

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

JURIS ITINERA

Regina Lúcia de Almeida Rocha
PROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA

Terezinha de Jesus Guerreiro Bonfim
SUBPROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA PARA ASSUNTOS JURÍDICOS

Suvamy Vivekananda Meireles
CORREGEDOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Rita de Cassia Maia Baptista Moreira
SUBCORREGEDORA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Themis Maria Pacheco de Carvalho
DIRETORA DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Mariléa Campos dos Santos Costa
OUVIDORA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO TITULARES (2013/2015)

Regina Lúcia de Almeida Rocha
PROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA

Suvamy Vivekananda Meireles
CORREGEDOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Raimundo Nonato de Carvalho Filho
CONSELHEIRO

Rita de Cassia Maia Baptista Moreira
CONSELHEIRA

Joaquim Henrique de Carvalho Lobato
CONSELHEIRO

Francisco das Chagas Barros de Sousa
CONSELHEIRO

Sandra Lúcia Mendes Alves Elouf
CONSELHEIRA

SUPLENTES

Eduardo Jorge Hiluy Nicolau
Domingas de Jesus Fróz Gomes

COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA

José Antonio Oliveira Bents
Regina Lúcia de Almeida Rocha
Maria dos Remédios Figueiredo Serra
Eduardo Jorge Hiluy Nicolau
Iracly 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
Selene Coelho de Lacerda
José Henrique Marques Moreira
Domingas de Jesus Fróz Gomes
Francisco das Chagas Barros de Sousa
Cézar Queiroz Ribeiro
Clodenilza Ribeiro Ferreira

Terezinha de Jesus Guerreiro Bonfim
Regina Maria da Costa Leite
Flávia Tereza 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 Cutrim
Mariléa Campos dos Santos Costa
Joaquim Henrique de Carvalho Lobato
Sandra Lúcia Mendes Alves Elouf
Eduardo Daniel Pereira Filho

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. 20, jan./dez. 2013

CONSELHO EDITORIAL

José Antonio Oliveira Bents
PROCURADOR DE JUSTIÇA

Raimundo Nonato de Carvalho Filho
PROCURADOR DE JUSTIÇA

Francisco das Chagas Barros de Sousa
PROCURADOR DE JUSTIÇA

Paulo Roberto Saldanha Ribeiro
PROCURADOR DE JUSTIÇA

Lena Cláudia Ripardo Pauxis
PROMOTORA DE JUSTIÇA

Moema Figueiredo Viana Pereira
PROMOTORA DE JUSTIÇA

Jerusa Capistrano Pinto Bandeira
PROMOTORA DE JUSTIÇA

Francisco de Aquino da Silva
PROMOTOR DE JUSTIÇA

Luís Fernando Cabral Barreto Júnior
PROMOTOR DE JUSTIÇA

Vicente de Paulo Silva Martins
PROMOTOR DE JUSTIÇA

Gladston Fernandes de Araújo
PROMOTOR DE JUSTIÇA

Carlos Augusto da Silva Oliveira
PROMOTOR DE JUSTIÇA

Washington Luiz Maciel Cantanhede
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

Colaboração

Conceição de Maria Lima Guedes - Analista Ministerial
Rosicléa Pereira Rodrigues - Analista Ministerial
Maria Édula Marçal Lima - Bibliotecária
Abimael Freitas Lopes - Técnico Ministerial
Karina Maria Torres do Vale - Técnico Ministerial
Giovana Canavieira Furtado - Técnico Ministerial
Natália Moreira Lima Salgado Tupinambá - Técnico Ministerial
Elisabeth Silva Bezerra - Recepcionista do Memorial do MPMA

Revisão

Ilza Galvão Cutrim

Capa

Maria Ribamar Aguiar Costa

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

As ideias 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, 2013.
n. 20.

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

O lançamento desta nova edição da Revista *Juris Itinera* é, por si só, motivo de orgulho para o Ministério Público do Estado do Maranhão, porquanto revela que se tornou um sólido instrumento de propagação do conhecimento jurídico, devido, principalmente, à qualidade dos textos científicos publicados ao longo dos mais de vinte anos de sua profícua existência.

Seguindo essa linha, estão reunidos neste número, uma vez mais, trabalhos voltados para diferentes áreas do Direito, os quais, como sempre, abordam temáticas palpitantes do universo jurídico, a saber: “*A Judicialização das Políticas Públicas de Saúde*”; “*Breves Anotações sobre o Inquérito Civil*”; “*Da Inconstitucionalidade de Portarias e Resoluções Proibitivas de Venda e Consumo de Bebida Alcoólica como Sanção Penal em Dias de Eleição*”; “*A Nota de Culpa de um Elemento: a coisificação do preso e o despir de sua subjetividade*”; “*O Princípio da Proibição da Reformatio in Pejus Indireta nas Sentenças do Tribunal do Júri*”; “*Violência de Gênero e Políticas Públicas: a violência doméstica e familiar como questão de interesse público*”; “*Os Planos Diretores Municipais: instrumentos das políticas de desenvolvimento e expansão urbanas ou legislação sem eficácia no direito à cidade e a sua função social*”; e “*O Dever de Indenizar e os Descuidos das Operadoras de Planos de Saúde na Realidade do Maranhão*”.

Como se vê, este periódico é um valioso espaço colocado à disposição da produção intelectual dos operadores do Direito – notadamente dos membros e servidores do *Parquet* –, haja vista a relevância da sua contribuição para a difusão de idéias, fomentando, destarte, a reflexão e agregando valor à construção do conhecimento científico.

Por isso, renovo a todos os colaboradores os meus mais sinceros agradecimentos.

REGINA LÚCIA DE ALMEIDA ROCHA
Procuradora-Geral de Justiça

SUMÁRIO

A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

*Karen Beatriz Taveira Barros** 1

BREVES ANOTAÇÕES SOBRE O INQUÉRITO CIVIL

*Sandro Carvalho Lobato de Carvalho** 1

DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DE PORTARIAS E RESOLUÇÕES PROIBITIVAS DE VENDA E CONSUMO DE BEBIDA ALCOÓLICA COMO SANÇÃO PENAL EM DIAS DE ELEIÇÃO

*Justino da Silva Guimarães** 1

A “NOTA DE CULPA” DE UM “ELEMENTO” A COISIFICAÇÃO DO PRESO E O DESPIR DE SUA SUBJETIVIDADE

*Bruno Antonio Barros Santos** 1

O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA REFORMATIO IN PEJUS INDIRETA NAS DECISÕES PROFERIDAS PELO TRIBUNAL DO JÚRI

*André Gonzalez Cruz** 1

VIOLÊNCIA DE GÊNERO E POLÍTICAS PÚBLICAS A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR COMO QUESTÃO DE INTERESSE PÚBLICO

*Isla Caroline Berbare Leite** 1

**OS PLANOS DIRETORES MUNICIPAIS INSTRUMENTOS DAS
POLÍTICAS DE DESENVOLVIMENTO E EXPANSÃO URBANAS
OU LEGISLAÇÃO SEM EFICÁCIA NO DIREITO À CIDADE E A
SUA FUNÇÃO SOCIAL**

*José Bello Salgado Neto** 1

**O DEVER DE INDENIZAR E OS DESCUIDOS
DAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE
NA REALIDADE DO MARANHÃO**

*Hildélis Silva Duarte Junior** 1

*Karyn Laisla Pereira Viana*** 1

**DISCURSO - II ENCONTRO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO DO
MINISTÉRIO PÚBLICO DO MARANHÃO***

Senhoras e Senhores, 1

**DISCURSO - IV ENCONTRO
COM GESTORES PÚBLICOS***

Senhoras e Senhores, 1

**DISCURSO - REINAUGURAÇÃO DO MEMORIAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO DO MARANHÃO***

Senhoras e Senhores, 1

**DIREITO
CONSTITUCIONAL**

A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

*Karen Beatriz Taveira Barros**

Resumo: O presente artigo objetiva analisar o fenômeno da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil, naquilo que diz respeito aos limites do ativismo judicial e ao atendimento dos direitos fundamentais do homem. Considera-se, ainda, o direito à saúde posto na Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Judicialização. Políticas Públicas. Direitos Fundamentais. Constituição Federal.

Abstract: This article aims to analyze the phenomenon of legalization of public health policies in Brazil, in what concerns the limits of judicial activism and the observance of fundamental human rights. It was also the right to health post in the 1988 Constitution.

Keywords: Legalization. Public Policy. Fundamental Rights. The Federal Constitution.

1 INTRODUÇÃO

No que diz respeito ao direito à saúde no Brasil, sabe-se que a Constituição da República inseriu um enorme avanço sobre o tema. A constitucionalização dos direitos sociais encontra guarida na elevação dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

De tal maneira, somente na Constituição de 1988, o direito à saúde foi elevado à condição de direito fundamental do homem, constituindo um dever do Estado de prover condições imprescindíveis ao seu pleno exercício.

* Advogada, Bacharel em Direito pela Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB. Mestranda em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão. Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa e ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico do Maranhão – FAPEMA.

Particularmente, com a edição do art. 196 da Constituição da República, à saúde foram relacionados os conceitos de universalidade, integralidade e isonomia, constituindo a saúde como direito de todos e dever do Estado.

Contudo, nos últimos anos, o Poder Judiciário vem recebendo demandas motivadas pelo descumprimento de políticas públicas de saúde ou pela omissão dos entes estatais, expondo uma discussão sobre os limites do controle do Judiciário nos outros poderes do Estado: Legislativo e Executivo.

2 O DIREITO A SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A elevação do direito à saúde como direito fundamental do homem está relacionada com a própria ideia de Estado Constitucional nascida no Pós-Segunda Guerra Mundial. No Brasil, tal como muitos outros países da América Latina, o neoconstitucionalismo estabeleceu as bases para o desenvolvimento do Estado de bem-estar social a partir da sofisticação da implementação das políticas públicas, da prestação dos serviços e da universalização dos direitos sociais. (LIMBERGER; SALDANHA, 2011).

A Constituição de 1988 modificou a estrutura até então vigente, de maneira que o Estado deixou de atender apenas os contribuintes do sistema previdenciário Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social (INAMPS), ou seja, abandonou o critério contributivo como forma de prestação de serviços de saúde.

O direito à saúde se encontra dentro do rol de direitos fundamentais trazido na Constituição Federal de 1988 e, conforme Nascimento (2008, p. 907), “é um rótulo que exprime um *complexo de direitos* individuais e transindividuais, semelhante, por exemplo, ao direito de acesso à justiça”.

O referido autor ainda fala que tal complexo de direitos abarca o direito à promoção, à prevenção e à recuperação, sendo este último “um direito essencialmente individual a prestações afirmativas exercido em face do executivo e da sociedade, contemplando o direito de exigir meios de diagnóstico e de tratamento para os males que atingem os seus titulares”. (NASCIMENTO, 2008, p. 907).

Nessa senda, a carta magna reformulou a saúde no Brasil, instituindo-a como direito universal, passando a ser dever constitucional de

todas as esferas de governo. Desse modo, o conceito de saúde foi alargado e vinculado às políticas sociais e econômicas. (PAULUS JÚNIOR; CORDONI JÚNIOR, 2006).

O artigo 196 da Constituição estabelece explicitamente a universalização deste direito, reforçando o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, correspondendo a um dever do Estado – União, Estado, Distrito Federal e Municípios.

Tal dever se concretiza nas prestações de saúde, que são concebidas através de políticas sociais e econômicas que efetivem a execução de ações e serviços de saúde, não se resumindo a medidas curativas, mas sim aliadas à medicina preventiva.

Finalmente, para que não se tenha o direito reconhecido como programático apenas, a norma aperfeiçoa o direito, consignando-lhe *garantia*. É isso que está previsto: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo (...)” – o direito é *garantido* por aquelas políticas indicadas, que hão de ser estabelecidas, sob pena de *omissão inconstitucional*, até porque os meios financeiros para o cumprimento do dever do Estado, no caso, são arrecadados da sociedade, dos empregadores e empresas, dos trabalhadores e de outras fontes, consoante já discutimos antes. (SILVA, 2007, p. 768).

Nos termos da lei, as ações e serviços de saúde ficam inteiramente sujeitos a regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público. No que toca a execução dessas ações, estas devem ser feitas pela Administração direta – Ministério da Saúde e Secretarias Estaduais e Municipais – ou através de terceiros, que correspondem aos entes delegados.

O modelo idealizado na Constituição Federal é constituído pelo SUS – Sistema Único de Saúde – integrado por uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde. O Poder Público deve promover a saúde através de instituições e órgãos públicos federais, estaduais e municipais, regendo-se pelos princípios da descentralização, com direção única em cada esfera de governo, do atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, e o princípio da participação da comunidade.

No que tange o financiamento do SUS, a norma constitucional prevê que o orçamento da Seguridade Social destinará ao Sistema Único de Saúde os recursos necessários para realização de suas atividades, respeitando a previsão proposta pela direção nacional do órgão, com participação dos entes da assistência social e previdência social.

3 A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

Com a predominância dos princípios liberais adotados pelo Estado capitalista, é possível compreender a posição tomada, no século XIX, sobre a questão social, que foi de sobremaneira repressiva e apenas congregou algumas demandas da classe trabalhadora, criando leis que atendiam reivindicações tímidas e parciais na condição das vidas da classe, sem atingir, assim, o ponto central da questão social. (ROSSETTI; BOSCHETTI, 2007).

Dessa forma, as primeiras ações de políticas sociais são compreendidas como continuidade entre o Estado liberal e o Estado social, sem tratamento linear, mas é válido ressaltar o ponto em comum entre ambos: o reconhecimento de direitos sem refutar os fundamentos do capitalismo.

A mobilização e a organização da classe trabalhadora foram determinantes para a mudança da natureza do Estado liberal no final do século XIX e início do século XX. Pautada na luta pela emancipação humana, na socialização da riqueza e na instituição de uma sociabilidade não capitalista, a classe trabalhadora conseguiu assegurar importantes conquistas na dimensão dos direitos políticos, como o direito de voto, de organização em sindicatos e partidos, de livre expressão e manifestação. (BARBALET apud ROSSETTI; BOSCHETTI, 2007, p. 63-64).

Tal mudança de paradigma ficou mais evidente e delimitada no Brasil com a Constituição de 1988, que fortaleceu o Poder Judiciário e o Ministério Público para a efetivação dos direitos fundamentais e determinou formas de proteção a estes direitos contra modificações legis-

lativas que tentam reduzi-los ou retirá-los do rol de direitos assegurados aos cidadãos. Tal mecanismo de proteção foi concretizado por meio das cláusulas pétreas.

A carência de políticas públicas, o fortalecimento do Poder Judiciário e do amparo constitucional dos direitos fundamentais deram impulso ao crescimento do fenômeno conhecido como judicialização da política, ou seja, a forte atuação do judiciário na concretização dos direitos sociais.

Diversos são os motivos que ensejam o fenômeno da “judicialização das políticas públicas de saúde”, dentre eles, é possível destacar a carência de políticas públicas nesta área, orçamentos escassos e a crescente desigualdade social.

Entes do Poder Judiciário se voltaram para a discussão sobre a judicialização da saúde, de maneira a estabelecer os limites para o deferimento dos tratamentos médicos pela via judicial e balizar a sua atuação, procurando adequá-la à concretização do direito à saúde dos autores das demandas judiciais, e à necessidade de continuidade do Sistema Único de Saúde.

Sobre o assunto, Barroso (2008, p. 890) expõe:

A jurisprudência acerca do direito à saúde e ao fornecimento de medicamentos é um exemplo emblemático do que se vem afirmar. As normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político, mera convocação a atuação do Legislativo e do Executivo, e passaram a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais. Nesse ambiente, os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica. A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça gratuitamente medicamentos em uma variedade de hipóteses, procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde.

A discussão é conflituosa e perpassa por caminhos ainda muito nebulosos. Segundo o CNJ (BRASIL, 2011), até o dia 29 de abril de 2011 tramitavam no Judiciário brasileiro 240.980 demandas judiciais de saúde.

A imensa maioria destes processos tratava de demandas individuais que reivindicam na Justiça o acesso a medicamentos e procedimentos médicos pelo Sistema Único de Saúde (SUS), assim como vagas em hospitais públicos e ações contra usuários de planos privados de saúde junto ao setor.

O caso expõe o Judiciário como núcleo de controle e regulação de conduta de ações políticas, quando fiscaliza pelo viés ético o exercício dos outros poderes. Assiste-se hoje a um aumento de decisões extravagantes, que condenam a Administração o custeio de tratamentos de alto custo, inacessíveis, medicamentos experimentais ou de eficácia não comprovada. De outro lado, observa-se que não há um critério consistente para definir a esfera estatal – União, Estados e Município – que deve fornecer cada tipo de medicamento. Desse modo, as decisões implicam a sobrecarga de alguns entes estatais, causada por gastos imprevistos e vultuosos, acarretando o desequilíbrio do orçamento previsto para programas institucionalizados.

Diante disso, os excessos e incongruências dificultam a implementação e continuidade das políticas de saúde pública, desarranjando a atividade administrativa e dificultando a destinação de recursos públicos.

Sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal reconheceu como dever do Estado, o fornecimento gratuito de medicamentos a portadores de HIV, sob o argumento de que os “poderes públicos devem praticar políticas sociais e econômicas que visem aos objetivos proclamados no art. 196 da CF, invocando precedentes consolidados da Corte”¹.

