 2005);

XVII - exigir dos agentes regulados o envio de informações relativas às operações de produção, importação, exportação, refino, beneficiamento, tratamento, processamento, transporte, transferência, armazenagem, estocagem, distribuição, revenda, destinação e comercialização de produtos sujeitos à sua regulação; (Incluído pela Lei nº 11.097, de 2005);

XVIII - especificar a qualidade dos derivados de petróleo, gás natural e seus derivados e dos biocombustíveis. (Incluído pela Lei nº 11.097, de 2005).

Aqui, mais uma vez, destacamos o papel relevante da inovação legislativa de 2005, que amplia a atuação da ANP enquanto órgão de

regulação, também, da produção de biocombustíveis. Além disso, não poderíamos deixar de destacar as disposições do inciso IX, que coloca como função da ANP o respeito pela conservação e uso racional das fontes de energia para a preservação do meio ambiente.

Outrossim, ainda quanto a essa exploração, deve-se ressaltar que essa atividade, nos termos do art. 177 da Constituição Federal, ainda é monopólio do Estado, no que tange à a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; à refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; à importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; e ao transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem.

Entretanto, a própria Carta Magna autoriza que essas atividades possam ser efetuadas por empresas públicas ou privadas, mediante determinação legal. Isso fica definido na lei 9478/97, que determina a firmção de contratos de concessão, mediante procedimento prévio de licitação. A empresa vencedora, quando tendo seu projeto aprovado pela ANP, tem a propriedade sobre o combustível encontrado, devendo arcar com encargos e tributos, além das devidas participações legais e contratuais exigíveis.

Acerca do assunto, encerramos o presente capítulo com a extremamente didática decisão do Supremo Tribunal Federal, ao definir a atuação das empresas concessionárias, especialmente no que tange ao caráter especial dos direitos destas sobre os bens que exploram.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. MONOPÓLIO. CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO. PETRÓLEO, GÁS NATURAL E OUTROS HIDROCARBONETOS FLUÍDOS. BENS DE PROPRIEDADE EXCLUSIVA DA UNIÃO. ART. 20, DA CB/88. MONOPÓLIO DA ATIVIDADE DE EXPLORAÇÃO DO PETRÓLEO, DO GÁS NATURAL E DE OUTROS HIDROCARBONETOS FLUÍDOS. ART. 177, I a IV e §§ 1º E 2º, DA CB/88. REGIME DE MONOPÓLIO ESPECÍFICO EM

RELAÇÃO AO ART. 176 DA CONSTITUIÇÃO. DISTINÇÃO ENTRE AS PROPRIEDADES A QUE RESPEITAM OS ARTS. 177 E 176, DA CB/88. PETROBRAS. SUJEIÇÃO AO REGIME JURÍDICO DAS EMPRESAS PRIVADAS [ART. 173, § 1º, II, DA CB/88]. EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. ART. 26, § 3º, DA LEI N. 9.478/97. MATÉRIA DE LEI FEDERAL. ART. 60, CAPUT, DA LEI N. 9.478/97. CONSTITUCIONALIDADE. COMERCIALIZAÇÃO ADMINISTRADA POR AUTARQUIA FEDERAL [ANP]. EXPORTAÇÃO AUTORIZADA SOMENTE SE OBSERVADAS AS POLÍTICAS DO CNPE, APROVADAS PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA [ART. 84, II, DA CB/88]. 1. O conceito de monopólio pressupõe apenas um agente apto a desenvolver as atividades econômicas a ele correspondentes. Não se presta a explicitar características da propriedade, que é sempre exclusiva, sendo redundantes e desprovidas de significado as expressões “monopólio da propriedade” ou “monopólio do bem”. 2. Os monopólios legais dividem-se em duas espécies: (i) os que visam a impelir o agente econômico ao investimento – a propriedade industrial, monopólio privado; e (ii) os que instrumentam a atuação do Estado na economia. 3. A Constituição do Brasil enumera atividades que consubstanciam monopólio da União [art. 177] e os bens que são de sua exclusiva propriedade [art. 20]. 4. A existência ou o desenvolvimento de uma atividade econômica sem que a propriedade do bem empregado no processo produtivo ou comercial seja concomitantemente detida pelo agente daquela atividade não ofende a Constituição. O conceito de atividade econômica [enquanto atividade empresarial] prescinde da propriedade dos bens de produção.
[...]

8. A propriedade do produto da lavra das jazidas minerais atribuídas ao concessionário pelo preceito do art. 176 da Constituição do Brasil é inerente ao modo de produção capitalista. A propriedade sobre o produto da exploração é plena, desde que exista concessão de lavra regularmente outorgada. 9. Embora o art. 20, IX, da CB/88 estabeleça que os recursos minerais, inclusive os do subsolo, são bens da União, o art. 176 garante ao concessionário da lavra a propriedade do produto de sua exploração. 10. Tanto as atividades previstas no art. 176 quanto as contratações de empresas estatais ou privadas, nos termos do disposto no § 1º do art. 177 da Constituição, seriam materialmente impossíveis se os concessionários e contratados, respectivamente, não pudessem apropriar-se, direta ou indiretamente, do produto da exploração das jazidas. 11. A EC 9/95 permite que a União transfira ao seu contratado os riscos e resultados da atividade e a propriedade do produto da exploração de jazidas de petróleo e de gás natural, observadas as normas legais. 12. Os preceitos veiculados pelos § 1º e 2º do art. 177 da Constituição do Brasil são específicos em relação ao art. 176, de modo que as empresas estatais ou privadas a que se refere o § 1º não podem ser chamadas de “concessionárias”. Trata-se de titulares de um tipo de propriedade diverso daquele do qual são titulares os concessionários das jazidas e recursos minerais a que respeita o art. 176 da Constituição do Brasil. 13. A propriedade de que se cuida, no caso do petróleo e do gás natural, não é plena, mas relativa; sua comercialização é administrada pela União mediante a atuação de uma autarquia, a Agência Nacional do Petróleo - ANP. 14. A Petrobras não é prestadora de serviço público. Não pode ser concebida como delegada da União. Explora atividade econômica em sentido estrito, sujeitando-se ao regime jurídico das empresas privadas [§ 1º, II, do art. 173 da CB/88]. Atua em regime de competi-