Porém, o entendimento mais relevante sobre a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas foi dado pelo STF, na ADPF 45-9², por decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, que assim se posicionou:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário e nas desta Suprema Corte, em especial, a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbên-

¹ RE 271.286 e AgRg 271.286.

² ADPF 45-9, Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 04/05/2004.

cia, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei do Estado” (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO). [...]

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa –, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. [...]

Em suma, o Ministro delimitou requisitos necessários para que o Judiciário interfira no controle das políticas públicas, quais sejam: 1) mínimo existencial a ser garantido ao cidadão; 2) razoabilidade da demanda individual/ social em face do Poder Público; 3) disponibilidade financeira do Estado para efetivar as prestações positivas demandadas.

Torres (1990, p. 69-70) considerou o mínimo existencial como um direito às condições mínimas de existência humana digna, a partir do agir positivo do Estado: “A dignidade humana e as condições materiais de existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados”.

E tal como Bobbio (2004, p. 23) prenunciou: “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”.

Sobre a razoabilidade invocada pelo STF, Grinover (2010, p. 19) explica que este princípio mede-se pelo princípio da proporcionalidade, que significa, em última análise, “a busca do justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados”.

Sobre o assunto, Canotilho (1996, p. 360) sustenta:

O princípio da conformidade ou adequação impõe que a medida adoptada para a realização do interesse público deve ser apropriada à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes. Consequentemente, a exigência de conformidade pressupõe a investigação e a prova de que o acto do poder público é apto para e conforme os fins justificativos da sua adopção (*Zielkonformität, Zwecktauglichkeit*). Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida-fim. [...]

No que toca a disponibilidade de recursos financeiros para a concretização da demanda requerida, trata-se aqui da “reserva do possível”. Justificativa mais comum da omissão da Administração Pública na implementação de política pública resultante de demanda judicial.

A *reserva do possível* traduzida como insuficiência de recursos, também denominada *reserva do financeiramente possível*, portanto, tem aptidão de afastar a intervenção do Poder Judiciário na efetivação de direitos fundamentais apenas na hipótese de comprovação de ausência de recursos orçamentários suficientes para tanto. Tal viés da *teoria da reserva do possível* é importante e deve ser entendido com o objetivo de vincular o direito à economia, no sentido de que as necessidades – mesmo aquelas relacionadas aos direitos sociais – são ilimitadas e os recursos são escassos. Esse postulado, fundamento da ciência económica, deve ser levado em conta tanto na definição das políticas públicas quanto na decisão

judicial no caso concreto. Entretanto, nesta última hipótese, a insuficiência de recursos deve ser comprovada. (MÂNICA, 2007, p. 15).

O tema é bastante divergente, e, por isso, é alvo de inúmeras críticas da doutrina e dos operadores do direito, sobretudo porque é excessiva a interferência do judiciário nos outros poderes.

A crítica mais frequente ao ativismo judicial se encontra no argumento de a norma constitucional aplicável ser uma norma programática³, vez que o art. 196 da Constituição da República fala que a garantia do direito à saúde se dará por meio de políticas sociais e econômicas, não por meio de decisões judiciais.

A norma do art. 196 é perfeita, porque estabelece explicitamente uma relação jurídica constitucional em que, de um lado, se acham o *direito* que ela confere, pela cláusula “a saúde é *direito de todos*”, assim como os sujeitos desse direito, expressos pelo signo “*todos*”, que é signo de universalização, mas com destinação precisa aos brasileiros e estrangeiros residentes – aliás, a norma reforça esse sentido ao prever o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde – ,e, de outro lado, a *obrigação* correspondente, na cláusula “a saúde é *dever do Estado*”, compreendendo aqui a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, que podem cumprir o dever diretamente ou por via de entidade da Administração indireta. O dever se cumpre pelas *prestações* de saúde, que, por sua vez, se concretizam mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos de doença e de outros agravos – políticas, essas, que, por seu turno se efetivam pela execução de ações e

³ Segundo Silva (2003, p. 138), normas programáticas são aquelas “através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado”.

serviços de saúde, não apenas visando à cura de doenças. (SILVA, 2007, p. 768).

Outra corrente faz uma crítica ao entendimento de conceber a questão apenas como de interpretação de preceitos constitucionais. Entende-se que conferir ao Judiciário a prerrogativa de controlar a concessão do direito à saúde ocasiona um problema de desenho institucional. Sobre tal vertente, Barroso (2008, p. 23) destaca que: “pode-se entender que a melhor forma de otimizar a eficiência dos gastos públicos com saúde e conferir a competência para tomar decisões nesse campo ao Poder Executivo, que possui visão global tanto dos recursos disponíveis quanto das necessidades a serem supridas”.

A terceira crítica muito frequente ao ativismo judicial defende que essa questão está intimamente ligada à legitimidade democrática. Segundo este entendimento, seria uma impropriedade retirar daqueles que detém a legitimidade do voto popular o direito de definir o modo de como os recursos públicos devem ser gastos. Portanto, o ideal seria dar ao povo a prerrogativa de discussão e decisão sobre o que deve ser priorizado pelo poder público.

O doutrinador Wolfgang (2007, p. 12-13) sintetiza este argumento dizendo:

A expressiva maioria dos argumentos contrários ao reconhecimento de um direito subjetivo individual à saúde como prestação (assim como ocorre com os demais direitos sociais prestacionais, tais como educação, assistência social, moradia, etc.) prende-se ao fato de que se cuida de direito que, por sua dimensão econômica, implica alocação de recursos materiais e humanos, encontrando-se, por esta razão, na dependência da efetiva disponibilidade destes recursos, estando, portanto, submetidos a uma reserva do possível. Com base nesta premissa e considerando que se cuida de recursos públicos, argumenta-se, ainda, que é apenas o legislador democraticamente legitimado quem possui competência para decidir sobre a afetação destes recursos, falando-se, neste contexto, de um princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária, diretamente deduzido do princípio

democrático e vinculado, por igual, ao princípio da separação de poderes.

Outro argumento contra o controle judicial das políticas públicas diz respeito à reserva do possível. Que, como dito anteriormente, finca sua fundamentação na escassez de recursos públicos para o cumprimento de decisões judiciais. De fato, os recursos chegam para a implementação de políticas sociais devidamente direcionados, e, portanto, para que sejam atendidas as determinações do Judiciário é preciso deslocar recursos de programas institucionalizados, quando isto é possível, o que acarreta uma desorganização da Administração Pública.

As políticas públicas de saúde devem ser formuladas para diminuir as desigualdades sociais, entretanto, quando o Judiciário atrai para si o papel de implementador de tais políticas, atende apenas aqueles que têm acesso qualificado à justiça, que conhecem seus direitos e possuem condições de arcar com os custos de um processo.

A discussão é bastante delicada, e comporta seguidores e críticos. Porém, o ativismo judicial é consequência da precarização do sistema de saúde brasileiro, definidos por diversos fatores que nascem do distanciamento entre a formulação e a implementação das políticas sociais na área da saúde. Para tanto, é necessário que haja um alinhamento dos poderes estatais para priorizar políticas de proteção e defesa da saúde, com iniciativas preventivas e a ampliação do público-alvo de tais políticas sociais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a inserção do rol de direitos fundamentais na Constituição da República, a efetivação do direito à saúde se tornou bem menos precária do que em outros momentos históricos que o Brasil vivenciou.

Sendo assim, a Constituição suplantou a tendência de reconhecimento de direitos individuais, a partir de uma democracia de conteúdo social, assumindo na sua essência a integração harmônica entre as categorias de direitos fundamentais, como reflexos dos direitos sociais.

Com o fortalecimento do judiciário e a formalização dos direitos sociais, a judicialização das políticas cresceu de forma vertiginosa, vez que

há uma carência de esforços para a concretização de políticas públicas efetivadoras dos direitos fundamentais.

A efetivação de direitos inerentes à saúde pelo judiciário pode acarretar um desequilíbrio no orçamento público, ou mesmo, concentrar os gastos públicos nas camadas sociais com melhor poder aquisitivo, vez que estas também concentram o acesso privilegiado ao judiciário.

Diante da problematização do tema, o que resta concluir é que limites devem ser ponderados na análise das demandas judiciais relacionadas aos direitos sociais.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Brasil tem mais de 240 mil processos na área de Saúde**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/14096:brasil-tem-mais-de-240-mil-processos-na-area-de-saude&catid=223:cnj>. Acesso em: 3 jun. 2012.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1996.

LIMBERGER, Têmis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A judicialização da política pública e o direito à saúde: a construção de critérios judiciais e a contribuição do supremo tribunal federal. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 283-302, jul./dez. 2011. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/1325/668>. Acesso em: 2 jun. 2012.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 169-186, jul./set. 2007.

NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. Concretizando a utopia: problemas na efetivação do direito a uma vida saudável. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

PAULUS JÚNIOR, Aylton; CORDONI JÚNIOR, Luiz. Políticas públicas de saúde no Brasil. **Revista Espaço para a Saúde**, Londrina, v.8, n.1, p.13-19, dez. 2006. Disponível em: http://www.ccs.uel.br/espacoparasaude/v8n1/v8n1_artigo_3.pdf. Acesso em: 10 jul. 2012.

ROSSETTI, Eliane Behring; BOSCHETTI, Ivanete. **Política social**: fundamentos e história. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n. 11. set./nov. 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-INGO%20SARLET.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2012.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. Malheiros: São Paulo, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, n. 42, p. 69-70, jul./set. 1990.

BREVES ANOTAÇÕES SOBRE O INQUÉRITO CIVIL

*Sandro Carvalho Lobato de Carvalho**

O inquérito civil é a principal ferramenta para que o Ministério Público cumpra suas operosas e diversificadas atribuições extrajudiciais. (Márcio Berclaz e Leonardo Alves)

Resumo: O presente texto tece breves comentários sobre alguns aspectos do inquérito civil, importante instrumento de investigação exclusivo do Ministério Público, tomando por base, sobretudo, a regulamentação promovida pelo Conselho Nacional do Ministério Público através da Resolução nº 23/2007 e as assertivas jurisprudenciais sobre o tema.

Palavras-chave: Inquérito Civil. Ministério Público. Resolução nº 23/2007 do CNMP. Doutrina. Jurisprudência.

Abstract: This text weaves brief comments on some aspects of the civil inquiry, an important research tool unique prosecutors, based on mainly the regulation promoted by the National Public Prosecutor through Resolution nº 23/2007 and assertive jurisprudence on theme.

Keywords: Civil Inquiry. Prosecutor. Resolution n. 23/2007 of the CNMP. Doctrine. Jurisprudence.

1 INTRODUÇÃO

Criado com a Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 24/07/1985), o inquérito civil foi *constitucionalizado* no art. 129, III, da Carta da República de 1988.

* Promotor de Justiça no Estado do Maranhão. Especialista em Direitos Difusos, Coletivos e Gestão Fiscal pela ESMP/MA. Pós-graduando em Ciências Criminais pela ESMP/MA. Membro do Grupo Nacional de Membros do Ministério Público – GNMP.

O objetivo deste breve estudo é, sem a pretensão de esgotar o vasto tema, dar uma visão ampla sobre as características principais do inquérito civil.

2 PREVISÃO LEGAL

Como dito acima, o inquérito civil surgiu com a Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985) em previsão constante no art. 8º, §1º.

Logo em seguida, a Constituição do Brasil de 1988, em seu art.129, III, constitucionalizou o inquérito civil como um instrumento de atuação funcional do Ministério Público.

A partir de então, o inquérito civil passou a constar em diversos textos legais, dentre eles:

- a) art. 6º da Lei nº 7.853/89 (Proteção às Pessoas Portadoras de Deficiência);
- b) art. 201 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente);
- c) art. 90 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor);
- d) arts. 25, IV, e 26 da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público);
- e) arts.6º, 7º e 8º da Lei Complementar nº 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União);
- f) art.74, I, da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso).

Visando uniformizar o procedimento de tramitação do inquérito civil, já que não previsto em nenhuma legislação, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) editou a Resolução nº 23/2007 disciplinando a instauração e a tramitação do inquérito civil.

No Estado do Maranhão, com base na resolução do CNMP, o Colégio de Procuradores de Justiça do Estado do Maranhão editou a Resolução nº 10/2009, disciplinando, no âmbito do Ministério Público do Estado do Maranhão, a instauração e tramitação do inquérito civil.

3 CONCEITO DE INQUÉRITO CIVIL

O inquérito civil é um procedimento administrativo investigatório exclusivo do Ministério Público objetivando colher elementos de

convicção para o exercício de suas atribuições, visando promover as ações civis competentes.

Ou como conceituou o hoje Ministro do STF Celso de Mello:

Trata-se de procedimento meramente administrativo, de caráter pré-processual, que se realiza extrajudicialmente. O inquérito civil, de instauração facultativa, desempenha relevante função instrumental. Constitui meio destinado a coligir provas e quaisquer outros elementos de convicção, que possam fundamentar a atuação processual do Ministério Público. O inquérito civil, em suma, configura um procedimento preparatório, destinado a viabilizar o exercício responsável da ação civil pública¹.

Cabe uma pequena observação sobre a terminologia. Tanto a Lei nº 7.347/1985 quanto a Constituição Federal chamam o procedimento investigatório cível a cargo do Ministério Público de inquérito civil.

É uma impropriedade, portanto, chamá-lo de inquérito civil público. Não há inquérito civil privado, logo, não há motivo para chamar o inquérito civil de público. O instrumento investigatório cível tem nome de inquérito civil e só.

Vale a crítica de Mazzilli (2008, p. 48) nesse aspecto:

É errônea a expressão, às vezes encontrada, de inquérito civil público. Usa-se, sim, a expressão ação civil pública em contraposição à ação civil privada – mas como não existe inquérito civil privado, não há falar em inquérito civil público. Seria a mesma impropriedade se falássemos em inquérito policial público, apenas porque se destina a colher elementos preparatórios para uma ação penal pública. Nem o fato de que uma associação civil pode preparar-se previamente para o ajuizamento de uma ação civil pública transformaria suas investigações preparatórias e informais num inquérito civil privado. Inqué-

¹ Manifestação na função de Assessor do Gabinete Civil da Presidência da República, proferida no processo relativo ao projeto que veio a converter-se na Lei de Ação Civil Pública.

rito civil, pois, só é aquele instaurado pelo Ministério Público.

4 OBJETIVO E CARACTERÍSTICAS

Do conceito, podemos extrair o objetivo e algumas características principais do inquérito civil:

a) como procedimento prévio de investigação, tem como objetivo coletar elementos probatórios mínimos que sirvam de base para a propositura responsável da ação civil pública competente.

Nesse sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

O inquérito civil público é procedimento informativo, destinado a formar a *opinio actio* do Ministério Público. Constitui meio destinado a colher provas e outros elementos de convicção, tendo natureza inquisitiva².

b) é instrumento de investigação exclusivo do Ministério Público, sendo instaurado e presidido por Órgão Ministerial.

Sobre a exclusividade do Ministério Público, diz Mazzilli (2008, p. 48):

Só o Ministério Público está autorizado a instaurar e presidir o inquérito civil; nem as associações civis nem os demais co-legitimados à ação civil pública. A União, o Estado, o Município, o Distrito Federal, as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as fundações ou associações civis são co-legitimados à propositura da ação civil pública da Lei n. 7.347/85, ou da ação coletiva do Código de Defesa do Consumidor; antes de proporem sua ação, é natural que recolham elementos de convicção necessários, e farão isso em procedimentos quaisquer, mas, sob a denominação, os mecanismos de controle de arquivamento e sob os efeitos do in-

² STJ, RESP 644994, 2ª T, DJU de 21/03/2005, p. 336, Rel. Min. João Otávio de Noronha.

quérito civil só o Ministério Público pode instaurá-lo. Na forma como foi concebido na Lei n. 7.347/85 e legislação subsequente, o inquérito civil é um instrumento de investigação exclusivo do Ministério Público.

Como bem lembrado por Ferraresi (2010, p. 30), a escolha de um único legitimado ativo para instaurar inquérito civil é uma opção legislativa. Logo, não há óbice algum em, no futuro, o legislador atribuir à Defensoria Pública, como órgão público que é, a possibilidade de instaurar inquérito civil. Como dito, é apenas uma questão de opção legislativa. Atualmente, repise-se, somente o Ministério Público pode instaurar e presidir inquérito civil.

c) é de instauração facultativa, pois o Ministério Público pode promover a ação civil pública sem o inquérito civil, desde que tenha elementos suficientes para tanto. Ou seja, o inquérito civil é dispensável.

Sobre o caráter não obrigatório do inquérito civil, dita o art. 1º, parágrafo único, da Resolução nº 23/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público: O inquérito civil não é condição de procedibilidade para o ajuizamento das ações a cargo do Ministério Público, nem para a realização das demais medidas de sua atribuição própria³.

d) é de natureza inquisitória, pois sendo um procedimento administrativo pré-processual e extrajudicial não há obrigatoriedade do contraditório.

Mais uma vez, vale citar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça,

[...] 3. O Ministério Público possui legitimidade para promover o inquérito civil, procedimento este que tem natureza preparatória da ação judicial, não lhes sendo inerentes os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. [...] 5. A norma imposta pelo inciso LV, do art. 5º da Constituição da República é expressa no sentido de sua observância no processo judicial e no administrativo. Entretanto, no

³ Idêntico dispositivo há na Resolução nº 10/2009, do Colégio de Procuradores do Ministério Público do Maranhão.

procedimento meramente informativo, o contraditório e a ampla defesa não são imprescindíveis, salvo se houver restrição de direitos e aplicação de sanções de qualquer natureza, o que incoorre in casu. 6. O inquérito civil público é procedimento informativo, destinado a formar a *opinio actio* do Ministério Público. Constitui meio destinado a colher provas e outros elementos de convicção, tendo natureza inquisitiva. [...] 8. Como mero instrumento de apuração de dados, o inquérito civil, a símile do que ocorre com o inquérito policial, tem caráter inquisitório, não se aplicando, em decorrência disso, os postulados concernentes ao princípio do contraditório⁴.

Em que pese ser de natureza inquisitiva, nada impede que o membro do Ministério Público permita ao investigado, por seu advogado, p.ex, a juntada de documentação ou a participação em oitivas, ou mesmo em perícias executadas no corpo do inquérito civil. Sempre, evidentemente, visando uma melhor constituição dos dados do procedimento e uma avaliação mais legítima da prova colhida, como veremos mais a frente.

Por outro lado, a natureza inquisitiva do inquérito civil não o torna sigiloso como regra. Impera o princípio da publicidade dos atos, tendo o investigado e seu advogado, inclusive, possibilidade de ter vista dos autos do inquérito e dele extrair cópias (art. 7º e seus incisos e parágrafos da Resolução nº 23/2007 do CNMP e art. 10, §2º, e incisos da Resolução nº 10/2009, do Colégio de Procuradores do Ministério Público do Maranhão).

Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

Recurso ordinário. Mandado de segurança. Inquérito civil. Diligências em curso. Dados de terceiros. Acesso restrito. 1. Segundo jurisprudência assentada no STJ, “Não é lícito negar ao advogado constituído o direito de ter acesso aos autos de inquérito civil”, relativamente “(...) aos elementos já documentados nos autos e que digam respeito ao investigado”, aplicando-se, quanto ao ponto, a orientação da Súmula Vinculante 14/STF, segun-

⁴ STJ, RMS 21038, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 01/06/2009.

do a qual “é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa” (RMS 28.949/PR, Min. Denise Arruda, DJe de 26.11.2009). 2. Recurso ordinário parcialmente provido⁵.

Importa observar que, apesar do STJ ter fundamentado a decisão acima transcrita na Súmula Vinculante nº 14 do STF, o Supremo Tribunal Federal já deixou claro que referida súmula somente se aplica aos procedimentos investigatórios de natureza criminal, não se aplicando, portanto, ao inquérito civil⁶.

Por fim, não há dúvidas que se pode impor de forma fundamentada o caráter sigiloso ao inquérito civil, em razão de conter informações cobertas por sigilo legal ou no interesse da investigação (GAVRONSKI, 2011, p. 300), conforme previsão no art. 7º, §§3º e 4º, da Resolução nº 23/2007, do CNMP (v. Art. 10, §4º, da Resolução nº 10/2009, do Colégio de Procuradores do Ministério Público do Maranhão).

5 O VALOR DA PROVA PRODUZIDA NO INQUÉRITO CIVIL

Como visto acima, o inquérito civil é procedimento informativo que visa colher elementos para formar a convicção do membro do Ministério Público, sendo de natureza inquisitiva e, por consequência, prescindível de contraditório.

No entanto, as provas colhidas no inquérito civil só podem ser afastadas pelo julgador se existirem contraprovas produzidas sob o manto do contraditório, posto que o inquérito civil é uma investigação pública, de caráter oficial, conduzido por membro de uma instituição pública, logo, com legitimidade e presunção de legalidade de seus atos.

⁵ STJ, RMS nº 31747, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe 17/10/2011.

⁶ STF, Rcl nº 8458, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 03/12/2010.

O Superior Tribunal de Justiça já pacificou entendimento:

Processo civil. Ação civil de reparação de danos. inquérito civil público. Natureza inquisitiva. Valor probatório. 1. O inquérito civil público é procedimento informativo, destinado a formar a *opinio actio* do Ministério Público. Constitui meio destinado a colher provas e outros elementos de convicção, tendo natureza inquisitiva. 2. “As provas colhidas no inquérito têm valor probatório relativo, porque colhidas sem a observância do contraditório, mas só devem ser afastadas quando há contraprova de hierarquia superior, ou seja, produzida sob a vigilância do contraditório” (Recurso Especial n. 476.660-MG, relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 4.8.2003). 3. As provas colhidas no inquérito civil, uma vez que instruem a peça vestibular, incorporam-se ao processo, devendo ser analisadas e devidamente valoradas pelo julgador. 4. Recurso especial conhecido e provido⁷.

Por outro lado, o valor da prova arrecadada no inquérito civil aumenta quando colhidas com a presença do advogado do investigado.

Vale a lição de Ferraresi (2010, p. 25-26):

Mesmo que se sustente o caráter inquisitorial do inquérito civil, está claro que nada impede que o Promotor de Justiça abra essa possibilidade. O contraditório no inquérito civil robustece a prova nele produzida. Salvo situações excepcionais, em que de fato o sigilo seja importante para garantir o sucesso das investigações, mostra-se medida de boa técnica a ampla participação do investigado no inquérito civil [...].

A concessão de oportunidade de participação, com ciência dos atos da apuração e acompanhamento

⁷ STJ, REsp nº 644.994, Rel.Min. João Otávio de Noronha, DJ 21/03/2005. No mesmo sentido: REsp nº 849841, Rel.Min^a. Eliana Calmon, DJ 11/09/2007.

de diligências, certamente reforçarão o valor intrínseco dos elementos de informação colhidos na fase pré-processual. Como consequência, poderão receber maior importância na formação da convicção do magistrado, dentro do princípio do livre convencimento motivado, mormente considerando que são admitidos no processo todos os meios de prova, desde que não ilícitos.

Seria pouco provável atribuir carga valorativa à prova produzida no inquérito civil sem a participação do investigado, mesmo que exames, perícias, pareceres técnicos, enfim, a prova produzida no inquérito tenha sido feita por órgãos públicos, que gozam de presunção de legitimidade e veracidade.

6 OBJETO A SER INVESTIGADO NO INQUÉRITO CIVIL

Dúvida existe se o Ministério Público pode instaurar inquérito civil para investigar qualquer questão de natureza cível que esteja no âmbito de suas atribuições, ou se o inquérito civil só poderia ser manuseado para colher informações sobre lesão ou ameaça de lesão a direitos transindividuais.

A doutrina se divide em duas correntes.

A primeira afirma que o inquérito civil só pode ser utilizado para investigar ofensa a direitos transindividuais pelo fato de estar previsto na legislação pertinente a direitos coletivos. Ferraresi (2010, p. 35) filia-se a esta corrente e conclui que “a sistemática indica que é melhor restringir o inquérito civil para apurar lesão a direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos”.

Já para a segunda corrente, o Ministério Público poderia instaurar inquérito civil para colher elementos visando a promoção de qualquer ação civil, não só as coletivas, já que a norma constitucional não previu limitação. Comunga deste entendimento Mazzilli (2008, p. 108).

Entendemos que se pode instaurar inquérito civil para colher elementos de convicção para a defesa de todos os direitos transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos) e também para a defesa de direitos individuais – de caráter social ou indisponível – em

face do alargamento do objeto do inquérito civil proporcionado pela Constituição Federal (art. 129, III), pelo Código de Defesa do Consumidor (art.90), pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 201, V) e pelas leis federais de Organização do Ministério Público (arts. 25, IV, e 26, I, da Lei nº 8.625/93 e art. 6º, VII, 'c' e 'd' e art. 38, I, da Lei Complementar nº 75/93).

A Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público de nº 23/2007 não deixa dúvidas quanto à possibilidade de abertura de inquérito civil para apurar fatos diversos dos direitos transindividuais ao prevê em seu art. 1º que:

O inquérito civil, de natureza unilateral e facultativa, será instaurado para apurar fato que possa autorizar a tutela dos interesses ou direitos a cargo do Ministério Público nos termos da legislação aplicável, servindo como preparação para o exercício das atribuições inerentes às suas funções institucionais⁸.

Devido à conclusão acima, é indiscutível que o inquérito civil possa ser utilizado para colher elementos para o ajuizamento de ação de improbidade.

Comungando da mesma opinião, Rodrigues (2006, p. 367) leciona:

Como é cediço, a lei de improbidade tem uma previsão normativa própria, foi concebida na Lei 8.429/92, enquanto o inquérito civil público foi disciplinado na lei de ação civil pública (Lei 7.347/85). Todavia, a Constituição Federal de 1988, ao discipliná-lo, e estabelecer os poderes insitos a esta investigação deu um novo valor a este instrumento, permitindo que o mesmo fosse utilizado para o exercício de todas as atribuições constitucionais do Ministério Público. No caso da tutela do patrimônio público, é evidente que há um interesse difuso à boa gestão do Erário Público que pode ser protegido através da ação civil

⁸ No mesmo sentido: art.1º da Resolução nº 10/2009, do Colégio de Procuradores do Ministério Público do Maranhão.

pública, ou da ação de improbidade, aliás há previsão expressa no artigo 129, III, da Constituição Federal no sentido de que o Ministério Público está legitimado para tanto. De outra feita, a Lei 8.625/93, Lei Nacional do Ministério Público dos Estados, assim como a Lei Complementar 75/93, Lei Orgânica do Ministério Público da União, admitem expressamente a tutela do patrimônio público através da ação civil pública, conforme aliás entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Em que pese a clara lição acima e da Súmula 329 do ST⁹, necessário informar a posição contrária de Dinamarco (2004, p. 435) para quem o Ministério Público não tem legitimidade para ingressar com ação civil pública visando a proteção do patrimônio público, logo, por consequência, na visão do referido jurista, não poderia também investigar lesão ao patrimônio público via inquérito civil.

7 MODOS DE INSTAURAÇÃO DO INQUÉRITO CIVIL

De acordo com o art. 2º, incisos I, II e III, da Resolução nº 23/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público¹⁰, os modos de instauração do inquérito civil são:

a) de ofício, quando, tomando conhecimento do fato violador de direito a ser protegido pelo Ministério Público, por iniciativa própria, o membro do Ministério Público instaura o inquérito civil.

b) por provocação, quando qualquer interessado levar ao conhecimento do Ministério Público fato violador de direito a ser protegido pelo Ministério Público solicitando do órgão uma atitude investigatória.

c) por determinação do Procurador-Geral, do Conselho Superior do Ministério Público ou demais órgãos superiores da Instituição, nos ca-

⁹ Súmula 329 STJ: “O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público”.

¹⁰ Também o art.2º,I,II e III, da Resolução nº 10/2009, do Colégio de Procuradores do Ministério Público do Maranhão.

sos cabíveis, como, por exemplo, quando o Conselho Superior rejeita a promoção de arquivamento feita por um membro do Ministério Público.

Para além da Resolução do CNMP, o promotor maranhense José Márcio Maia Alves ainda cita um quarto modo de instauração do inquérito civil: a instauração compartilhada.

Na lição de Alves (2008, p. 22):

Outra forma de instauração de ICs, pouco usada pelos Promotores de Justiça, é a instauração compartilhada. Nesse caso o Promotor e a própria coletividade constroem o conjunto de interesses coletivos lesionados passíveis de investigação. São exemplos de instauração compartilhada os Fóruns de Defesa de Interesses Coletivos em que o Promotor e a comunidade apontam, em audiência pública, os fatos representativos de lesão a interesses transindividuais da comunidade. Nesses casos, é extraída da audiência uma ata em que ficam anotados todos os fatos citados, que serão avaliados pelo Promotor de Justiça para que tome as providências cabíveis¹¹.

Em relação aos modos de instauração, é importante detalhar algumas questões no que diz respeito à instauração por provocação.

Em regra, essa instauração ocorre após a representação do interessado.

Nos dizeres de Ferraresi (2010, p. 41):

A representação nada mais significa do que um escrito encaminhado ao Promotor de Justiça para que tome providências a respeito de determinado fato que constitua lesão a direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Conforme se observa na Resolução nº 23/2007 do CNMP, a representação deverá conter requisitos mínimos, quais sejam: informações

¹¹ Para melhor entendimento sobre os Fóruns de Defesa de Interesses Coletivos ver: <http://blogjosemarcio.files.wordpress.com/2011/02/fc3b3rum-permanente-de-defesa-de-interesses-coletivos-formato-alto-parnc3a1iba1.pdf>

sobre o fato e seu provável autor, bem como a qualificação mínima que permita sua identificação e localização (art. 2º, II).

A falta de requisitos mínimos na representação, sobretudo o não fornecimento de elementos suficientes que indiquem o dano ou a ameaça de lesão a direitos, permite que o membro do Ministério Público indefira a representação de plano (art. 5º, da Resolução nº 23/2007 do CNMP e art. 8º da Resolução nº 10/2009, do Colégio de Procuradores do Ministério Público do Maranhão).

Ponto interessante sobre a instauração por provocação é possibilidade de investigação iniciada por “denúncia anônima”.

Apesar da Resolução nº 23/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público, em seu art. 2º, II, deixar explícito a necessidade da representação atender alguns requisitos básicos para fundamentar a instauração de um inquérito civil, a mesma resolução, no parágrafo terceiro do citado art. 2º, prevê a hipótese de instauração de investigação com base em uma “manifestação anônima”.

Para Ferraresi (2010, p. 46):

Em regra, deve-se dar pouca credibilidade a representações anônimas. Todavia, se as informações forem suficientes para embasar o início das investigações, excepcionalmente será permitido valer-se delas para a instauração do inquérito civil. Há que se tomar cuidado com manifestações anônimas, porque, no mais das vezes, são oriundas de pessoas que se valem do Ministério Público para atingir opositores políticos.

Apesar da desconfiança de Ferraresi, não se pode descartar de plano as denúncias anonimamente dirigidas ao Ministério Público. Cada caso deve ser analisado com as devidas cautelas, mas o dever do Ministério Público em proteger o patrimônio público e social, o meio ambiente e demais interesses difusos e coletivos (art. 129, III, da Constituição Federal), deve prevalecer.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça aceita a “denúncia anônima” como base para a instauração de inquérito civil. Veja-se:

Administrativo. Improbidade. Inquérito civil. Investigação decorrente de denúncia anônima. Evolu-

ção patrimonial incompatível com os rendimentos. Agentes políticos. Ilícito que se comprova necessariamente por análise de documentos. Harmonização entre a vedação do anonimato e o dever constitucional imposto ao Ministério Público. Possibilidade.

1. Cinge-se a controvérsia a definir se os recorrentes possuem o direito líquido e certo de impedir o prosseguimento de Inquérito Civil instaurado, após denúncia anônima recebida pela Ouvidoria-Geral do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, com a finalidade de apurar possível incompatibilidade entre a evolução patrimonial de agentes políticos e seus respectivos rendimentos.
2. O simples fato de o Inquérito Civil ter-se formalizado com base em denúncia anônima não impede que o Ministério Público realize administrativamente as investigações para formar juízo de valor sobre a veracidade da notícia. Ressalte-se que, no caso em espécie, os servidores públicos já estão, por lei, obrigados na posse e depois, anualmente, a disponibilizar informações sobre seus bens e evolução patrimonial.
3. [...].
5. A vedação ao anonimato, constante no art. 5º, IV, da Constituição Federal, há de ser harmonizada, com base no princípio da concordância prática, com o dever constitucional imposto ao Ministério Público de promover o Inquérito Civil e a Ação Civil Pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III).
6. [...].
7. Assim, ainda que a notícia da suposta discrepância entre a evolução patrimonial de agentes políticos e seus rendimentos tenha decorrido de denúncia anônima, não se pode impedir que o membro do *Parquet* tome medidas proporcionais e razoáveis, como no caso dos autos, para investigar a veracidade do juízo apresentado por cidadão que não se tenha identificado.
8. Em matéria penal, o STF já assentou que “nada impede, contudo, que o Poder Público provocado por delação anônima (‘disque-denúncia’, p. ex.), adote medidas informais destinadas a apurar, previamente, em averiguação sumária, ‘com pru-

dência e discricção, a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude penal, desde que o faça com o objetivo de conferir a verossimilhança dos fatos nela denunciados, em ordem a promover, então, em caso positivo, a formal instauração da *persecutio criminis*, mantendo-se, assim, completa desvinculação desse procedimento estatal em relação às peças apócrifas” (Inq 1.957, Rel. Min. Carlos Velloso, voto do Min. Celso de Mello, julgamento em 11.5.2005, Plenário, DJ de 11.11.2005). 9. Em se tratando de suposto ato de improbidade que só pode ser analisado mediante documentos, descabe absolutamente adotar medidas informais para examinar a verossimilhança, ao contrário do que se passa, por exemplo, em caso de denúncia anônima da ocorrência de homicídio. 10. O STJ reconhece a possibilidade de investigar a veracidade de denúncia anônima em Inquérito Civil ou Processo Administrativo, conforme se observa nos seguintes precedentes, entre os quais se destacam a orientação já firmada por esta Segunda Turma e uma recente decisão da Primeira Turma: RMS 37.166/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 15.4.2013; RMS 30.510/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 10.2.2010; MS 13.348/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, DJe 16.9.2009. 11. Recurso Ordinário não provido¹². Processo civil e administrativo. Mandado de segurança. Trancamento de inquérito civil para apuração de ato de improbidade administrativo. Enriquecimento ilícito. Justa causa. Prescrição. 1. Somente em situações excepcionais, quando comprovada, de plano, atipicidade de conduta, causa extintiva da punibilidade ou ausência de indícios de autoria, é possível o trancamento de inquérito civil. 2. Apuração de fatos típicos (artigo 9º da Lei nº 8.429/92), com indícios suficientes de autoria desmentem a alegação de inviabilidade da ação de improbidade. 3. Denúncia anônima pode ser in-

¹² STJ, RMS nº 38010, Rel.Min. Herman Benjamin, DJe 16/05/2013.

vestigada, para comprovarem-se fatos ilícitos, na defesa do interesse público. 4. A ação civil de ressarcimento por ato de improbidade é imprescritível, inexistindo ainda ação contra o impetrante. 5. Recurso ordinário desprovido¹³.