ção com empresas privadas que se disponham a disputar, no âmbito de procedimentos licitatórios [art. 37, XXI, da CB/88], as contratações previstas no § 1º do art. 177 da Constituição do Brasil. 15. O art. 26, § 3º, da Lei n. 9.478/97, dá regulação ao chamado silêncio da Administração. Matéria infraconstitucional, sem ofensa direta à Constituição. 16. Os preceitos dos arts. 28, I e III; 43, parágrafo único; e 51, parágrafo único, da Lei n. 9.478/98 são próprios às contratações de que se cuida, admitidas expressamente pelo § 2º do art. 177 da CB. 17. A opção pelo tipo de contrato a ser celebrado com as empresas que vierem a atuar no mercado petrolífero não cabe ao Poder Judiciário: este não pode se imiscuir em decisões de caráter político. 18. Não há falar-se em inconstitucionalidade do art. 60, caput, da Lei n. 9.478/97. O preceito exige, para a exportação do produto da exploração da atividade petrolífera, seja atendido o disposto no art. 4º da Lei n. 8.176/91, observadas as políticas aprovadas pelo Presidente da República, propostas pelo Conselho Nacional de Política Energética - CNPE [art. 84, II, da CB/88]. 19. Ação direta julgada improcedente. (STF. ADI nº 3273-DF. Rel. Min. Eros Grau. Julgado em 16/03/05. DJ de 02/03/07).

3 PRODUÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

No que tange à produção de energia elétrica, esta pode ocorrer de variadas maneiras, mas todas as formas de energia, antes de serem transformadas em energia elétrica, inevitavelmente, devem ser convertidas em energia mecânica.

Utilizando-se de uma linguagem técnica, mais apropriada para os estudos da física, mas que é perfeitamente compreensível ao direito, o especialista em Direito de Energia Elétrica, Clever Campos, sintetiza que a energia é obtida através de condutores elétricos que, devido à força da energia cinética (e por isso falamos em energia mecânica), adquirem uma voltagem em suas extremidades. É, portanto, esse movimento

promovido em um certo eixo que, imerso num campo eletromagnético, gerará a energia elétrica. (CAMPOS, 2001, p. 61).

O autor prossegue, ainda, afirmando que essa energia inicial provém de recursos encontrados na natureza e que estes, a depender do caso, serão utilizados de formas distintas para o alcance da energia elétrica.

Assim, nos casos de combustíveis fósseis, biomassa ou energia nuclear, a produção é indireta, pois há a queima desse recurso e a energia cinética necessária é produzida a partir de turbinas movidas pelo vapor desta queima. Entretanto, sendo o produto final obtido através de energia hidráulica ou eólica, a ação ocorrerá de forma direta, sendo a própria movimentação da matéria prima – a água ou o vento, respectivamente – os impulsionadores dos eixos geradores de eletricidade.

Ressalta ainda que quando se fala em gás natural, a obtenção da eletricidade pode ser feita em ambas as maneiras.

Além disso, o Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA é enfático ao tratar do tema, por exemplo, em sua Resolução 01/86, *verbis*:

Art. 1º. Para efeito desta Resolução, considera-se impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam:

I - a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

II - as atividades sociais e econômicas;

III - a biota;

IV - as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente;

V - a qualidade dos recursos ambientais.

Art. 2º. Dependerá de elaboração de estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto ambiental - RIMA, a serem submetidos à aprovação do órgão estadual competente, e da Secretaria Especial do Meio Ambiente - SEMA em caráter

supletivo, o licenciamento de atividades modificadoras do meio ambiente, tais como:

[...]

VI - Linhas de transmissão de energia elétrica, acima de 230 KV;

VII - Obras hidráulicas para exploração de recursos hídricos, tais como: barragem para fins hidrelétricos, acima de 10 MW, de saneamento ou de irrigação, abertura de canais para navegação, drenagem e irrigação, retificação de cursos d'água, abertura de barras e embocaduras, transposição de bacias, diques;

VIII - Extração de combustível fóssil (petróleo, xisto, carvão);

[...]

XI - Usinas de geração de eletricidade, qualquer que seja a fonte de energia primária, acima de 10MW;

XII - Complexo e unidades industriais e agroindustriais (petroquímicos, siderúrgicos, cloroquímicos, destilarias de álcool, hulha, extração e cultivo de recursos hídricos hidróbios;

XVI - Qualquer atividade que utilizar carvão vegetal, derivados ou produtos similares, em quantidade superior a dez toneladas por dia. (nova redação dada pela Resolução nº 11/86).

Isso mostra toda a intenção do legislador pátrio no alcance de uma conservação do meio ambiente nos casos de desenvolvimento de energia elétrica.

Além disso, atua com grande importância no contexto da produção e energia elétrica nacional a lei 10.295, de 17 de outubro de 2001, que “dispõe sobre a Política Nacional de Conservação e Uso Racional de Energia e dá outras providências” e trata especialmente do estabelecimento de níveis máximos de consumo específico de energia, ou mínimos de eficiência energética, de máquinas e aparelhos consumidores de energia fabricados ou comercializados no País, com base em indicadores técnicos pertinentes (art. 2º).

Essa lei é consequência direta da crise energética, que abalou o país no início do novo milênio. Acerca disso, trazemos os comentários de Antunes (2007, p. 846):

Infelizmente, o Brasil só passou a desenvolver uma política consistente de conservação de energia com a crise do ano 2001. Porém, é imperioso dizer que os resultados que vêm sendo alcançados têm sido bastante expressivos e a colaboração espontânea dos diferentes consumidores de energia tem servido de importante lição para as autoridades públicas, que necessitam fazer planejamentos mais profundos e realistas.