Seja qual for o modo de instauração do inquérito civil (de ofício, por provocação – incluindo a delação anônima – por determinação ou por compartilhamento), o membro do Ministério Público deve elaborar portaria instauradora do inquérito civil e nela fundamentar a abertura da investigação ministerial cível.

Conforme explica Alves (2008, p. 23):

A portaria é a peça inaugural de um IC. Qualquer que seja a sua espécie de instauração (provocada, *ex officio* ou compartilhada), os fatos apontados como configuradores de transgressão a interesse coletivo serão lançados na portaria como justificativas para a investigação.

A necessidade de fundamentação fica clara na lição de Zaneti JR. e Garcia (2011, p. 151):

É preciso que haja identificação do fato ou conjunto de fatos que serão apurados, com fundamentação jurídica (mesmo que sucinta) que justifique o início da atividade investigatória do Ministério Público. A fundamentação do ato administrativo de instauração do procedimento investigatório é indispensável ao controle da legitimidade/legalidade deste ato.

8 INSTRUÇÃO PROBATÓRIA

Instaurado o inquérito civil, o membro do Ministério Público deve instruí-lo a fim de apurar a real ocorrência de dano ou ameaça de dano a direito protegido pelo Ministério Público.

¹³ STJ,RMS nº 30510, Rel.Min^a. Eliana Calmon, DJe 10/02/2010.

Sendo o inquérito civil um procedimento informativo inquisitório, o presidente do inquérito civil tem amplos poderes instrutórios, podendo ouvir testemunhas, realizar vistorias, inspeções, requisitar documentos, requisitar perícias e estudos, juntar aos autos documentos encaminhados por interessados, deprecar diretamente a qualquer órgão de execução a realização de diligências necessárias para a investigação, promover audiências públicas etc.

A Constituição Federal, em seu art.129,VI, explicita dois instrumentos a serem usados pelo Ministério Público para conseguir coletar informações para verificar a ocorrência ou não de dano a direito coletivo. São eles: a notificação e a requisição.

A notificação é o instrumento utilizado para convocar pessoas para prestarem declarações ao Ministério Público. A falta injustificada do notificado pode ensejar até mesmo a condução coercitiva pela Polícia quando se tratar de testemunhas.

Já a requisição é o instrumento utilizado para obter documentos, informações ou perícias de autoridades federais, estaduais, municipais, bem como de órgãos públicos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Quanto às requisições, duas questões devem ser pontuadas.

Primeira. A maior parte da doutrina entende que somente poderá o membro do Ministério Público expedir requisição caso já exista um inquérito civil ou procedimento administrativo instaurado (Ferraresi, 2010, p. 47).

No entanto, não parece ser o melhor caminho.

Sendo o Ministério Público o responsável por promover a defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente e dos demais interesses difusos e coletivos não se pode limitar a atuação ministerial nesta seara, dando interpretação restritiva à possibilidade de o Ministério Público expedir requisições.

Como visto acima, o inquérito civil, assim como qualquer procedimento administrativo investigatório a cargo do Ministério Público, é dispensável, não-obrigatório. Basta que o Ministério Público tenha em seu poder elementos suficientes para o ajuizamento da ação civil pública que a instauração de inquérito civil tonar-se desnecessária.

Logo, nada impede que o Ministério Público, antes de instaurar qualquer procedimento administrativo investigatório, utilize-se da re-

quisição exatamente para obter documentos e informações para avaliar a necessidade ou não de instauração de inquérito civil ou mesmo o ajuizamento direto da ação civil pública.

Assim, pode o Ministério Público diretamente requisitar as informações aos órgãos públicos e, de posse dos documentos, diante da análise e da consequente opinião formada, instaurar o inquérito civil ou ajuizar a ação civil pública competente.

O Superior Tribunal de Justiça rejeita a tese de prévia instauração de procedimento administrativo investigatório para a expedição de requisição. Veja-se:

Mandado de segurança. Prefeito municipal. Requisição de informações pelo Ministério Público. Pessoas contratadas pela prefeitura. Embargos de declaração. Violação ao artigo 535, do CPC. Súmula 284/STF. Direito de certidão. Decisão nos limites constitucionais. Independência do Ministério Público. Diretrizes traçadas pela Administração Superior do *Parquet* estadual. Obrigatoriedade. Ausência de prequestionamento. Súmula 282/STF. Desnecessidade de prévia instauração de inquérito civil ou procedimento administrativo. Artigo 26, I, b, da Lei nº 8.625/93. I - Trata-se de mandado de segurança impetrado pelo ora recorrente, prefeito municipal de Minas Gerais, contra o ato do Ministério Público consubstanciado na requisição de informações sobre as pessoas nomeadas, contratadas e terceirizadas por aquela Prefeitura a partir de 05.10.98. II - Incidência da Súmula 284/STF no tocante à alegação de violação ao artigo 535, I, do CPC, uma vez que o recorrente limitou-se a aduzir que a mesma foi ocasionada em razão de ter restado sem resposta os declaratórios, não explicitando de que forma teria o acórdão recorrido incorrido em omissão, obscuridade ou contradição. III - A questão relacionada ao direito de certidão foi dirimida à luz de disposição constitucional, inviável seu debate nos limites do recurso especial. IV - Ausência de prequestionamento em relação à obrigatoriedade ou não do Ministério Público em acatar orientações firmadas por outros

órgãos. Incidência da Súmula 282/STF. V - Não se faz necessária a prévia instauração de inquérito civil ou procedimento administrativo para que o Ministério Público requirite informações a órgãos públicos - interpretação do artigo 26, I, b, da Lei nº 8.625/93. VI - Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido¹⁴.

A segunda questão diz respeito à possibilidade de o Ministério Público requisitar diretamente informações bancárias.

A grande maioria das instituições bancárias tem negado acesso à informação e documentos de contas públicas ao Ministério Público sob argumento de que tais contas estão protegidas pelo sigilo bancário.

Ocorre que a Constituição Federal não contém norma específica acerca do sigilo bancário, o qual é extraído de outros sigilos assegurados constitucionalmente, tais como o direito à privacidade e à intimidade, previstos no art. 5º, X, da Constituição Federal.

Por outro lado, há lei complementar garantindo acesso do Ministério Público a informações sigilosas¹⁵.

Nesse sentido, calha a lição de Moraes (2007, p. 69), a seguir exposta:

A citada Lei Complementar nº 75/93 e, consequentemente, a Lei nº 8.625/93 (em virtude do seu art. 80), atendendo ao permissivo constitucional, concederam tanto ao Ministério Público da União, quanto ao Ministério Público Estadual a possibilidade de requisitarem informações bancárias e fiscais que importassem quebra de sigilo, desde que para instruir procedimentos administrativos no âmbito de sua atribuição, bem como resguardando o necessário sigilo.

Devemos nos lembrar de que a única limitação proposta pelo legislador constituinte ao poder de requi-

¹⁴ STJ, REsp. nº 873.565, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 05/06/2007.

¹⁵ Art. 8º, §2º da LC nº 75/93 (LOMPU): Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido.

sição do Ministério Público foi regulamentá-lo na 'forma da respectiva lei complementar'. O Congresso Nacional regulamentou tal dispositivo, impedindo que se alegue ao Ministério Público a exceção do sigilo, para que se negue o fornecimento de informações necessárias aos procedimentos de sua área de atribuição.

Nesse sentido, decidiu o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, afirmando que: 'o artigo 8º, parágrafos 1º e 2º da Lei Complementar nº 75/93, confere ao Ministério Público o acesso a informes bancários, atribuindo-lhe, porém, o dever legal de utilizar os dados obtidos, apenas, para os fins a que se destinam. Assim, não há que se falar em violação à intimidade e à vida privada, posto que está reguardado o caráter sigiloso das informações, garantindo-se, inclusive, a responsabilização civil e penal, do órgão do Ministério Público, no caso de uso indevido das informações requeridas'.

Veja-se, ainda, que os incisos X e XI, do art. 5º, da Constituição Federal, como todas as demais liberdades públicas, não são absolutos, podendo, em virtude do critério da proporcionalidade (Verhältnismässigkeitsprinzip), ser atenuados. A própria Constituição Federal acaba por permitir não só a quebra do sigilo pela autoridade judicial, como também pelo Ministério Público (art. 129, VI) e pelas Comissões Parlamentares de Inquérito (CF, art. 58, § 3º).

Ademais, tratando-se de Administração Pública, a Constituição Federal estabelece o princípio da publicidade (art. 37).

Especificamente em relação às contas bancárias de entes públicos, que por óbvio movimentam dinheiro público, vigora o princípio da publicidade nos gastos. Não há que se falar de sigilo na coisa pública. Logo, inoponível qualquer espécie de sigilo quando se trata de *res publica*, ainda mais quando o objetivo é exatamente conhecer a movimentação bancária do dinheiro público para melhor fiscalizar e proteger o patrimônio público.

Sobre o assunto vale transcrever a esclarecedora lição de Gavronki (2011, p. 302):

O poder requisitório do Ministério Público no que se refere a informações cobertas por sigilos só é limitado no que há reserva de jurisdição constitucional, caso das comunicações telefônicas (art.5º,XII). A obtenção de informações bancárias diretamente, i.e, sem autorização judicial, tem sido admitida pela jurisprudência somente no que respeita a verbas públicas, a despeito da amplitude conferida à requisição em questão no §2º, do art. 8º da LOMPU. Com efeito, neste caso, não se pode pretender estender a proteção constitucional que se dirige ao cidadão, sujeito de proteção do art. 5º da CF, ao gestor público nessa condição, pois então não é ele o titular do dinheiro que administra, mas o erário, em última instância a própria população. A rigor, nessa hipótese nem sequer se poderia cogitar de sigilo bancário, pois, sendo público o dinheiro, o titular do sigilo seria a própria população, que dele em nada se beneficia.

O Supremo Tribunal Federal acolheu a tese da possibilidade de o Ministério Público requisitar diretamente as informações às instituições financeiras quando se tratar de envolvimento de dinheiro ou verbas públicas. Veja-se:

Mandado de Segurança. Sigilo Bancário. Instituição financeira executora de política creditícia e financeira do Governo Federal. Legitimidade do Ministério Público para requisitar informações e documentos destinados a instruir procedimentos administrativos de sua competência. 2. Solicitação de informações, pelo Ministério Público Federal ao Banco do Brasil S/A, sobre concessão de empréstimos, subsidiados pelo Tesouro Nacional, com base em plano de governo, a empresas do setor sucroalcooleiro. 3. Alegação do Banco impetrante de não poder informar os beneficiários dos aludidos empréstimos, por estarem protegidos pelo sigilo bancário, previsto no art. 38 da Lei nº 4.595/1964, e, ainda, ao entendimento de que dirigente do Banco do Brasil S/A não é auto-

ridade, para efeito do art. 8º, da LC nº 75/1993. 4. O poder de investigação do Estado é dirigido a coibir atividades afrontosas à ordem jurídica e a garantia do sigilo bancário não se estende às atividades ilícitas. A ordem jurídica confere explicitamente poderes amplos de investigação ao Ministério Público - art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal, e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar nº 75/1993. 5. Não cabe ao Banco do Brasil negar, ao Ministério Público, informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal, sob invocação do sigilo bancário, em se tratando de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público. Princípio da publicidade, art. 37 da Constituição. 6. No caso concreto, os empréstimos concedidos eram verdadeiros financiamentos públicos, porquanto o Banco do Brasil os realizou na condição de executor da política creditícia e financeira do Governo Federal, que deliberou sobre sua concessão e ainda se comprometeu a proceder à equalização da taxa de juros, sob a forma de subvenção econômica ao setor produtivo, de acordo com a Lei nº 8.427/1992. 7. Mandado de segurança indeferido¹⁶.

Também o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou favoravelmente sobre a tese de requisição direta do Ministério Público às instituições bancárias. Eis a ementa do julgado:

Processual civil. Administrativo. Ministério Público. Quebra de Sigilo bancário. Natureza da decisão denegatória. Meio de impugnação cabível. 1. Caso concreto em que o Parquet solicita administrativamente a quebra de sigilo bancário no âmbito de procedimento investigatório ministerial. Após negativa do juízo de 1º grau, o Ministério Público impetrou

¹⁶ STF, MS nº 21.729, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 19/10/2001.

Mandado de Segurança, do qual o Tribunal de origem não conheceu, sob o fundamento de que o meio de impugnação cabível é o Agravo de Instrumento. 2. Nem toda decisão proferida por magistrado possui natureza jurisdicional, a exemplo da decisão que decreta intervenção em casa prisional ou afastamento de titular de serventia para fins de instrução disciplinar. 3. O Conselho Nacional de Justiça regulamentou os procedimentos administrativos de quebra de sigilo das comunicações (Resoluções 59/2008 e 84/2009). 4. Necessário adotar a técnica hermenêutica do *distinguishing* para concluir pela inaplicabilidade da Súmula 267 do STF (“Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”), pois todos os seus precedentes de inspiração referem-se à inviabilidade do writ contra ato jurisdicional típico e passível de modificação mediante recurso ordinário, o que não se amolda à espécie. 5. A exemplo do entendimento consagrado no STJ, no sentido de que nas Execuções Fiscais a Fazenda Pública pode requerer a quebra do sigilo fiscal e bancário sem intermediação judicial, tal possibilidade deve ser estendida ao Ministério Público, que possui atribuição constitucional de requisitar informações para fins de procedimento administrativo de investigação, além do fato de que ambas as instituições visam ao bem comum e ao interesse público. Precedentes do STJ e do STF. 6. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança provido, tão-somente para determinar que o Tribunal *a quo* enfrente o mérito do *mandamus*¹⁷.

Finalmente, devido aos amplos poderes instrutórios, o Ministério Público pode até deixar de juntar documentos que lhe pareçam irrelevantes para o caso e, quando do ajuizamento da ação civil pública pode, inclusive, não apresentar todos os documentos constantes no inquérito civil ao Poder Judiciário, desde que entenda irrelevantes para a causa.

¹⁷ STJ, RMS nº 31.362, Rel. Min. Herman Benjamin, j.17/08/2010.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou:

Processo civil. Ação civil pública. Inquérito administrativo. Omissões e contradições arguidas em embargos de declaração: multa (Art.18) 1. O inquérito civil é procedimento administrativo facultativo, inquisitorial e auto-executório, o que desobriga o Ministério Público de instaurá-lo se dispõe dos elementos necessários à propositura da ação. 2. Como medida antecipativa com objetivo de angariar elementos que dêem sustentação à ação civil pública, pode o Ministério Público dispor de todos os elementos arrecadados no inquérito civil, ou de parte deles, quando assim entender pertinente. 3. Omissão do Tribunal em dois dos quatro pontos arguidos em embargos de declaração, o que torna uma ilegalidade as multas impostas com base no art. 18 e §§, do CPC. 4. Recurso especial parcialmente provido¹⁸.

9 PRAZO PARA ENCERRAMENTO

Não há lei federal estabelecendo o prazo para encerramento do inquérito civil.

O Conselho Nacional do Ministério Público, através da Resolução nº 23/2007, em seu art. 9º, fixou o prazo de 01 (um) ano para a conclusão do inquérito civil¹⁹, podendo, ser prorrogado pelo mesmo prazo quantas vezes forem necessárias, por decisão fundamentada de seu presidente, à vista da imprescindibilidade da realização ou conclusão de diligências, dando-se ciência ao Conselho Superior do Ministério Público ou à Câmara de Coordenação e Revisão, a depender do caso.

Apesar da fixação do prazo para a conclusão do inquérito civil, o seu descumprimento não causa qualquer nulidade à investigação e nem

¹⁸ STJ, REsp. nº 448.023, Rel. Min^a. Eliana Calmon, j. 20/05/2003.

¹⁹ Mesmo prazo fixou o art. 12 da Resolução nº 10/2009, do Colégio de Procuradores do Ministério Público do Maranhão.

a eventual ação civil pública, posto que do atraso não acarreta qualquer prejuízo aos investigados.