Além da lei, de natureza muito resumida, tem destaque na matéria o Decreto 4.059, de 19 de dezembro de 2001, que a regulamenta. Este documento cria o Comitê Gestor de Indicadores e Níveis de Eficiência Energética - CGIEE, composto por representantes do Ministério de Minas e Energia; Ministério da Ciência e Tecnologia; Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; Agência Nacional de Energia Elétrica; Agência Nacional do Petróleo; além de um representante de universidade brasileira e um cidadão brasileiro, ambos especialistas em matéria de energia, a serem designados pelo Ministro de Estado de Minas e Energia, para mandatos de dois anos, podendo ser renovados por mais um período.

Este comitê, de característica multi-institucional, assemelhando-se ao CNPE, supracitado, tem como principal função elaborar os padrões de níveis de energia dos aparelhos, mediante o auxílio de entidades especializadas como a já mencionada ANP, além da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, do Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – INMETRO, das Secretarias Executivas do Programa Nacional de Conservação de Energia Elétrica - PROCEL e do Programa Nacional de Racionalização do Uso de Derivados de Petróleo e do Gás Natural – CONPET.

Outra lei de destaque no cenário da produção de energia elétrica é a Lei 10.438, de 26 de abril de 2002, que atua sobre o incentivo à produção

de energia elétrica, através do uso de fontes alternativas, criando o PROIN-FA - Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica.

Assim, o estado viabiliza a contratação, pela Eletrobrás, de unidades autônomas de produção de energia elétrica (Produtores Independentes Autônomos, segundo o art. 3º, §1º da lei), a partir de biomassa, energia eólica e pequenas centrais hidrelétricas, cujas produções serão compradas por aquela sociedade de economia mista.

Antunes (2007) comenta e elogia essa iniciativa:

[...] em minha opinião, estabeleceu-se o mais importante mecanismo capaz de, efetivamente, interferir na criação de uma matriz energética menos agressiva ao meio ambiente, pois foram criadas garantias econômicas no sentido de que os investimentos feitos poderão ter o necessário retorno. [...] No momento em que a Eletrobrás compromete-se a adquirir energia gerada pelas chamadas fontes alternativas, estas podem buscar o seu lugar no mercado. [...] Trata-se, como se verá, de um “pontapé inicial” da nova matriz energética [...].

4 O USO DE ENERGIA NUCLEAR

Segundo Dias (2003, p. 35),

Energia nuclear é a despreendida por causa das transformações de núcleos atômicos. Ela aparece sobre a forma de radiações (lux, raio X, raio gama) ou como energia cinética de partículas surgidas nas reações dos núcleos atômicos (elétrons, pósitrons, prótons, nêutrons e núcleos mais simples).

O uso da energia nuclear é regulado expressamente pelo art. 21, XXIII da Constituição Federal, que assim dispõe:

Art. 21. Compete à União:

[...]

XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições:

- a) toda atividade nuclear em território nacional somente será admitida para fins pacíficos e mediante aprovação do Congresso Nacional;
- b) sob regime de permissão, são autorizadas a comercialização e a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos médicos, agrícolas e industriais; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 49, de 2006);
- c) sob regime de permissão, são autorizadas a produção, comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 49, de 2006);
- d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 49, de 2006).

Essa exploração, em acordo com o art. 177, V, da própria Carta Magna, é monopólio da União, entretanto, como vimos nos incisos *b* e *c* acima, pode ser efetuada por outros entes, mediante permissão, quando se tratar de pesquisa sobre radioisótopos de caráter científico, medicinal, agrícola ou industrial.

O uso da atividade nuclear, de caráter unicamente pacífico no Brasil, além demonstrar uma grande valia para a medicina e para a ciência, tem extrema importância quando tratamos de obtenção de energia, em especial, de energia elétrica (essa, de exploração exclusiva da União, sem possibilidade de permissão a outros entes).

Se por um lado, essa linha de atuação comprovadamente tem um potencial de geração de energia altíssimo, traz consigo, ao mesmo tempo, uma série de fatores desfavoráveis.

Vale lembrar que a obtenção de energia através da atividade nuclear encontra pontos negativos:

ausência de tecnologia apropriada e infraestrutura administrativa que comporte a instalação e o desenvolvimento de obtenção de energia a partir de reatores nucleares; a dúvida de que esse meio seja economicamente mais viável que o tradicional, bem como o aspecto sociocultural, que é o elemento mais difícil de ser superado, na medida em que desastres como o de Chernobyl, o do Césio 137, em Goiás, e o da bomba de Hiroshima, dentre outros, permanecem vivos na memória das populações. (FIORILLO, 2008, p. 234).

Machado (2004, p. 531-555) demonstra grande preocupação com a atividade nuclear, em especial em relação aos riscos ambientais que podem trazer os rejeitos radioativos.

De início, tomemos o conceito legal de rejeito radioativo, que se encontra na lei 6453/77, *verbis*:

Art. 1º - Para os efeitos desta Lei considera-se:

[...]

III - “produtos ou rejeitos radioativos”, os materiais radioativos obtidos durante o processo de produção ou de utilização de combustíveis nucleares, ou cuja radioatividade se tenha originado da exposição às irradiações inerentes a tal processo, salvo os radioisótopos que tenham alcançado o estágio final de elaboração e já se possam utilizar para fins científicos, médicos, agrícolas, comerciais ou industriais;

O próprio autor também conceitualiza os rejeitos radioativos, como podemos ver a seguir (MACHADO, 2004, p. 534):

Conceitua-se rejeito radioativo qualquer material, independente de sua forma física, remanescente de prática ou intervenção para o qual não esteja previsto uso a curto ou a longo prazo, e que contenha substâncias radioativas ou por ela esteja contaminado, tendo uma atividade ou concentra-

ção de atividade maior do que o nível de isenção estabelecida em norma específica da Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN).

Para isso, de imprescindível importância está mais um ente nacional criado para a regulação da produção de energia nuclear em nosso país: a Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN). Esta autarquia, criada pela Lei 4118/62, “tem como finalidade exercer o monopólio constitucional da União na área nuclear, promover e incentivar a utilização de energia nuclear para fins pacíficos e regulamentar, controlar e fiscalizar a utilização da energia nuclear no país”. (DIAS, 2003, p. 136).

5 CONCLUSÃO

A partir deste breve estudo, pudemos perceber o quanto o Brasil está avançado em termos legislativos na estruturação de um sistema de política energética que viabilize um controle organizado da produção de energia no país.

Dessa forma, entidades de posicionamento político-funcional estratégico compõem o cenário nacional. Todas com certa autonomia para sua atuação, essas entidades têm, como caráter importante, as suas composições por membros originários de diversos setores correlacionados à matéria específica.

Além disso, em cada uma das situações analisadas, vimos a preocupação direta, tanto do próprio Estado, quer na atuação legislativa, quer nas regulamentações provenientes do executivo, quanto da doutrina em fazer este desenvolvimento da produção energética nacional ser acompanhado sempre dos cuidados imprescindíveis para a preservação e conservação do meio ambiente. Para isso, diversos são os mecanismos burocráticos de controle efetuados pela administração pública, através, por exemplo, da necessidade de estudos de impacto ambiental e de licenciamento para a instalação de empreendimentos com esses fins.

Tais mecanismos são imprescindíveis, por exemplo, nos cuidados para as autorizações de atividades dos concessionários e permissionários de tais serviços em nosso país.

Esperamos que todos estes cuidados não permaneçam apenas no plano teórico, mas que sejam verdadeiramente cumpridos na prática, propiciando um real desenvolvimento sustentável em matéria energética, de uma forma que não coloque o país, novamente, em uma crise energética e que continue promovendo a descoberta de novas formas de produção de energia.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 3 nov. 2008.

_____. **Decreto 3.520**, de 21 de junho de 2000. Dispõe sobre a estrutura e o funcionamento do Conselho Nacional de Política Energética - CNPE e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3520.htm>. Acesso em: 4 dez. 2008

_____. **Decreto 4.059**, de 19 de dezembro de 2001. Regulamenta a Lei no 10.295, de 17 de outubro de 2001, que dispõe sobre a Política Nacional de Conservação e Uso Racional de Energia, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D4059.htm>. Acesso em: 8 dez. 2008

_____. **Lei 4.118**, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a política nacional de energia nuclear, cria a Comissão Nacional de Energia Nuclear, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4118.htm>. Acesso em: 9 dez. 2008.

_____. **Lei 6.453**, de 17 de outubro de 1977. Dispõe sobre a responsabilidade civil por danos nucleares e a responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6453.htm>. Acesso em: 9 dez. 2008.

_____. **Lei 9.478**, de 06 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9478.htm>. Acesso em: 4 dez. 2008.

_____. **Lei 10.295**, de 17 de outubro de 2001. Dispõe sobre a Política Nacional de Conservação e Uso Racional de Energia e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10295.htm>. Acesso em: 4 dez. 2008.

_____. **Lei 10.438**, de 26 de abril de 2002. Dispõe sobre a expansão da oferta de energia elétrica emergencial, recomposição tarifária extraordinária, cria o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (Proinfa), a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), dispõe sobre a universalização do serviço público de energia elétrica, dá nova redação às Leis no 9.427, de 26 de dezembro de 1996, no 9.648, de 27 de maio de 1998, no 3.890-A, de 25 de abril de 1961, no 5.655, de 20 de maio de 1971, no 5.899, de 5 de julho de 1973, no 9.991, de 24 de julho de 2000, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10438.htm>. Acesso em: 4 dez. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação direta de inconstitucionalidade n.º 3273-DF**. Rel. Min. Carlos Britto. Rel. para acórdão Min. Eros Grau. Requerente: Governador do Estado do Paraná. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Julgado em: 16/03/05. Publicado em: 02/03/2007.

CAMPOS, Clever M. **Introdução ao direito de energia elétrica**. São Paulo: Ícone Editora, 2001.

CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE (Brasil). **Resolução n.º 01**, de 23 de janeiro de 1986. Dispõe sobre critérios básicos e diretrizes gerais para a avaliação de impacto ambiental. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=23>>. Acesso em: 3 dez 2008.

DIAS, Edna Cardozo. **Manual de direito ambiental**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. 580 p.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Rejeitos radioativos: Lei n. 10.308/2001. In: LEITE, José Rubens Morato; BELLO FILHO, Ney de Barros (Org.). **Direito ambiental contemporâneo**. Barueri, SP: Manole, 2004. p. 531- 555.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 2. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1998.

**DISCURSOS
INSTITUCIONAIS**

DISCURSO DA PROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA POR OCASIÃO DA POSSE DO DESEMBARGADOR JOSÉ DE RIBAMAR FROZ SOBRINHO*

*“A paz é o fim que o direito tem em vista,
a luta é o meio de que se serve para o conseguir.”*

Ihering

Nesta cerimônia, testemunhamos a posse do Promotor de Justiça JOSÉ DE RIBAMAR FROZ SOBRINHO no Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, a partir de agora, um de seus membros.

É um momento **transcendente, singular e histórico**.

O fato de o Desembargador José de Ribamar Froz Sobrinho ter nascido nos lindos campos do povoado de Cao-Açu, no município de Viana, minha terra natal e dos desembargadores Osias Rodrigues Mendonça, Julio Aires e Lourival Serejo, é uma transcendência. Lugar de grandes músicos, escritores – profissionais que sabem lidar com o cotidiano, não apenas prosaicamente, mas poeticamente, enxergando na riqueza ou na pobreza, caminhos de libertação: caminhos que também percorri.

Assim foi com o Desembargador José de Ribamar Froz Sobrinho. Nasceu em uma família pobre e humilde. Seus pais, da mesma forma que criaram mais onze filhos, alicerçaram seu caráter nos princípios cristãos, nos estudos, no trabalho, nas conquistas.

Transcendente porque, apesar da imanência, das limitações, do cotidiano, soube romper barreiras, mantendo grandeza sem negar suas origens, de uma família de vencedores, entre os quais se encontram médicos, odontólogos, professores, advogados etc.