Neste diapasão, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

Administrativo. Servidor público. Recurso ordinário. Inexistência de prazo decadencial. Pretendo ato omissivo. Negativa de arquivamento de inquérito civil. Apuração de enriquecimento ilícito. Ressarcimento ao erário. Matéria ausente de prescrição. Art. 37, § 5º, da CF. Inquérito com mais de oito anos. Inexistência de prazo legal. Art. 9º da resolução 23/2007 do CONAMP. Possibilidade de renovação anual, quantas vezes forem necessárias. Ausência de prejuízo demonstrado ao investigado. “*Pas de nulité sans grief*”. Precedentes.1. [...]. 3. No caso concreto, trata-se de inquérito civil público para apurar danos ao erário, de modo a permitir o ajuizamento de futura ação civil pública; o investigado já foi condenado na esfera criminal, bem como na seara administrativa. 4. [...]. O inquérito civil público possui natureza administrativa e é autônomo em relação ao processo de responsabilidade; na mesma toada, o processo de apuração de danos ao erário também é autônomo do processo penal. Precedente: HC 70.501/SE, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 25.6.2007, p. 269. 6. Inexiste legislação fixando um prazo específico para o término do inquérito civil público; todavia, a Resolução n.23/2007, do Conselho Nacional do Ministério Público (CONAMP), publicada no Diário da Justiça em 7.11.2007, Seção 1, p. 959-960, fixa: “Art.9º O inquérito civil deverá ser concluído no prazo de um ano, prorrogável pelo mesmo prazo e quantas vezes forem necessárias, por decisão fundamentada de seu presidente, à vista da imprescindibilidade da realização ou conclusão de diligências (...)”. Logo, reconhece-se a possibilidade de inquéritos civis públicos longos, com vários anos, como no caso em tela. 7. O excesso de prazo para o processamento de inquérito civil público, em princípio, não prejudica o investigado; a este cabe comprovar

que tal dilação lhe traz prejuízos pois, do contrário, incidirá o reconhecimento de que, inexistindo prejuízo, não resta dano ou nulidade (“*pas de nulité sans grief*”). Precedentes:MS 10.128/DF, Rel.Min.Og Fernandes, Terceira Seção, DJe 22.2.2010; MS 13.245/DF, Rel.Min.Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, DJe 31.5.2010; RMS 29.290/MG, Rel.Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 15.3.2010; MS 10.128/DF, Rel. Min.Og Fernandes, Terceira Seção, DJe 22.2.2010; MS 12.895/DF, Rel.Min.Og Fernandes, Terceira Seção, DJe 18.12.2009.8. A decretação judicial de nulidade não ensejaria vantagem ao agravante, já que não anularia as diligências até o momento realizadas; nos termos de Hugo Nigro Mazzilli: “Os eventuais vícios e nulidade do inquérito civil não prejudicam os atos que deles independam, nem, muito menos, a ação civil pública que eventualmente venha a ser ajuizada. Com efeito, ao princípio que impede que a nulidade de uma parte de um ato prejudique outros atos que dele sejam independentes, dá o nome de princípio da incolunidade do separável.” (In: O Inquérito Civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 300.).Agravamento regimental improvido²⁰.

Contudo, não é razoável deixar o inquérito civil tramitar de forma indefinida, com sucessões de prorrogações. Ainda que existam inúmeras dificuldades na condução de uma investigação ministerial, sobretudo pela ausência de recursos técnicos e humanos, deve-se lembrar de que o objetivo da investigação é a apuração de um dano a direito especialmente protegido pelo Ministério Público, o que implica dizer, a direito que afeta toda a coletividade, logo, uma solução célere se impõe.

²⁰ STJ, AgRg no RMS 25763, Rel.Min.Humberto Martins, j. 24/09/2010.

Fica a advertência de Ferraresi (2010, p. 49):

Deve-se evitar que o inquérito civil se prolongue por vários anos. Ou existem elementos necessários para propositura de ação ou mesmo formalização de ajuste de conduta, ou não existem, sendo, então, de rigor o arquivamento.

10 ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO CIVIL

As investigações ministeriais de natureza cível terminam, necessariamente, com o ajuizamento da ação ou com a promoção de arquivamento do inquérito civil²¹.

O inquérito civil será arquivado quando, esgotadas todas as diligências investigatórias, não se verificar a existência de fundamentos para o ajuizamento da ação civil pública.

Mazzilli (2008, p. 218) elenca alguns exemplos de motivos para o arquivamento do inquérito civil:

a) o fato apurado evidentemente não constitui ilícito; b) o fato narrado em tese é ilícito, mas ficou demonstrado que não existiu, ou que o indiciado não contribuiu para ele; c) houve prescrição, quando cabível; d) houve solução extrajudicial da lide, como reparação integral do dano, ou compromisso de ajustamento de conduta que atenda integralmente à defesa dos interesses em questão; e) falta um pressuposto processual ou alguma das condições da ação.

Para arquivar o inquérito civil, o membro do Ministério Público deve fundamentar sua manifestação e submeter à promoção de arquivamento

²¹ Existe a possibilidade de um compromisso de ajustamento de conduta ser firmado no bojo de um inquérito civil e, com seu efetivo cumprimento, fundamentar o arquivamento da investigação. No entanto, parece-nos que quando o compromisso de conduta é integralmente cumprido, o arquivamento dá-se pela perda do objeto da investigação, motivo pelo qual o inquérito civil será arquivado. O presente artigo não tratará do Compromisso de Ajustamento de Conduta e nem da Recomendação, por limitações de espaço, mas importa consignar que são importantíssimos instrumentos extraprocessuais de tutela coletiva à disposição do Ministério Público.

mento ao Conselho Superior do Ministério Público ou para a Câmara de Coordenação e Revisão.

Os autos do inquérito civil arquivado devem ser remetidos, no prazo de três dias, ao órgão de revisão competente, sob pena de falta funcional (art. 9º, §1º, da Lei nº 7.347/1985 – Lei da Ação Civil Pública).

Antes, porém, o membro do Ministério Público, se for o caso, deve providenciar a cientificação pessoal do interessado mediante o envio de cópia da promoção de arquivamento ou através de publicação na imprensa oficial ou da lavratura de termo de afixação de aviso no órgão do Ministério Público, quando não localizados os que devem ser cientificados (art. 10, §1º, da Resolução nº 23/2007 do CNMP e art. 13, §1º, da Resolução nº 10/2009 do Colégio de Procuradores de Justiça do MPMA) para, além da publicidade, permitir a possibilidade de recurso para o órgão revisor (CSMP ou CCR) por parte de interessados.

Chegando o inquérito civil no Conselho Superior (ou na Câmara de Coordenação e Revisão), o órgão poderá:

a) homologar o arquivamento promovido pelo membro do Ministério Público presidente do inquérito civil e encerrar definitivamente no âmbito ministerial a investigação que, somente poderá ser reaberta, se surgirem novas provas.

Importante consignar que o arquivamento promovido pelo Ministério Público não impede que outros legitimados à propositura da ação civil pública possam ajuizá-la com base em elementos probatórios por eles próprios colhidos.

b) rejeitar o arquivamento promovido e determinar o ajuizamento da ação civil competente, caso em que o Procurador-Geral deverá designar outro membro do Ministério Público para o ajuizamento da ação;

c) converter o julgamento em diligências, determinado a continuação das investigações do inquérito civil e indicando as diligências a serem realizadas. Também nesta hipótese, o Procurador-Geral deverá designar outro membro do Ministério Público para presidir o inquérito civil devolvido.

Tanto na hipótese “b” quanto na hipótese “c”, a designação de novo membro para atuar na investigação atende ao princípio constitucional da independência funcional (art. 127, §1º, da CF), bem como garante uma investigação imparcial, já que o membro que promoveu o arquivamento

mento já deixou claro seu entendimento contrário ao ajuizamento da ação civil competente.

Nas palavras de Ferraresi (2010, p. 51), que servem tanto para o ajuizamento da ação quanto para a realização das diligências determinadas pelo órgão colegiado:

Claro que, para preservar a independência funcional, será designado outro promotor de Justiça para ajuizar a ação. Mais do que preservar a independência funcional, a designação de outro membro garante a máxima eficácia na atuação ministerial. Evidente. Se o promotor já se posicionou contrariamente à propositura de ação civil pública ou qualquer outra demanda a cargo do Ministério Público, não seria razoável que o Conselho Superior o compelissem a atuar, pois sua combatividade estaria comprometida.

Finalmente, vale consignar que o membro do Ministério Público incumbido de ajuizar a ação civil pública ou de prosseguir nas diligências exerce atribuições delegadas do Conselho Superior, não lhe restando outra atitude senão a de cumprir o que lhe foi determinado.

11 CONCLUSÕES

O inquérito civil é um forte instrumento de atuação do Ministério Público. Deve ser utilizado com responsabilidade e objetividade.

Com a correta utilização do inquérito civil, pode o Ministério Público realizar o preceito constitucional de proteger o patrimônio público e social, o meio ambiente e os demais interesses difusos e coletivos de forma eficiente e, principalmente, extraprocessualmente.

Apesar de já ter completado 28 anos de existência na legislação nacional, o inquérito civil ainda suscita algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais.

No entanto, o presente artigo limitou-se a apontar algumas noções sobre alguns aspectos deste importante instrumento de atuação ministerial, objetivando despertar o interesse do leitor em conhecer de forma mais profunda o inquérito civil.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Márcio Maia. **Formalizando inquéritos civis**. São Luís: Procuradoria Geral de Justiça, 2008.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira; BERCLAZ, Márcio Soares. **Ministério Público em ação**. 2. ed. Bahia: JusPodivm, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. t. 2.

FERRARESI, Eurico. **Inquérito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O inquérito civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Reflexões sobre a atuação extrajudicial do Ministério Público**: inquérito civil público, compromisso de ajustamento de conduta e recomendação Legal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZANETI JR., Hermes; GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direitos difusos e coletivos**. 2. ed. Bahia: JusPodivm, 2011.

DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DE PORTARIAS E RESOLUÇÕES PROIBITIVAS DE VENDA E CONSUMO DE BEBIDA ALCOÓLICA COMO SANÇÃO PENAL EM DIAS DE ELEIÇÃO

*Justino da Silva Guimarães**

Resumo: O artigo tem por fim precípua analisar, crítica e didaticamente, a expedição de portaria/resolução por parte de autoridade judicial ou de secretário de segurança pública que proíbe o consumo e a venda de bebida alcoólica em bares ou estabelecimentos similares em dias de eleição, sujeitando o autor a cumprimento de pena prevista no art. 330 do Código Penal ou no art. 347 do Código Eleitoral, em absoluta violação do princípio da legalidade por vedação da analogia *in malam partem* no Direito Penal.

Palavras-chave: Eleição. Portaria/Resolução. Proibição de venda e consumo de bebida. Analogia *in malam partem*. Princípio da legalidade.

Abstract: This article has the primary purpose to analyze critically and didactically shipment of ordinance / resolution by judicial or public security secretary prohibiting the consumption and sale of alcohol in bars or similar establishments days eleição, subjecting the author of the penalty provided in compliance with art. 330 of the Penal Code or in art. 347 of the Electoral Code, in absolute violation of the principle of legality and by sealing the analogy in *malam partem* in Criminal Law.

Keywords: Election. Ordinance/Resolution. Prohibiting the sale and consumption of liquor. Analogy in *malam partem*. Principle of de legality.

* Promotor de Justiça no Estado do Maranhão, titular da 6ª Promotoria de Justiça Criminal da comarca de São Luís-MA. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Especialista em Direito Constitucional pelo Centro Universitário do Maranhão – UNICEUMA. Autor das obras: “A importância da proporcionalidade como princípio regente de políticas públicas” e “Direito Penal e Processual Penal Garantista. Das ideias à concretização”, ambas publicadas pela AMPEM.

A fonte única do direito penal é a norma legal. Não há direito penal vagando fora da lei escrita. Não há distinguir, em matéria penal, entre lei e direito, *Sub specie juris* não existe crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. **Nelson Hungria**.

1 CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS INTRODUTÓRIAS

É sabido que em tempos de eleições gerais ou municipais para a escolha de representantes dos Poderes Executivo e Legislativo de todas as esferas de governo, o Tribunal Superior Eleitoral, Tribunais Regionais Eleitorais, Juízes Eleitorais e Secretários de Segurança Pública dos estados da Federação editam portarias/resoluções com a finalidade de proibir o consumo de bebida alcoólica em local público e a venda por donos de estabelecimentos comerciais, a famigerada “Lei Seca”.

É cediço que a medida, de cunho eminentemente administrativo, reduz o índice de consumo de bebida alcoólica no dia do pleito, porém não o suficiente para atingir o fim colimado. Basta um passeio rápido pelas praias das grandes cidades brasileiras e aos pontos de baladas durante a noite de véspera desse dia cívico para se perceber que não tem o condão de impedir com eficiência qualquer embaraço que comprometa o voto do eleitor, o que a faz enfraquecer a cada ano de eleição, induzindo erroneamente o cidadão em desacreditar em aspectos da legislação eleitoral e, por corolário, desprestigiar a própria Justiça Eleitoral.

A ineficácia da medida é gradativa, quiçá seja um dos motivos preponderantes que levou o Tribunal Superior Eleitoral a decidir que a sua implementação ficaria ao talante de cada Estado da Federação concernentes às eleições municipais de 2012¹. Vários Estados deixaram de adotá-la, mas outros, a exemplo do estado do Maranhão, resolveu expedir

¹ Das 50 (cinquenta) cidades que tiveram segundo turno das eleições municipais de 2012, dezoito (18) expediram portarias/resoluções por parte de Magistrados e Secretário de Segurança Públicas: Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Fortaleza, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Paraná, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul e Rondônia. Cidades que não tiveram Lei Seca: São Paulo, Santa Catarina, Alagoas, Distrito Federal, Goiás, Pernambuco, Roraima, Sergipe e Tocantins. (Disponível em: www.ebc.com.br. Acesso em: 10 jul. 2013).

portaria por determinação do Secretário de Segurança Pública (Portaria nº. 926/2012²), inclusive advertindo que o não atendimento configuraria crime de desobediência.

Ora, se a edição de portaria³/resolução⁴ dessa envergadura tem por fim precípuo a de prevenir incidentes e, assim, coibir qualquer distúrbio durante o pleito que impeça o exercício do voto, não faz sentido a sua edição, pois o próprio Código Eleitoral já contempla diversas condutas incriminadoras desse quilate, como se vê nos dispositivos insertos nos arts. 296, 297 e 301⁵. De igual similitude, nos arts. 146 (constrangimento ilegal) e 147 (ameaça), ambos do Código Penal, bem assim os artigos 21 (vias de fato), 42 (perturbação do trabalho ou do sossego alheios) e 65 (perturbação da tranquilidade), todos da Lei das Contravenções Penais.

Nessa senda, resta configurado que mais uma vez o Direito Penal é chamado para “solucionar” um tema social que não carece de sua inter-

² A medida restritiva teve vigência entre os dias 02/10/13 e 05/10/13, de 22:00 às 06:00 horas da manhã, atingindo bares, restaurantes, hotéis, estabelecimentos comerciais e similares. A partir do dia 06/10 até o dia 08/10, a proibição se estendeu durante às 24 horas de cada um destes três dias. A portaria previu que o seu descumprimento incidiria nas sanções insertas no artigo 330 do Código Penal, sujeitando o infrator a condução a uma autoridade policial.

³ Para Meireles (1995, p. 167), portarias são atos administrativos internos pelos quais os chefes de órgãos, repartições ou serviços expedem determinações gerais ou especiais a seus subordinados, ou designam servidores para funções e cargos secundários. Por portaria também se iniciam sindicâncias e processos administrativos. Em tais casos a portaria tem função assemelhada à da denúncia do processo penal. As portarias, como os demais atos administrativos internos, não atingem nem obrigam aos particulares, pela manifesta razão de que os cidadãos não estão sujeitos ao poder hierárquico da Administração Pública.

⁴ Resolução “são atos administrativos normativos expedidos pelas altas autoridades do Executivo (mas não pelo Chefe do Executivo, que só deve expedir decretos) ou pelos presidentes de tribunais, órgãos legislativos e colegiados administrativos, para disciplinar matéria de sua competência específica. Por exceção, admitem-se resoluções individuais. As resoluções, normativas ou individuais, são sempre atos inferiores ao regulamento e ao regimento, não podendo invocá-los ou contrariá-los, mas unicamente complementá-los. Seus efeitos podem ser internos ou externos, conforme o campo de atuação da norma ou os destinatários da providência concreta” (MEIRELLES, 1995, p. 165).

⁵ Art. 296 – Promover desordem que prejudique os trabalhos eleitorais. Art. 297 – Impedir ou embaraçar o exercício do sufrágio. Art. 301 – Usar de violência ou grave ameaça para coagir alguém a votar ou não votar, em determinado candidato ou partido, ainda que os fins visados não sejam conseguidos.

venção, presente o princípio⁶ da intervenção mínima do Direito Penal⁷, donde se infere que esse ramo do direito deve se preocupar com condutas que efetivamente ofendem bem jurídico relevante, de idoneidade penal, de modo que muitas não merecem reprovação penal diante do avanço dessa própria ciência dentro de uma sociedade plural e complexa⁸, podendo ser dirimida por outros ramos do direito, por isso é que se diz que o Direito Penal tem natureza fragmentária.

Para Queiroz (1988, p. 119), a proteção ao bem jurídico é fragmentária porque o Direito Penal se concentra não sobre o todo de uma realidade, mas sobre fragmentos dessa realidade de que cuida. Nessa alheita, Nasson (2009, p. 32) aduz que o multicitado princípio “estabelece que nem todos os ilícitos configuram infrações penais, mas apenas os que atentam contra os valores fundamentais para a manutenção e o progresso do ser humano em sociedade”.