* Pronunciado pela Procuradora-Geral de Justiça Dr^a *Maria de Fátima Rodrigues Travassos Cordeiro* em 17/06/2009.

Pode-se dizer, então, na transcendência deste momento, como o disse Lincoln, que “não importa o ninho se o ovo é de águia”.

Singular, porquanto episódico e infrequente, e por ser a primeira vez que um Promotor de Justiça é o escolhido, o que significa um marco evolutivo e, mais que isso, o reconhecimento da excelência e do valor dos membros da primeira instância do Ministério Público do Maranhão.

Histórico, porque mais que um fato isolado; histórico, porque interessa à cidade, ao Estado, ao país e ao mundo globalizado, cujo destino está nas mãos de todos e cada um de nós.

Seria, talvez, para os que se doam ao Ministério Público, momento de tristeza, se o ponto de análise for a certeza de que seus quadros restarão desfalcados de um aguerrido Promotor de Justiça. Contudo, este não pode ser o pensamento norteador dos nossos sentimentos, à medida que o nosso ofício é público e, como tal, tem a sociedade como destinatária, também, a quem serve o Judiciário. Desse modo, há de se pensar não na perda que significa a saída do Dr. FROZ dos quadros do Ministério Público, mas no ganho, que é da JUSTIÇA.

O Ministério Público, Instituição independente, paralela aos tradicionais poderes do Estado, tem a “missão de tutelar os direitos fundamentais, fiscalizando o cumprimento por parte do poder estatal das previsões constitucionais e legais, e exigindo a cessação e reparação de eventuais ilegalidades ou abusos de poder ao Poder Judiciário”¹. Tal perfil foi sedimentado, sobretudo após a Constituição da República de 1988, por meio da qual o Ministério Público foi definitivamente vocacionado para a defesa e proteção dos interesses sociais.

Nesse novo perfil constitucional, como bem frisou Macedo Júnior², “pode-se perceber que o promotor de justiça passou a definir-se fundamentalmente por suas atribuições como órgão agente em favor dos interesses sociais. Nesse sentido, tornou-se uma espécie de ombudsman não eleito da sociedade brasileira”. Passou a ser, enfim, o Ministério Público, o grande guardião da cidadania, conceito que se tem modificado

¹ MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 53.

² FERRAZ, Antônio Augusto Melo de Camargo (Coord.). **Ministério Público**: instituição e processo. São Paulo: Atlas, 1997. p. 52.

com a evolução dos direitos humanos, mas que está indiscutivelmente associado à aquisição e gozo de direitos, dentro do Estado (da pólis), pois fora dele não há cidadania, há barbárie, já afirmava Aristóteles.

E é exatamente em face de seu atual perfil constitucional, como acentuado, que fica evidenciado ser o Ministério Público um dos instrumentos de efetivação da cidadania. Sua atuação é multifacial, diversificada, à medida que age onde há interesse social ou individual indisponível.

O Ministério Público, portanto, é agente promovedor e provocador dos mecanismos pelos quais se busca a JUSTIÇA.

Com a experiência de mais de dezessete anos servindo a sociedade por meio do Ministério Público, ex-Promotor de Justiça e atual Desembargador JOSÉ DE RIBAMAR FROZ SOBRINHO muda hoje de Instituição. Despede-se da “*Magistratura de Pé*” e adentra aos cancelos do Tribunal, passando a integrar a “*Magistratura Sentada*”. Deixa, assim, de provocar a Justiça, passando a ser provocado e desafiado a distribuí-la.

Ingressa em um órgão colegiado, um jovem Promotor de Justiça, acostumado às lides. Leva consigo, além da sua juventude, uma respeitável bagagem, ante a experiência e o patrimônio intelectual que possui, pois ao longo dos mais de dezessete anos que passou no Ministério Público, somou esforços em busca de uma sociedade mais justa e fraterna.

Sua experiência foi posta à prova em diversas ocasiões, e o seu conhecimento e capacidade foram e são, indiscutivelmente, reconhecidos.

Não somente se destacou no exercício de sua missão institucional, como também contribuiu com nossa entidade de classe, na qual exerceu mandato como um de seus Diretores e, no âmbito da Administração Superior, desempenhou a função de Assessor do Procurador-Geral, Secretário para Assuntos Institucionais e integrou o Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente, tendo sido, ainda, professor da Escola Superior do Ministério Público, assim como o foi da Escola Superior da Magistratura do Trabalho e da Escola Superior da Advocacia.

Com esse passado de boas práticas, o Desembargador FROZ leva para o Judiciário um rico acervo e certamente contribuirá na nova missão de realizar a Justiça.

Ser membro do Ministério Público é tarefa nobilíssima, não por outro motivo, mas pela oportunidade de servir a um dos mais elevados e permanentes fins do Estado, como nos lembra Mazzilli: “o de manter a ordem e a paz social”. Temos, portanto, papel de relevo na consecução de tais fins.

Percorrerá o novel Desembargador outros caminhos, sua missão, embora semelhante, não será a mesma, mas sua visão o será, porque certamente buscará com desvelo os valores fundantes da Justiça: **a segurança e a paz**.

Seu ingresso no Judiciário, nesse contexto, atende, assim, ao objetivo do constituinte quando inseriu o quinto constitucional como um dos critérios de composição das cortes superiores: “injetar nos tribunais o fruto da experiência haurida em situações outras que a do juiz” (FERREIRA FILHO, 1993, p. 534).

Em outras palavras, a norma ínsita no **artigo 94 da Constituição Federal** visa proporcionar uma democratização do Poder Judiciário, permitindo que profissionais de outros campos de atuação tenham também acesso à função julgadora e utilizem suas experiências e vivências profissionais para contrabalançar a rigidez de algumas cortes de justiça.

Dessa forma, o ingresso, nos quadros da magistratura, do Desembargador FROZ, que é um profissional combativo, tendo sido um legítimo representante do Ministério Público, certamente contribuirá na revitalização do Judiciário, aumentando a esperança de renovação das posturas dos magistrados, o que favorecerá para que o Direito não fique estático, mas acompanhe a velocidade das complexas transformações da sociedade contemporânea.

A tarefa de julgar não é fácil. Administrar e fazer Justiça, já se disse, são tarefas divinas. Vê-se, assim, o quão difícil é a missão dos que integram o Judiciário, os quais, não sendo deuses, devem, na condição de mortais que são, dar o melhor de si, porquanto detentores do poder que impõe a enorme responsabilidade de prolatar decisões capazes de mudar os destinos das pessoas.

Falhar nessa responsabilidade conduz à ausência de Justiça, que gera a presença da impunidade, levando ao descrédito das instituições e ao sofrimento e a tantos males e a tantas privações, especialmente, dos excluídos da Terra.

Por isso que a Justiça, como fim a ser atingido, deve estar ao alcance de todos: sejam pobres ou ricos, fracos ou poderosos. As diferenças econômicas, sociais, culturais, regionais e étnicas, são fatores de grande influência para que o acesso à Justiça seja uma realidade perpassada pela desigualdade, hoje, lamentavelmente, ainda uma das maiores dificuldades encontradas pelo cidadão hipossuficiente.

Reginaldo Oscar de Castro, ex-Presidente da OAB, em interessante obra sob título “O Direito de Discordar”, já afirmava que “a crise da Justiça é uma das carências vitais do País. Dela derivam diversas outras anomalias e perversões, que vão do campo dos direitos humanos ao da economia, passando pela administração pública e permeando todo o tecido moral, social e cultural do País”.

Grandes, portanto, são os desafios dos operadores do Direito, à medida que são eles os primeiros a ter o dever de contribuir na melhoria da prestação jurisdicional. Daí por que ser essencial que a Magistratura e o Ministério Público reforcem, cada vez mais, sua parceria, pois o momento atual exige que essas Instituições, indissociavelmente interligadas, permaneçam solidárias em prol do bem comum, visto que a prática da solidariedade institucional há de transcender qualquer corporativismo e há de refletir, mais que tudo, um compromisso com a plena cidadania, sobretudo pela construção de um modelo de Administração da Justiça que seja participativo, transparente e eficiente. Um modelo por meio do qual se dê mais importância ao personagem principal, o jurisdicionado, e não aos coadjuvantes, o Magistrado, o Promotor e o Advogado.

Um novo modelo de distribuição de Justiça, enfim, deve priorizar o cidadão, principalmente o mais carente, que, quase sempre, se sente e é vítima de um sistema de Justiça ultrapassado, ou seja, lento, caro, disfuncional e ainda inacessível à grande maioria da população, apesar de todos os avanços imprimidos pelo Poder Judiciário, dentro de uma visão maior de administração da Justiça.

O inconfundível Rui Barbosa, cujas lições se apresentam atuárrimas, já afirmava: “o povo ama a paz e a família, a segurança e a liberdade, a inteligência e a justiça. O povo é o amigo fiel dos que discutem e produzem a luz, dos que pugnam pela humildade dos fracos, dos que arrostam a soberbia dos prepotentes”.

A lição de RUI demonstra que a verdadeira Justiça não pode e nem deve ser seletiva ou elitista. Não se deve concentrar na defesa da propriedade e do capital. A verdadeira Justiça é aquela que alcança os desvalidos, que ataca a raiz dos problemas, que enfrenta, por exemplo, o perverso e criminoso desvio de recursos públicos.

Indiscutivelmente, uma sociedade que não oferece oportunidades iguais não é uma sociedade justa, tampouco igualitária, e as instituições que não expurguem tais modelos sociais, estão contribuindo para a desconstrução da verdadeira cidadania.

O maior desafio da Justiça, assim, é o de implementar a sua capacidade de compor os conflitos sociais, dirimir em menos tempo as demandas que lhe são submetidas. E, em consonância com a Constituição, distribuir, equitativamente, direitos e deveres, sendo certo que o Poder Judiciário – locus para onde convergem as demandas de uma sociedade democrática – e o Ministério Público – vetor principal do encontro entre a norma jurídica e a cidadania – devem envidar o melhor de si, assim como não abrir mão do sonho de preservação da dignidade humana, na busca pela realização plena do cidadão.

E esse ideal de Justiça, tão almejado pela sociedade, só se concretizará se instituições como Magistratura e Ministério Público, pelos seus integrantes – mulheres e homens virtuosos – assumirem o compromisso de levar adiante tal missão, superando os interesses meramente individuais em prol dos coletivos.

Pois bem, é nesse cenário que assume hoje o cargo de Desembargador, o Dr. JOSÉ DE RIBAMAR FROZ SOBRINHO. Saiba que continuará em suas mãos levar adiante a visão com a qual se comprometeu desde que ingressou no Ministério Público: lutar por este novo modelo de administração voltada à distribuição de Justiça, tão aspirado pela sociedade.

Estou convicta de que Vossa Excelência, nessa nova missão, terá sucesso, ante o seu inequívoco perfil humanitário e intelectual.

A cadeira vaga em decorrência da aposentadoria do historiador, imortal, respeitado magistrado e hoje novamente advogado Mílson Coutinho, será ocupada, como se vê, por um profissional de inquestionável competência.

Cabe, aqui, relembrar que o Desembargador Mílson Coutinho sempre encarnou a figura do magistrado combativo, persistente na busca em melhorar o nível de satisfação da sociedade com o Judiciário. Foi ele quem, no exercício da Presidência desta Corte, realizou um concurso, por meio do qual foram preenchidos cargos no Tribunal, ato que, à época, era uma antiga aspiração das Instituições que atuam na Justiça Estadual e, muito mais, da sociedade maranhense. Tal ação, com efeito, materializa uma real necessidade de qualquer instituição: a de atender, consoante as diretrizes traçadas pela Constituição Federal, às crescentes demandas - notadamente às de cunho social - dos tempos atuais.