⁶ Para Mello (1996, p. 545-546) princípio é um “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”. Na mesma linha de doutrinação, para Carvalho (1998, p. 106), “os princípios aparecem como linha diretiva que ilumina a compreensão dos setores normativos, imprimindo-lhe caráter de unidade e servindo de fator de agregação num dado feixe de normas”. No mesmo sentido, Baracho (1996, p. 28) aduz que “os princípios são uma espécie de fronteira do Direito, eles orientam e guiam os que realizam as tarefas de interpretação, pois permitem a compreensão das normas jurídicas”. Os princípios exercem três funções de grande relevância do ordenamento jurídico: *função fundamentadora*: o princípio, enquanto mandamento nuclear de um sistema, “exerce a função de fundamentar a ordem jurídica em que se insere, fazendo com que todas as relações jurídicas que adentram ao sistema busquem na principiologia constitucional o berço das estruturas e instituições jurídicas”. (MELLO, 1980, p. 180). *Função interpretativa*: denominada também de *função orientadora*, justamente porque prima em orientar as soluções jurídicas a serem processadas diante de casos submetidos à apreciação do intérprete, configurando, assim, como genuínos vetores exegéticos para a compreensão e aplicação das normas constitucionais. Em razão disso, os princípios constitucionais representam “o fio condutor da hermenêutica jurídica, dirigindo o trabalho do intérprete de acordo com os valores e interesses por eles abrigado”. (SARMENTO, 2002, p. 54-55). *Função subsidiária*: os princípios funcionam como fontes do Direito no caso de lacunas.

⁷ Segundo Batista (2004, p. 84), o princípio da intervenção mínima foi também produzido por ocasião do grande movimento social de ascensão da burguesia, reagindo contra o sistema penal do absolutismo, que mantivera o espírito minuciosamente abrangente das legislações medievais.

⁸ A Ciência do Direito é impulsionada por interpretações tendentes a evoluir juntamente com os anseios e reclamos da sociedade brasileira, que é plural, dinâmica e complexa, a exemplo do instituto da mutação constitucional, da jurisprudência dos tribunais e de súmulas dos tribunais superiores.

O socorro ao Direito Penal nesse contexto – enraizado na dogmática penal e nos agentes de controle formal e informal do sistema penal -, vai ao encontro da ideologia do movimento de Lei e Ordem⁹, corrente que parte do pressuposto de que qualquer conduta considerada desviante ou antissocial, mesmo aquela que pouquíssima ou nenhuma lesão concreta ao bem jurídico se torne ameaça, estará sujeita a se transformar em infração penal, de modo a evitar a sua expansão e proteger o cidadão, mesmo que isso signifique perda de direitos e/ou garantias de toda a sorte. Eis uma das razões para os defensores desse movimento criticarem a lei dos juizados especiais criminais e as penas substitutivas como vilãs do crescimento da criminalidade, sob o raciocínio de que o Direito Penal é a resposta mais eficaz para tal problemática e, assim, tem que oferecer sanções cada vez mais severas e longas, precipuamente em relação aos delitos atroz. Ou seja, um Direito Penal máximo: é apenas isso que interessa.

O movimento de Lei e Ordem prima, portanto, por uma política criminal que possui as seguintes características: a) a pena se justifica como um castigo e uma retribuição no velho sentido; b) os chamados delitos graves devem ser castigados com penas mais severas e duradouras (morte e privação de liberdade de longa duração); c) as penas privativas de liberdade impostas por crimes violentos devem ser cumpridas em estabelecimentos penais de segurança máxima, sendo o condenado submetido a um excepcional regime de severidade, diverso daquele destinado aos demais condenados; d) o âmbito da prisão provisória deve ser ampliado, de modo que suponha uma imediata resposta ao delito; e) necessária diminuição dos poderes de individualização do juiz e menor controle judicial da execução, que ficará a cargo, quase que exclusivamente, das autoridades penitenciárias. (ARAÚJO JÚNIOR, 1992, p. 70-71).

⁹ O intitulado *Law and Order (movimento de Lei e Ordem)* é uma corrente político-criminal norte-americana, nascida na década de setenta e com ressonância na década de oitenta. Começou a ganhar força na Europa, a partir da falência do Estado de bem-estar social e, no Brasil, no final da década de oitenta, passando a dominar o cenário político-social, notadamente neste decênio, sendo responsável pela edição de inúmeras leis que repousam na ideia de que o Direito Penal é capaz de combater a criminalidade e, para tanto, deve ser instituída uma ordem penal o máximo possível repressiva, a exemplo da lei dos crimes hediondos e da lei que instituiu a interceptação telefônica. (BIANCHINI, 2007, p. 1-2). Trata-se, destarte, de uma faceta de controle social de endurecimento das penas e criminalização de novas condutas, evidenciando sua inclinação contrária às conquistas das organizações de defesa dos direitos humanos.

Será demonstrado que o Direito Penal, nesse espeque, é chamado de forma absolutamente inconstitucional por violação do princípio da legalidade, pois a aplicação de sanção penal com base no art. 330 do Código Penal ou no art. 347 do Código Eleitoral àquele que descumprir o estatuído na famigerada portaria/resolução se dá por meio de analogia *in malam partem*.

Portanto, “o poder punitivo do Estado não é, e jamais será um meio hábil para resolver os choques de interesses havidos na sociedade. A opção punitiva representa uma renúncia à resolução da questão e a eleição de um meio de força para tratar a matéria, apenas com o sentido simbólico de impor sofrimento apenas a uma das partes envolvidas no conflito”. (EL TASSE, 2008, p. 36).

Cumprе ressaltar, por fim, que, embora não seja objeto deste artigo analisar o tema sob a ótica do Direito Administrativo no que concerne ao fechamento do estabelecimento comercial por “desobediência” ao teor da portaria/resolução, estando em rota de colisão o princípio do livre exercício da atividade econômica versus o da segurança do voto livre com base no poder de polícia, afigura-se pertinente um bosquejo doutrinário sobre as correntes em voga.

2 RESTRIÇÃO À VENDA DE BEBIDA ALCOÓLICA EM DIAS DE ELEIÇÃO: O PRINCÍPIO DO LIVRE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE ECONÔMICA VERSUS DA GARANTIA DO VOTO LIVRE COM BASE NO PODER DE POLÍCIA

Visando evitar qualquer espécie de embaraço no dia da eleição para garantir o voto livre do eleitor, Juízes Eleitorais, Tribunais Regionais Eleitorais e Secretários de Segurança Pública editam portarias/resoluções proibindo o consumo de bebida alcoólica em local público e a venda por estabelecimentos comerciais, impondo como sanção administrativa o fechamento do comércio e multa, vigendo a medida geralmente um dia antes do pleito, perdurando até algumas horas depois de proclamado o resultado, com base no poder de polícia estatuído no art. 78 do Código Tributário Nacional, com ressonância na competência dos municípios assegurada constitucionalmente.

O art. 78 do Código Tributário Nacional tem a seguinte redação:

Art. 78 - Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou discipli-

nando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. Parágrafo único: Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

Para Carvalho Filho (2006, p. 64), o poder de polícia tem sentido amplo e restrito. O primeiro significa toda e qualquer ação restritiva do Estado em relação aos direitos individuais. Sobreleva destacar a função do Poder Legislativo, incumbido de criar novas leis, isto porque somente a lei pode delinear o perfil dos direitos, estabelecendo ou reduzindo o seu conteúdo. É princípio constitucional o de que “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Em sentido estrito, o poder de polícia se configura como atividade administrativa que se consubstancia como verdadeira prerrogativa conferidas aos agentes da Administração, consistente no poder de restringir ou condicionar a liberdade e a propriedade (...). Aqui se trata, pois, de atividade tipicamente administrativa, e como tal subjacente à lei, de forma que esta já preexiste quando os administradores impõem as disciplinas e as restrições aos direitos.

Dessume-se que o poder de polícia não é absoluto. Destarte, para que não seja considerado abusivo, deve atender aos ditames legais, aplicado em virtude de lei e dentro da lei. Por isso, comunga-se com a afirmação de Carvalho Filho (2006, p. 73) quando afirma que “a faculdade repressiva não é, entretanto, ilimitada, estando sujeita a limites jurídicos: direitos do cidadão, prerrogativas individuais e liberdades públicas asseguradas na Constituição e nas leis”.

É inerente a todas as esferas da Administração Pública e repartida entre União, Estados e Municípios, de forma comum, concorrente ou exclusiva. No que tange ao poder de restrição à comercialização de bebida

alcoólica em determinados horários, a jurisprudência dos tribunais superiores já sedimentou entendimento ser de interesse local, porquanto compete ao município disciplinar a matéria com esteio no art. 30, I, da Constituição Federal¹⁰. O assunto chegou a ser sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, com o seguinte teor: Súmula 645: “É competente o município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial”.

Pergunta-se: Esse aparato jurídico pode restringir a venda de bebida alcoólica em tempos de eleição em detrimento do princípio da livre iniciativa ou do livre exercício da atividade econômica lícita? Duas correntes procuram responder ao questionamento.

A Constituição Federal consagrou à atividade econômica determinadas normas básicas que devem ser respeitadas como sendo da mais alta importância para o desenvolvimento nacional. Entre elas, as da livre iniciativa, da liberdade econômica, do livre mercado, da livre concorrência etc., todos previstos no art. 170 e seguintes, combinado com o art. 174, ambos da Constituição Federal¹¹. O Estado de Direito é governado por uma fundamental finalidade: fazer com que o exercício do poder político não elimine a liberdade individual. A sociedade que o Estado de Direito quer construir é aquela onde os indivíduos disponham do máximo possível de liberdade e onde, não obstante, se possam realizar os interesses públicos, presente o princípio da intervenção mínima estatal¹².

A livre iniciativa, como segundo fundamento da ordem econômica, é um princípio político constitucionalmente conformado, do qual

¹⁰ Art. 30 – Compete aos municípios: I – legislar sobre assunto de interesse local.

¹¹ Art. 170 CF – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (...). Art. 174 da CF – Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

¹² Excerto da ADI proposta pela ABRASEL NACIONAL. Disponível em: <<http://www.maricatoadvogados.com.br>>. Acesso em: 20 jul. 2013. Por força do Princípio da mínima intervenção estatal na vida privada, todo constrangimento imposto aos indivíduos pelo Estado deve justificar-se pela necessidade de realização do interesse público. O legislador não pode cultivar o prazer do poder pelo poder, isto é, constranger os indivíduos sem que tal constrangimento seja teleologicamente orientado. Destarte, precitado princípio exige que: a) todo condicionamento esteja ligado a uma finalidade pública, ficando vetados os constrangimentos que a ela não se vinculam; b) a finalidade ensejadora da limitação seja real, concreta e poderosa; c) a interferência estatal guarde relação de equilíbrio com a inalienabilidade dos direitos individuais; d) não seja atingido o conteúdo essencial de algum direito fundamental. (Op. cit.).

se pode extrair a “faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado” e a “não sujeição a qualquer restrição estatal, senão em virtude de lei”. (ARAÚJO; SERRANO JUNIOR, 2006, p. 466). Para Silva (1996, p. 146), os princípios conformadores “demonstram as concepções políticas fundamentais do poder constituinte, nas quais, todos os órgãos do poder devem considerar como princípios rectores e operantes, desde o momento da criação do Direito, bem como no momento da aplicação, constituindo-se assim como Direito imediatamente vigente e diretamente aplicável”.

O entendimento dominante reside na validade da restrição sob a assertiva de que o Estado exerce, na forma legal, a função de agente normativo e regulador da atividade econômica, inclusive em relação às atividades exercidas por particulares. Dentro desse papel regulador existe a possibilidade de, observando o interesse coletivo, ser disciplinada a atividade econômica de venda de bebidas alcoólicas, inclusive limitando os locais e horários de comercialização do referido produto. Essa regulamentação constitui opção política do ente estatal pertinente que, sem proibir integralmente a comercialização, apenas regula referida atividade econômica, sem afrontar o princípio da livre iniciativa na atividade econômica, prescrita no art. 170 da Constituição Federal. (VASCONCELLOS, 2013, p. 2).

Os defensores dessa corrente sustentam, dessarte, que pelo método da ponderação¹³ de interesses entre os bens em colisão, consubstanciando no livre exercício da atividade econômica versus interesse público no resguardo do voto livre no dia do pleito, deve prevalecer, no caso concreto, o da garantia da liberdade, segurança e tranquilidade para o exercício do voto. Destaca-se trecho da Portaria Conjunta nº. 01/2012 da lavra dos Juízes Eleitorais do município de Fortaleza-CE que proibiu a venda e o

¹³ Ponderar significa, dentre as acepções consignadas pelo dicionarista Ferreira (1999, p. 1603), “atribuir pesos para a extração de uma média a uma grandeza ou a uma função”. Do sentido natural, extrai-se o sentido pelo qual o método da ponderação é utilizado no Direito, consistindo em buscar uma solução harmônica entre os princípios colidentes no caso concreto, sem que isso signifique a anulação de um deles, pois um cederá excepcionalmente ao outro, levando-se em conta o peso ou a importância de cada um. Para tanto, a ponderação (sentido e escolha dos comportamentos que realizarão os fins) contará com a intervenção do intérprete-aplicador, o qual deverá demonstrar o fundamento racional que legitima a sua ação através da argumentação.

consumo, deixando evidente a prevalência deste sobre aquele sob a justificativa de que para “garantir as condições para o exercício sóbrio do voto, é absolutamente necessário que o Estado intervenha minimamente, na liberdade dos cidadãos e empresas comerciais de consumirem e venderem, respectivamente, bebidas alcoólicas, possibilitando, com isso, um benefício incomensurável à sociedade, qual seja, a regularidade, a sobriedade e a tranquilidade da votação, sendo, portanto, medida inarredável para que a Democracia Brasileira continue sendo uma das mais sólidas e eficientes do mundo, no processo de escolha dos representantes e gestores públicos da nossa sociedade”.

A Constituição Federal é iniludivelmente um sistema aberto de normas jurídicas¹⁴, normas estas divididas em regras e princípios. Para Alexy (1993 apud FARIAS, 2000, p. 30), a distinção entre regras e princípios se vê mais clara quando se está diante da maneira de solucionar eventuais colisões. Nesse sentido:

No caso de conflito entre regras, este é resolvido introduzindo uma cláusula de exceção ou declarando uma das regras inválidas. Quando a primeira hipótese não for possível, só restará a alternativa de afastar pelo menos uma das regras conflituosas, declarando-a inválida e expurgando-a do ordenamento jurídico. Esta é essencialmente uma decisão referente a validade de regras, uma vez que uma norma vale ou não vale juridicamente. Por seu turno, se o conflito de regras

¹⁴ A Constituição, como um sistema aberto de regras e princípios, é fundamental porque se a Constituição fosse constituída exclusivamente por regras, seria necessário uma disciplina exaustiva e completa daquilo que é judicializado, partindo da premissa de que a sociedade está permanentemente em evolução (pluralismo cultural, político e religioso) e, com tal, surgem cotidianamente conflitos de interesses em todos os campos da vida humana. Se assim fosse, a Constituição estaria fechada para a permanente interação com os complexos movimentos da vida humana. Por isso, a constituição dos princípios na Constituição é imprescindível, justamente para dirimir conflitos dos interesses. Se o sistema constitucional fosse constituído exclusivamente de princípios, de igual forma, seria prejudicial, tendo em vista que levaria a Constituição a uma insegurança, em face do grau de abstração dos mesmos. Sendo providas pelas duas espécies de normas, a Constituição possuiu unidade e positividade jurídica. (JESUS, 2005, p. 2000).

tem lugar na dimensão da validade, a colisão entre princípios (como só podem colidir princípios válidos) ocorre não na dimensão da validade, vai mais além, acontece na dimensão do peso. Assim, quando dois princípios entram em colisão e um deles prevalece sobre o outro, isso não significa que o princípio preterido deva ser declarado inválido, senão que sob determinadas condições um princípio tem mais peso ou importância do que o outro e em outras circunstâncias poderá suceder o inverso.

Vale vincar que em se tratando de conflito entre regras, soluciona-se com a invalidação de uma delas: pelo jogo do “tudo ou nada” uma é eliminada do ordenamento jurídico para que a outra seja aplicada no caso concreto. Na colisão entre princípios, não há que se falar em declaração de invalidez, pois soluciona-se pelo método da ponderação, analisando o peso e a importância dos bens em choque, resultando na prevalência de um sob o outro no caso concreto, ou seja, um cede espaço para que o outro seja aplicado, sem que isso signifique a sua invalidação. É que pode ocorrer que em outro caso concreto envolvendo os mesmos princípios, aquele que cedeu poderá ser prevalecente.

Dessa assertiva, fica evidenciada a importância dos princípios legais e constitucionais no ordenamento jurídico. Tem razão Mello (2000, p. 748) quando afirma que “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica não apenas ofensa a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade e inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de estrutura mestra”.

Embora todo esse arcabouço jurídico tenha pertinência, há doutrinadores que sustentam que essa medida restritiva é inconstitucional por ser editada através de portaria/resolução e não decorrente de lei. Sustentam, ainda, ser contrária ao princípio da isonomia, uma vez que não atinge a todos igualmente, além de violar o princípio da valorização social do trabalho.