Não sem razão afirmou Bobbio: “o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não é mais o de fundamentá-los, e sim de protegê-los”.

É importante reafirmar que o Ministério Público é o órgão encarregado, pela Constituição Federal, de ser um indutor de políticas públicas e um catalisador de demandas sociais. Seu eixo de atuação prioritária, portanto, é o enfrentamento da pobreza mais aguda, da miséria desumana, que assumem caráter urgente. Eis aí, a missão do Ministério Público, que no seu dia a dia luta incansavelmente para que o Estado continue sendo uma sociedade garantidora de direitos. Eis aí, também, a grande responsabilidade do Judiciário, a de responder a tais demandas, com rapidez, eficiência e equidade.

Feitos tais balizamentos, encerro minha alocação desejando ao colega e agora Desembargador FROZ SOBRINHO, sucesso na nova caminhada.

O incomparável Padre Antônio Viera, em um dos trechos do formidável Sermão da Sexagésima, afirmava: “entre o sementeiro e o que semeia há uma grande diferença. Uma coisa é o soldado, e outra coisa é o que peleja; uma coisa é o governador, e outra coisa o que governa. Da mesma maneira uma coisa é o sementeiro, e outra o que semeia; uma coisa é o pregador, e outra o que prega. O sementeiro e o pregador são nomes; o que semeia e o que prega é ação; e **as ações são as que dão**

o ser ao pregador. Ter nome de pregador, ou ser pregador de nome não importa nada; as ações, a vida, o exemplo, as obras são as que convertem o mundo”.

Da lição de Vieira, permito-me concluir: **ter nome de Promotor ou Procurador de Justiça ou Magistrado, ou ser Promotor ou Procurador de Justiça ou Magistrado de nome, não importa nada; as ações, a vida, o exemplo, as obras, desses protagonistas são as que realmente importam, pois transformam a realidade social e, assim, a face da Justiça.** Essa a essência do agir daqueles que têm como missão servir o público, a sociedade, especialmente na defesa de seus direitos, com frequência violados e ameaçados.

O Ministério Público deste Estado, deseja, portanto, caro colega, que Vossa Excelência seja um Magistrado assim. **Não o que se importa em ter nome ou aquele que se importa em ser magistrado de nome, mas sim o que procura agir, dar o bom exemplo, pois é isto que importa, é isto que transforma o mundo.**

Permita-me lembrar Vossa Excelência do seguinte ensinamento bíblico (JO 3, 19- 21) : “E o julgamento é este: a luz veio ao mundo, e os homens preferiram a escuridão à luz, porque as suas obras eram más. Com efeito, todo aquele que faz o mal odeia a luz, com receio de que as suas obras sejam desmascaradas. Aquele que age segundo a verdade vem a luz para que suas obras sejam manifestadas, já que tinham sido realizadas em Deus”.

Lembre-se que existe um DEUS acima de nós. Estude, como sempre fez, mas não se esqueça de orar. Já dizia Gandhi que “a oração é a respiração da alma”. Uma vida sem Deus é como um barco sem leme, um rio sem leito.

Equilíbrio, prudência e fé, tenho certeza, não faltarão a Vossa Excelência, pois suas origens cristã e familiar o conduzirão pelo caminho da Justiça!

Muito Obrigada!

DISCURSO DE POSSE DA CORREGEDORA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO*

Ingressei no Ministério Público antes da Constituição Federal de 1988, quando a realidade do Brasil e da Instituição era diferente sob todos os aspectos: o Procurador-Geral de Justiça era escolhido pelo Governador do Estado, sem qualquer compromisso com a vontade da classe, podendo a escolha recair sobre pessoa estranha aos nossos quadros; as condições de trabalho eram, em muito, inferiores às que hoje vicejam; a retribuição pecuniária não era atraente; os instrumentos processuais de defesa dos interesses difusos e coletivos estavam sendo construídos, carentes, ainda, do amadurecimento necessário a se projetarem como idôneos a atingir os fins desejados; o Brasil ensaiava o fim da ditadura militar. O Promotor de Justiça era – em regra – associado ao acusador do júri, numa redução da envergadura que o cargo, embora diminuído diante do atual, já ostentava.

Hoje, não se pode negar, o Ministério Público e o Brasil vivem momentos, quando comparados àqueles, melhores em quase todos os aspectos.

Ocorre que, sem prejuízo dos problemas que existiam, surgiram outros, extremamente complexos, agravando os que a sociedade brasileira não conseguiu superar na transição para a democracia.

Assinalo que não há questão social, política ou econômica que desafie o Brasil e que não seja, ao mesmo tempo, desafio do Ministério Público.

Basta ler a Constituição Federal, já nos dispositivos que devem nortear a interpretação de todos os outros, para se constatar que a causa do Brasil é a causa do Ministério Público.

* Pronunciado pela Corregedora-Geral do Ministério Público Dr^a *Selene Coelho de Lacerda* em 16/04/2009.

Eis os fundamentos da República Federativa do Brasil: soberania; cidadania; dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; o pluralismo político.

Os seus objetivos fundamentais:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Como se pode observar, os fundamentos e os objetivos da República Federativa do Brasil estão estreitamente ligados à vocação do Ministério Público.

É nesse contexto que assumo o cargo de Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado do Maranhão.

Ultrapassada a disputa eleitoral, não posso deixar de pedir o apoio de todos os meus pares, procuradores e promotores de justiça, para, juntos, assumirmos o compromisso de manter a luta incansável em defesa dos interesses da sociedade, chamando à nossa responsabilidade todo o complexo de questões que guardam relação de pertinência com os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, uma vez que a causa do Brasil é a causa do Ministério Público.

E a causa do Ministério Público é a causa da Corregedoria-Geral, que precisa ser modernizada para fazer frente às causas que lhe perfazem como órgão encarregado da fiscalização e orientação de todos os promotores e procuradores de justiça.

É preciso, pois, priorizar a orientação, sem desprezar a fiscalização; rever as rotinas administrativas, maximizando resultados práticos, facilitar a vida de promotores e procuradores de justiça, imprimindo maior eficiência ao trabalho, sem descuidar das demandas quotidianas, que precisam ser melhor gerenciadas; apresentar, após profunda reflexão, projetos de médio e longo prazo. Acompanhar o trabalho dos promotores e procuradores de justiça, exercendo as atividades correccionais, sem deixar de apoiar todas as iniciativas marcadas pela defesa intransigente dos interesses da sociedade.

Colaborar com o ofício de todos os promotores e procuradores de justiça, afastando os entraves administrativos, para que os membros da Instituição possam focar suas energias no desempenho de suas atividades funcionais.

Consciente da necessidade de ampliar a atuação do Ministério Público, pretendo incentivar a uniformização de entendimentos dos órgãos de execução, manejando, intensa e incessantemente, o instrumento da recomendação, sem caráter vinculativo.

E mais. Não existe valorização institucional sem o reconhecimento do mérito. E, neste particular, o trabalho da Corregedoria-Geral mostra-se extremamente importante para a confirmação do Promotor de Justiça na carreira e para a ascensão funcional. É preciso premiar os melhores, os mais dedicados, os mais comprometidos com o ofício ministerial. É indispensável, portanto, lançar nosso olhar para os operários do Ministério Público. Partindo dessas premissas, **o meu primeiro ato, como Corregedora-Geral do Ministério Público, será a criação de um grupo de trabalho, com representantes de todas as entrâncias e do Colégio de Procuradores, para refletir sobre questões institucionais, para aperfeiçoar sob todos os aspectos os resultados do trabalho prestados pelo Ministério Público à comunidade. Outrossim a Corregedoria-Geral, pretende administrativamente municiar os membros do Conselho Superior com informações pormenorizadas e enriquecidas sobre a atuação funcional daqueles que almejam a mobilidade vertical e horizontal, marcada pelo signo do merecimento.**

Lembro, ademais, que recente pesquisa da Fundação Getúlio Vargas, comentada pelo Conselheiro Joaquim Falcão do CNJ, em artigo no jornal Folha de São Paulo, edição de 5 de abril próximo passado, constatou aquilo que já era do conhecimento de todos: 88% dos brasileiros têm a justiça como lenta. Esse parece ser o maior problema da distribuição da justiça no Brasil, tema que não pode ser olvidado pelo Ministério Público. Daí porque, nos propomos estender as mãos ao Poder Judiciário, para trabalhar na mudança deste quadro.

Com efeito, a Corregedoria-Geral, enquanto órgão de fiscalização, não pode deixar de colaborar com o enfrentamento de tão gra-

ve problema, cobrando de promotores e procuradores de justiça o fiel cumprimento dos prazos processuais, podendo, ainda, funcionar como provocador de iniciativas semelhantes no âmbito do Poder Judiciário.

Penso em uma Corregedoria-Geral que remova problemas ou os resolva, quando estiver na sua esfera de atribuições, ou proponha, a quem de direito, os encaminhamentos devidos, tudo a possibilitar o avanço de práticas institucionais modernizadoras mais sintonizadas com os desejos da comunidade.

Concito todos os promotores e procuradores de justiça a um trabalho conjunto, pois, sem a comunhão de esforços, sem cooperação, é impossível enfrentar as tempestades que sempre são lançadas sobre o Ministério Público.

Por fim, é meu desejo e dever dirigir uma palavra especial aos meus pares do Colégio de Procuradores de Justiça - os quais compõem a mais alta instância do Ministério Público -, hoje presidido pela Procuradora de Justiça Dr^a Maria de Fátima Rodrigues Travassos Cordeiro, para registrar o meu reconhecimento e respeito por todos, indistintamente, e agradecer, ainda, a confiança em mim depositada, a qual tornou possível que este momento ímpar ocorresse em minha vida profissional.

Muito obrigada.

A REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO – *JURIS ITINERA* é um periódico anual destinado à publicação de trabalhos produzidos por membros do Ministério Público e outros pensadores do Direito.

Normas para apresentação dos trabalhos

1. Os textos serão apreciados e aprovados, ou não, pelo Conselho Editorial, preservando-se a identidade do autor, quando da indicação destes;
2. Somente serão aceitos artigos inéditos;
3. Compete ao Conselho Editorial introduzir modificações nos originais de ordem formal e gramatical, ouvido o autor, visando a homogeneidade e qualidade da Revista;
4. As idéias e conceitos produzidos nos trabalhos são de responsabilidade exclusiva dos seus autores, não representando, necessariamente, o pensamento da Instituição;
5. Os originais dos trabalhos apresentados não serão devolvidos;
6. Os trabalhos somente serão apreciados se atendidas as condições seguintes: **a)** redigidos, preferencialmente, em português, no impessoal e encaminhados em uma via impressa, juntamente com o respectivo arquivo eletrônico, em formatação *Word for Windows*; **b)** apresentados em papel A4; **c)** configurados em espaço simples; **d)** escritos em tamanho 12, com base na fonte *Times New Roman*; **e)** adstritos, no máximo, a 20 (vinte) laudas.
7. O Conselho Editorial se reserva o direito de adequar os artigos às normas disciplinadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT;
8. Os artigos devem conter o nome do autor e suas credenciais, bem como resumo e abstract, constituídos de uma seqüência de frases concisas, não ultrapassando 150 palavras. Devem apresentar, também, palavras-chave e key words logo abaixo do resumo e abstract, separadas entre si por ponto;
9. Deve-se utilizar o sistema autor-data para as citações no texto e o sistema numérico para as notas explicativas (notas de rodapé);
10. Os casos omissos serão decididos pelo Conselho Editorial, não cabendo recurso de suas decisões.

Endereço para o envio de originais

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO
Coordenadoria de Documentação e Biblioteca
Rua Oswaldo Cruz, nº 1396 - Centro - São Luís – Maranhão
CEP: 65020 – 910 - Tel.: 0XX (98) 3219-1656 - Fax.: 0XX (98) 3219-1657
E-mail: biblioteca@mp.ma.gov.br