3 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: A ATIPICIDADE DA CONDU- TA DE CONSUMIR OU VENDER BEBIDA ALCOÓLICA EM LO- CAL PÚBLICO EM DIAS DE ELEIÇÃO DIANTE DA PROIBIÇÃO DA ANALOGIA *IN MALAM PARTEM* NO DIREITO PENAL BRA- SILEIRO

A restrição à liberdade de consumir bebida alcoólica em lugar público ou de vendê-la em dias de eleição com o emprego do poder de polícia no cumprimento de portaria/resolução da lavra das autoridades suso mencionadas, capaz de conduzir o cidadão à delegacia de polícia para que seja lavrado Termo Circunstanciado de Ocorrência por infração ao disposto no art. 330 do Código Penal ou art. 347 do Código Eleitoral, é absolutamente inconstitucional por violar um dos pilares de sustentação do Estado Democrático de Direito, qual seja, o princípio da legalidade¹⁵, insculpido no art. 5º, II, da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Decorrente dele, o princípio da reserva legal ou da reserva de lei¹⁶ ínsito no inciso XXXIX

¹⁵ Preleciona Bonavides (1994, p. 112) que “o princípio da legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a intranquilidade, a desconfiança e a suspeição, tão usuais onde o poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se reputa *legibus solutus* e onde, enfim, as regras de convivência não foram previamente elaboradas nem reconhecidas”.

¹⁶ O princípio constitucional da reserva de lei formal traduz limitação ao exercício das atividades administrativas e jurisdicionais do Estado. A reserva de lei – analisada sob tal perspectiva – constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primário, de órgãos estatais não legislativos. Essa cláusula constitucional, por sua vez, projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio, que, fundado na autoridade da Constituição, impõe, à administração e à jurisdição, à necessária submissão aos comandos estatais, exclusivamente, do legislador. (excerto da ADI nº. 2.075-MC. Rel. Min. Celso de Mello. j. 27.06.2003). O princípio da reserva legal divide em: *reserva legal absoluta e reserva legal relativa*. A *reserva legal absoluta* ocorre quando a Constituição exige para sua integral regulamentação a edição de lei formal, emanada do Congresso Nacional, de acordo com o processo legislativo constitucional. Já a *reserva legal relativa* se dá quando a norma constitucional exige também a edição de lei formal, mas a própria constituição permite que a lei estabeleça parâmetros de atuação do órgão administrativo, que poderá complementar por ato infralegal, sempre respeitando os limites ou requisitos impostos pela legislação infralegal. Disponível em: <<http://www.saberdireito.wordpress.com>>. Acesso em: 25 jul. 2013.

do mesmo artigo da Lei Máxima e no art. 1º do Código Penal, segundo o qual “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

Observa-se o entendimento esposado por Moraes (2009, p. 42) que o princípio da reserva legal é decorrente do princípio da legalidade por este ter sentido mais amplo. Sustenta ainda que, além de ter cunho mais amplo, exige que qualquer comando jurídico impondo comportamentos forçados deve obrigatoriamente advir de uma das espécies normativas devidamente elaboradas conforme regras de processo legislativo constitucional, ao passo que o da reserva legal opera de forma mais restrita, diversa e concreta, por isso incide tão-somente sobre os campos materiais especificados na Constituição. Assim, “se todos os comportamentos humanos estão sujeitos ao princípio da legalidade. Somente alguns estão submetidos ao da reserva da lei”. Para Silva (1992, p. 368), “o princípio da legalidade significa a submissão e o respeito à lei ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador. O princípio da reserva legal consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de fazer-se necessariamente por lei formal”.

O Código Penal, o Código Eleitoral ou qualquer outra lei ordinária federal de cunho repressivo não prevê como conduta criminosa a de vender ou a de consumir bebida alcoólica em tempos de eleição, sendo a União o Ente competente para legislar sobre matéria de Direito Penal, de Direito Eleitoral¹⁷ e elaboração das espécies normativas para criar, modificar, extinguir direitos e obrigações ao indivíduo através de processo legislativo com diretrizes definidas no art. 59 e seguintes da Constituição Federal.

O princípio da legalidade, base estrutural do próprio Estado de Direito, é também a pedra angular de todo o direito penal que aspire à segurança jurídica, compreendida não apenas na acepção da “previsibilidade da intervenção do poder punitivo do Estado”, que lhe confere Ronix, mas também na perspectiva subjetiva do “sentimento de segurança jurídica” que postula Zaffaroni. Além de assegurar a possibilidade do prévio conhecimento dos crimes e das penas, o princípio garante ao cidadão não ser submetido a coerção penal distinta daquela predisposta na lei. Está o princípio da legalidade inscrito na Declaração Universal dos Direitos dos Homens e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. (BATISTA, 1990, p. 67).

¹⁷ Art. 22 da CF – Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e trabalho.

Na mesma linha de doutrinação extraem-se das lições de Nucci (2013, p. 51) quando aduz que o princípio da legalidade ou da reserva legal “trata-se do fixador do conteúdo das normas penais incriminadoras, ou seja, tipos penais, mormente os incriminadores, somente podem ser criados através de lei em sentido estrito, emanada do Poder Legislativo, respeitado o processo previsto na Constituição”.

Damáσιο de Jesus (1991, p. 51) é mais incisivo ao advertir que:

O princípio da legalidade (ou de reserva legal) tem significado político, no sentido de ser uma garantia constitucional dos direitos do homem. Constitui a garantia fundamental da liberdade civil, que não consiste em fazer tudo o que se quer, mas somente aquilo que a lei permite. A lei e somente a ela compete fixar as limitações que destacam a atividade criminosa da atividade legítima. Esta é a condição de segurança e liberdade individual. Não haveria, com efeito, segurança ou liberdade se a lei atingisse, para os punir, condutas lícitas quando praticadas, e se os juízes pudessem punir os fatos ainda não incriminados pelo legislador.

Vale dizer que somente a lei poderá criar direitos e impor obrigações positivas ou negativas, sendo vedado terminantemente ao legislador transferir a outrem a função de definir crime e estabelecer pena. Ora, se não há crime sem lei anterior que o defina, a imputação de crime a quem vende ou consome bebida alcoólica em local público em período de eleição vai de encontro ao princípio constitucional da estrita legalidade¹⁸.

¹⁸ Segundo Greco (2010, p. 105), o princípio da legalidade possui quatro funções fundamentais: proibir a retroatividade da lei; proibir a criação de crimes e penas pelos costumes; proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas; e proibir incriminações vagas e indeterminadas. Por oportuno, cumpre trazer à baila a distinção entre analogia e interpretação extensiva. Na analogia inexistente norma reguladora do caso concreto, devendo ser aplicada norma de que trata de hipótese semelhante. Há, portanto, a criação de uma nova norma jurídica. Na interpretação extensiva existe norma reguladora do caso concreto, mas essa não menciona expressamente sua eficácia, sendo aplicada, nesse caso, a própria norma do fato, havendo, no entanto, um alargamento do alcance da regra dada.

Resta evidenciado, dessarte, que Magistrados e Secretários de Segurança Pública não podem criar tipos penais por meio de qualquer instrumento jurídico, notadamente portaria/resolução. Tem razão Thiago Verdin (2007, p. 1) ao aduzir que:

A conduta típica, portanto, deve ser descrita em lei. Não há como conceber a existência de crimes previstos em resoluções, decretos, portarias, ou qualquer outro diploma que não a lei, a qual sofre, ela própria, uma limitação, posto que não pode delegar a ordenamentos inferiores a tarefa de instruir tipos penais. E outra coisa não estaria ocorrendo se se fosse admitir a possibilidade de uma lei criar o crime de ‘desobediência a instrução normativa da Justiça Eleitoral’, já, que assim, a definição exata da conduta delituosa passaria das mãos do legislador às mãos do Judiciário. A se aceitar tal interpretação, estar-se-ia outorgando liberdade ao Judiciário definir modalidades criminosas, bastando para isso inserir o correspondente mandamento no texto de uma de suas resoluções.

De igual patamar, a medida não pode prescrever ao cidadão a advertência de que o não atendimento ao seu teor configura crime de desobediência previsto no art. 330 do Código Penal ou o previsto no art. 347 do Código Eleitoral, pois defeso o emprego da analogia *in malam partem*¹⁹ no Direito Penal em face do princípio da reserva legal²⁰. Sobre o assunto, destacam-se as lições de Zaffaroni e Pierangeli (2000, p. 176):

¹⁹ A interpretação *in bonam partem* é perfeitamente admissível do Direito Penal, pois o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil é estendível ao Direito Penal em face do silêncio deste Estatuto Repressor, impondo como medida indispensável, destinada a conciliar a lei com equidade em atenção à Justiça e ao reclamos da moral social. (BASTOS, 2013, p. 3).

²⁰ Para Greco (2010, p. 106), o princípio da reserva legal não impõe somente a existência de uma lei anterior ao fato cometido pelo agente, definindo as infrações penais, pois obriga também que no preceito primário do tipo penal incriminador haja uma definição precisa da conduta proibida ou imposta. Vale dizer que o tipo penal não pode ser criado com vagueza ou imprecisão, devendo, pois, rigorosamente, ser taxativo.

Se por analogia, em direito penal, entende-se completar o texto legal de maneira a estendê-lo para proibir o que a lei não proíbe, considerando antijurídico o que a lei justifica, ou reprovável o que ela não reprova ou, em geral, punível o que não é por ela penalizado, baseando a conclusão em que proíbe, não justifica ou reprova condutas similares, este procedimento de interpretação é absolutamente vedado no campo da elaboração científico-jurídica do direito penal. E assim é porque somente a lei do Estado pode resolver em que casos este tem ingerência ressocializadora afetando com a pena os bens jurídicos do criminalizado, sendo vedado ao juiz “completar” as hipóteses legais. Como o direito penal é um sistema descontínuo, a própria segurança jurídica, que determina ao juiz o recurso à analogia no direito civil, exige aqui que se abstenha de semelhante procedimento.

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal em caso semelhante:

STF: Acórdão nº 97261 de 2ª Turma, 28 de Abril de 2011. HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. A LEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE RECURSAL DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. INTERCEPTAÇÃO OU RECEPÇÃO NÃO AUTORIZADA DE SINAL DE TV A CABO. FURTO DE ENERGIA (ART. 155, §3º, DO CÓDIGO PENAL). ADEQUAÇÃO TÍPICA NÃO EVIDENCIADA. CONDUTA TÍPICA PREVISTA NO ART. 35 DA LEI 8.977/. INEXISTÊNCIA DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. APLICAÇÃO DE ANALOGIA *IN MALAM PARTEM* PARA COMPLEMENTAR A NORMA. INADMISSIBILIDADE. OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ESTRITA LEGALIDADE PENAL. PRECEDENTES. O assistente de acusação tem legitimidade para recorrer de decisão absolutória nos casos em que o Ministério Público não interpõe recurso.

Decorrência do enunciado da Súmula 210 do Supremo Tribunal Federal. O sinal de TV a cabo não é energia, e assim, não pode ser objeto material do delito previsto no art. 155, §3º, do Código Penal. Daí a impossibilidade de se equiparar o desvio de sinal de TV a cabo ao delito descrito no referido dispositivo. Ademais, na esfera penal não se admite a aplicação da analogia para suprir lacunas, de modo a se criar penalidade não mencionada na lei (analogia *in malam partem*), sob pena de violação ao princípio constitucional da estrita legalidade. Precedentes. Ordem concedida.

Se não bastasse, tais dispositivos penais sequer poderiam sem aplicados no caso concreto, pelos fundamentos abaixo escandidos.

O art. 330 do Código Penal tem a seguinte redação: “Desobedecer a ordem legal de funcionário Público. Pena: detenção de 6 (seis) a 2 (dois) anos, e multa”.

A ordem emanada deverá ser legal, seja de natureza material, seja de natureza formal. Portanto, deverá ser revestida de todas as formalidades legais, a exemplo de autoridade competente e quem tem o dever de cumprir. A expedição de portaria/resolução em tempos de eleição advém de ordem ilegal, pois o emitente cria tipo penal não tendo competência para tanto, além disso a ordem não é dirigida a pessoa determinada. O texto do artigo é claro e taxativo no sentido de que a ordem deve ser obrigatoriamente dirigida a pessoa específica e não de forma genérica imposta a todos²¹.

²¹ Delmanto (2002, p. 657), citando Nelson Hungria, sustenta que: “É necessário, pois, que: a) Trate-se de ‘ordem’. Não basta que seja um pedido ou solicitação, sendo mister a efetiva ordem para fazer ou deixar de fazer alguma coisa. A ordem deve ser dirigida direta e expressamente ao agente, exigindo-se que este tenha conhecimento inequívoco dela. b) Seja ordem ‘legal’. É indispensável a sua legalidade, substancial e formal. A ordem pode até ser injusta, mas pode não ser ilegal. c) Seja ordem de ‘funcionário público’. É necessária a competência funcional deste para expedir ou executar a ordem. Além disso, para a tipificação da desobediência é indispensável que o destinatário da ordem tenha o dever jurídico de obedecê-la, a obrigação de acatá-la. De outro lado, se a lei cominar penalidade administrativa ou civil à desobediência da ordem, ‘não se deverá reconhecer o crime em exame, salvo se a dita lei ressalvar expressamente a cumulativa aplicação do art. 330’.

Nucci (2013, p. 1211), tecendo comentários sobre o teor do art. 330 do Código Penal à luz do objeto do presente artigo, leciona que:

A Proibição de venda e uso de bebida alcoólica em dia de eleição: não se constitui ordem legal, logo, seja desobedecida, é fato atípico. Tornou-se costume – embora venha sendo gradativamente extinto em vários Estados da Federação – que autoridades judiciárias ou policiais editem *portarias ou resoluções* proibindo a venda e o consumo de bebida alcoólica no dia do pleito, sob o fundamento de garantir a regularidade dos trabalhos, impedindo distúrbios e contendo exageros. Alega-se, para justificar tais atos, o poder geral de cautela do juiz ou mesmo o poder de polícia do Estado. Há nítidos desvios de perspectiva nessa atuação. O princípio da legalidade, conquista inestimável dos direitos humanos fundamentais, preceitua que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, bem como que só há crime caso a lei assim o defina (art. 5º, II e XXXIX, CF). Ora, não cabe ao juiz e muito menos a qualquer autoridade policial (mesmo que seja Secretário de Segurança Pública) editar “leis”. Não está na esfera de sua competência. Enfim, é uma irregularidade que vem sendo praticada há muito tempo, ainda que nobre sejam as intenções. Mas não é com o propósito elevado que se constrói segurança pública. Por isso, a desobediência a tais portarias ou resoluções não pode ser considerada crime. Ao contrário, inibir o comerciante, por meio da força, de vender bebida alcoólica, ou mesmo o consumidor de utilizá-lo, constitui abuso de autoridade.

O art. 347 do Código Eleitoral tem a seguinte redação: “Recusar alguém cumprimento ou obediência a diligências, ordens ou instruções da Justiça Eleitoral, ou opor embaraços à sua execução”. Pena: detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano e pagamento de 10 (dez) a 20 (vinte) dias-multa.

É certo afirmar que tais autoridades têm competência para editar portarias/resoluções, mas somente dentro de suas estritas atribuições, atendendo as diretrizes da lei pertinente, sendo defeso criar tipos penais e dirigir ordens a pessoas que não sejam certas e determinadas, por isso os mesmos fundamentos expostos ao art. 330 do Código Penal são pertinentes ao artigo em comento.

Calha trazer à baila excerto do voto certo e crítico do ex-ministro do Tribunal Superior Eleitoral, Sepúlveda Pertence, ao apreciar HC nº. 177, no Acórdão 12. 173-TSE:

De outro lado, quanto ao art. 347 – que chamei no meu voto de leito de procusto, porque, à falta de tipificação adequada, muitos agentes do Ministério Público insistem em acomodar à força nela qualquer infração a normas gerais do processo eleitoral – não posso considerar, à luz desse dispositivo, existente o crime na infração de qualquer regra geral de uma instrução normativa da Justiça Eleitoral – vale dizer, de um ato regulamentar da legislação eleitoral. Isso me pareceu tão evidente que me limitei, para não alongar o meu voto, a mostrar o absurdo a que essa interpretação levaria: a infração a um dispositivo constitucional ou legal, que o Tribunal tenha considerado desnecessário copiar em sua instrução regulamentar não é crime, que só se configura se ocasionalmente reproduza a norma superior na instrução regulamentar. É evidente, assim, que ao falar em diligência, ordens ou instruções da Justiça Eleitoral, o que se está definindo é uma modalidade de crime de desobediência, específico ao resguardo da autoridade da Justiça Eleitoral. Como todo delito de desobediência aqui ou alhures, também esse pressupõe ordem ou instrução endereçada a destinatário identificado ou identificável; nunca uma norma genérica; não uma norma regulamentar da lei federal – que outra coisa não são as instruções normativas desse tribunal.

Destarte, fica evidenciado que o legislador, ao definir o delito previsto no art. 347 do Código Eleitoral, não teve a intenção de transferir ao Judiciário e muito menos ao Secretário de Segurança Pública a competên-

cia para criar normas penais incriminadoras, mas sim, garantir a observância de ordens concretas emanadas de autoridades que representam a Justiça Eleitoral, dirigida a pessoa certa e determinada.

O Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: Processo: ADI 2283 RJ. Relator(a): GILMAR MENDES. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 02-06-2006 PP-00004 EMENTA. VOL. 02235-01 PP-00077 LEX STF v. 28, nº. 331, 2006, p. 83-94. Parte(s): PARTIDO HUMANISTA DA SOLIDARIEDADE – PHS, LAURO RIBEIRO PINTO DE SÁ BARRETO E OUTRO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO RIO DE JANEIRO. EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Resolução nº. 518, de 2000, do Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro. 3. Proibição de uso de simuladores de urna eletrônica. Ausência de usurpação da competência legislativa privativa da União, ou violação ao princípio da harmonia entre os poderes e ao princípio da legalidade. 4. Precedentes. 5. Resolução que prescreve que o descumprimento de suas normas submete o infrator ao disposto no art. 347 do Código Eleitoral. Violação ao art. 22, I, da Constituição. 6. **Como tem decidido o Tribunal Superior Eleitoral, o descumprimento de Resolução da Justiça Eleitoral não revela o tipo penal do art. 347 do Código Eleitoral, que pressupõe ordem ou instrução formalizadas de maneira específica, ou seja, direcionadas ao agente. O teor abstrato das Resoluções gera, no caso de inobservância, simples transgressão eleitoral, não alcançando a prática do crime de desobediência.** 7. Procedência parcial da ação. (grifo nosso).

O Tribunal Superior Eleitoral vem sedimentando o entendimento de que a restrição mediante portaria/resolução não configura tais crimes. Ao apreciar *habeas corpus* versando sobre o tema em debate, é firme ao reconhecer em seus julgados a ofensa ao princípio da reserva legal insculpido no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal:

CRIME DE DESOBEDIÊNCIA (ART. 347 DO CÓDIGO ELEITORAL): CONSUMO DE DUAS CERVEJAS NO DIA DO PLEBISCITO DE 1993 EM CONTRARIEDADE A PORTARIA DE JUIZ ELEITORAL. PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL (ART. 5º, XXXIX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL): INEXISTENTE NORMA LEGAL, DESCABE A TÍPIFICAÇÃO DA CONDUTA EM PORTARIA ADMINISTRATIVA, AINDA QUE A TÍTULO DE PREVENIR DISTÚRBO PÚBLICO E A ASSEGURAR A TRANQUILIDADE NO DIA DAS ELEIÇÕES. RECURSO DE HABEAS CORPUS PROVIDO PARA TRANCAR A AÇÃO PENAL. EFEITOS ESTENDIDOS *EX OFFICIO* AOS DEMAIS DENUNCIADOS (CPP, ART. 654, PARÁGRAFO 2). DECISÃO: O TRIBUNAL, POR UNANIMIDADE, DEU PROVIMENTO AO RECURSO PARA REFORMAR O ACÓRDÃO DA CORTE DE ORIGEM, CONCEDENDO A ORDEM PARA TRANCAR A AÇÃO PENAL E DE OFÍCIO CONCEDER O HABEAS CORPUS AOS DEMAIS RÉUS. (Ementa do Acórdão TSE nº. 233, Relator: Torquato Jardim, publicado no DJU em 17.6.1994, p. 15.759 e na Revista de Jurisprudência do TSE (RJTSE), Volume 6, Tomo 2, página 14).

TRE/SP. EMENTA: DESOBEDIÊNCIA. LEI SECA. VIOLAÇÃO. ABSOLVIÇÃO. FATO ATÍPICO. RECURSO IMPROVIDO. Embora por fundamentado diverso daquele indicado na decisão. (TRE/SP. Ac. nº. 133.463. Proc. nº. 1468, Classe 3ª).

TRE/SP: Inadmissibilidade da tipificação fundada em determinações genéricas, de caráter administrativo. Concretização da determinação proibitiva como “norma penal em branco”, demandante, obrigatoriamente, de interpretação restritiva. Vedação à interpretação extensiva, por contrariar o princípio da reserva legal. (CF/88, art. 5º, XXXIX). Absolvição. (TRE/SP, Ac. nº. 121.226, Rel. Juiz Souza José).

Admitir a existência de crime de desobediência previsto no Código Penal equivale a permitir que funcionário público crie, por iniciati-

va própria, modalidades criminosas. De igual modo, admitir a competência do Juiz Eleitoral para criar modalidades criminosas, por meio de instrumento apenas destinado à regulamentação e complementação de lei preexistente, implica em aceitar a interpretação extensiva e a analogia *in malam partem* em matéria penal, uma vez que se estenderia às cominações do art. 347 do Código Eleitoral uma conduta que a lei explícita e tipificadamente não proíbe. Além do mais, haveria a possibilidade de o julgamento da conduta criminosa por aquele que a criou, fato este incompatível com os princípios do Estado Democrático de Direito. (VERDIN, 2007, p. 4).

Por arremate, verifica-se que o princípio da isonomia também fica comprometido por uma razão lógica-jurídica muito simples: A partir do momento em que o Tribunal Superior Eleitoral deixou a cargo dos Estados a edição de portaria/resolução quanto a proibição de consumo e venda de bebida alcoólica em dias de eleição, seria absurdo admitir que a conduta de consumir ou vender tal produto só configuraria crime nos estados em que aderiam a medida, como se os tipos penais pudessem ser fracionados, ou seja, válidos somente para alguns locais. Alvitre-se que os Entes federados não têm competência para legislar sobre matéria de Direito Penal.

A título de ilustração, registra-se que tramita no Congresso Nacional projeto de lei de autoria do deputado federal do PT/SE, Sandro Carvalho, que acrescenta o art. 141-A no Código Eleitoral disciplinando expressamente a matéria²². Se aprovado, multicitada conduta passa a ser considerada crime atendendo aos ditames legais para elaboração de lei penal.

Art. 141-A É proibido a venda e o consumo de bebida alcoólica das zero (0) às vinte (20) horas no dia em que se realizarem as eleições em bares, restaurantes, quiosques ou estabelecimentos congêneres, sujeitando-se à imediata suspensão da venda e do consumo.

Pena – detenção de seis meses a um ano e multa no valor de um mil a cinco mil reais.

²² Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 11 jul. 2013.

Parágrafo Único. É vedada, no dia do pleito e nos horários mencionados no caput deste artigo, a aglomeração de pessoas vendendo ou consumindo bebida alcoólica, sujeitando-se os infratores às medidas previstas neste artigo.” (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Embora não seja este espaço o adequado para se tecer críticas quanto a esse projeto, é oportuno trazer à colação o entendimento de Ferrajoli, citado por Gomes (1997, p. 113) quando assevera que uma das marcantes inovações do Direito contemporâneo é o Estado Constitucional e Democrático de Direito, o qual

Consiste em que também o legislador está limitado pelo próprio Direito. A produção as normas está sujeita a uma série de vínculos e limites superiores, que são os estabelecidos pelo legislador constituinte ordinário. No Estado de Direito liberal clássico, a ênfase recaía sobre a ‘lei’, que era concebida sob dogma da ‘justiça universal’: o legislador é justo e sabe o que faz; logo, só pode produzir leis justas. Esse dogma é hoje amplamente questionado, porque o Direito, agora, cumpre não só seu tradicional papel de ‘regulador de relações subjetivas’, senão sobretudo de garantia, de limite, de barreira intransponível pelo próprio legislador. Antes, as liberdades eram regidas exclusivamente pela lei. Agora, inclusive, a lei só tem validade se se coaduna com as liberdades fundamentais previstas na Constituição. O Direito é condicionante, mas também condicionado.

Enfim, não se pode flexibilizar o princípio da legalidade. A sua inclusão nas constituições e em leis penais denota uma tradição absolutamente dignificadora do senso jurídico do legislador constituinte. Bastos (2013, p. 18) já advertia que “temerário e antissocial seria entregar aos caprichos da tirania, as paixões ou à ignorância do executivo, ou ao arbítrio dos juízes e tribunais, a liberdade e a vida do cidadão, deixando-lhes a faculdade de, a seu talento, qualificar delitos e prescrever penas que a estes fossem aplicáveis”.

4 CONCLUSÃO

Procurou-se, de forma crítica e didática, refletir sobre a prática usual de expedição de portaria/resolução por Autoridade Judicial ou Secretário de Segurança Pública determinando a proibição da venda e consumo de bebida alcoólica em dias de eleição, prevendo como crime de desobediência previsto no art. 330 do Código Penal ou crime previsto no art. 347 do Código Eleitoral o não atendimento ao seu conteúdo.

Em tese de exposição, restou comprovado que a medida, de cunho eminentemente administrativo, além de ser questionada sob o ponto de vista administrativo no que tange ao fechamento do estabelecimento comercial nos dias de impedimento com fulcro no poder de polícia em detrimento ao princípio da livre iniciativa e do livre comércio, é mais grave sob o ponto de vista penal, pois abusiva ao conduzir o cidadão que consome e especificamente que vende à delegacia de polícia para lavratura de Termo Circunstanciado de Ocorrência por incidência em um dos crimes em alusão. A medida conduz a inexorável formulação conclusiva de ser inconstitucional por violar os princípios da legalidade e da reserva legal, uma vez que para tal prática as autoridades aplicam a analogia *in malam partem*, o que é terminantemente proibido no Direito Penal.

A expedição desse instrumento de restrição a direitos que há muitos anos vem sendo praticada, não tem tido a atenção que merece, tendo em vista que o Direito Penal está intervindo em uma questão onde não existe um verdadeiro conflito social, porém sujeitando o cidadão a um procedimento penal que, embora não correndo o risco de cominação de pena privativa de liberdade, ficará por um tempo sob o controle do sistema penal, o qual é, por excelência, degradante, desgastante, seletivo e etiquetador.

Prima-se por um Direito Penal menos intervencionista, um Direito Penal mínimo que atenda aos reclamos sociais somente quando absolutamente necessários, ou seja, quando bens jurídicos relevantes encontrarem-se ameaçados. Prima-se por um Direito Penal libertatório²³, que atenda aos preceitos fundamentais e humanos elencados na Constituição Federal e em Tratados e Convenções Internacionais. Prima-se por um

²³ Sobre o Direito Penal libertatório, ver obra de Winfried Hassemer, **Direito penal libertário**, publicado pela editora Del Rey.

Direito Penal garantista, não o garantismo de visão unilateral voltado à defesa dos direitos exclusivamente do agente delituoso ou essencialmente individualista, mas por um garantismo penal integral²⁴ que proteja bens jurídicos da sociedade de dignidade penal e interesses metaindividuais.

Prima-se, enfim, por um Direito Penal que evolua atendendo as diretrizes do Estado Constitucional e Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello; LYRA, Roberto. **Criminologia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

ARAÚJO, Luiz Alberto Araújo; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BASTOS, João José Caldeiras. **Interpretação e analogia em face da lei penal brasileira: visão teórico-dogmática e crítico-metodológico**. Disponível em: www.egof.ufsc.br. Acesso em: 17 jun. 2013.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 9. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BIACHINI, Alice. **A concepção minimalista do direito penal**. Disponível em: <<http://www.direitofba.net>>. Acesso em: 8 ago. 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. São Paulo: Malheiros, 1994.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Garantismo penal aplicado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

²⁴ Sobre o garantismo penal, ver obra coletiva, **Garantismo penal integral**, publicado pela Editora JusPodivm.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DELMANTO, Celso et al. **Código penal comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

EL TASSE, Adel. **O que é impunidade**. Curitiba: Juruá, 2008.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 2000.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. 3. ed. **Novo Aurélio Século XXI**: o dicionário da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. **A dimensão da magistratura no estado constitucional democrático de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 5. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2005. v. 1.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Código penal**: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

JESUS, Noel Antonio Tavares de. O processo de concretização constitucional. Limites e possibilidades. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 13, n. 50, p. 200-209, jan./mar. 2005.

MEIRELES, Helly Lopes. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. _____. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Código penal comentado**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1988.

SARMENTO, Daniel. **Ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

VASCONCELLOS, Marcel Nunes Ferreira. **Lei 11.705/08. A lei de preservação à vida**. Disponível em: <<http://www.uva.br/sites/all/themes/uva/files/pdf/lei-1170508-a-lei-de-preservacao-da-vida.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2013.

VERDIN, Thiago Aurélio Lomas. **Da (in)constitucionalidade da lei seca em dias de eleição**. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em: 29 jul. 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

A “NOTA DE CULPA” DE UM “ELEMENTO” A COISIFICAÇÃO DO PRESO E O DESPIR DE SUA SUBJETIVIDADE

*Bruno Antonio Barros Santos**

Resumo: O presente artigo destina-se a capturar arquétipos linguísticos que coisificam o preso, sobretudo o preso pobre. Dessa forma, o momento da prisão e a simbologia de determinada terminologia policial (nota de culpa) petrificam nele a pecha estigmatizante de um estado apriorístico de culpa, bem como uma coisa não dotada de direitos e garantias fundamentais. Em razão disso, tem a sua subjetividade despida, isto é, tornada nua, cujo efeito é a ausência de qualquer exercício de empatia pelo preso. Este é metamorfoseado na ideia de um “elemento”, uma “mala”, ou seja, uma “coisa”. Demonstra-se, também, como a mídia e outros canais de comunicação e recepção de mensagens contribuem para a fabricação e eliminação de “inimigos” sociais, além de distorcerem e caricaturarem o significado dos “direitos humanos”. Por fim, propõe-se uma reflexão que esgarce os pormenores dessas armadilhas historicamente punitivas, no sentido de apontar as suas incongruências.

Palavras-chave: Coisificação. Preso pobre. Nota de culpa. Estado apriorístico de culpa. Subjetividade despida. “Elemento”. Fabricação e eliminação de “inimigos” sociais. Armadilhas historicamente punitivas.

Abstract: This article is intended to capture linguistic archetypes thingify the prisoner, the prisoner particularly poor. Thus, the time of arrest and the symbolism of certain terminology police (disciplinary notice) it petrify the taint stigmatizing a priori state of guilt, as well as a thing not endowed with fundamental rights and guarantees. As a result, it has its subjectivity naked, that is, made naked, the effect is the absence of any exercise of empathy for the inmate. This idea is morphed into an “element” a “suitcase”, ie, a “thing”. It is shown also how the media and other communication channels and receiving messages contribute to the manufacture and disposal of “enemies” social, besides caricaturarem and distort the meaning

* Defensor Público do Estado do Maranhão. Ex-Assessor de Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Maranhão. Associado do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Pós-graduando em Direito Público pela PUC Minas.

of “human rights.” Finally, it proposes a reflection esgarce the details of these traps punitive hysterically, pointing towards its incongruities.

Keywords: Thingify. Arrested poor. Note guilt. Piori state of guilt. Subjectivity naked. “Element”. Manufacturing and eliminate “enemies” social. Traps hysterically punitive.

1 INTRODUÇÃO

A “Nota de Culpa”, formalidade integrante do Auto de Prisão em Flagrante, no âmbito do inquérito policial, possui um duplo sentido, na medida em que serve tanto como instrumento de comunicação do motivo da prisão e dos respectivos condutores desse cerceamento de liberdade, quanto como violência simbólica que induz um juízo apriorístico de culpa do conduzido.

Dessa forma, dentro de um Estado Democrático de Direito, não há sentido na permanência dessa terminologia, visto que vai de encontro à oxigenação constitucional do direito penal, sobretudo no que concerne ao princípio da presunção de inocência. Além disso, tal nomenclatura é incongruente com o caráter informativo de direitos constitucionais da peça em epígrafe.

Por outro lado, é importante ressaltar que na formalização inicial do procedimento atinente aos atos infracionais cometidos por adolescentes — detidamente no Auto de Apreensão em Flagrante —, em vez do nome “Nota de Culpa”, a terminologia utilizada é “Nota de Pleno Conhecimento Formal”, atendendo ao legítimo conteúdo de informação das nuances restritivas da liberdade ambulatorial.

Nota-se, pois, a importância dessa reflexão no sentido de trazer, também, a radiografia estigmatizante e coisificante que o preso — principalmente o pobre, o “elemento” — carrega no meio social, demonstrando a influência, inclusive midiática, do discurso e das palavras na construção de um imaginário social povoado por maniqueísmos ingênuos (deificações e satanizações), cuja consequência é legitimar e alimentar o populismo penal arbitrário.

2 O VIÉS AMBIVALENTE DA NOTA DE CULPA

É sabido que a fase pré-processual tem uma roupagem tradicionalmente inquisitorial. No entanto, isso não impede a inserção de posturas garantistas no bojo do procedimento policial, ainda que isso se faça, também, pela via simbólica das palavras. Salo de Carvalho (2013, p. 169), de maneira oportuna, reflete que “se a biografia das práticas penais, apesar de sua sinuosidade, tem demonstrado que a regra do poder penal é o inquisitorialismo, imprescindível otimizar técnicas de blindagem dos direitos fundamentais como forma de densificar práticas garantistas”.

De igual modo, é importante destacar o alcance do art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988¹, chancelando o filtro constitucional garantista (presunção de inocência, contraditório, ampla defesa etc.) dessa fase procedimental da polícia judiciária. Na visão de Lopes Jr. e Gloeckner (2013, p. 446):

A postura do legislador foi claramente *garantista* e a confusão terminológica (falar em processo administrativo quando deveria ser procedimento) não pode servir de obstáculo à sua aplicação no inquérito policial. Tampouco pode ser alegado que o fato de mencionar *acusados*, e não *indiciados*, é um impedimento para sua aplicação na investigação preliminar. Sucede que a expressão empregada não foi só *acusados*, mas, sim, *acusados* em geral, devendo nela ser compreendida também o indiciamento, pois não deixa de ser uma *imputação em sentido amplo*. Em outras palavras, é inegável que o indiciamento representa uma acusação em sentido amplo, pois decorre de imputação determinada. Por isso o legislador empregou *acusados em geral*, para abranger um leque de situações, com um sentido muito mais amplo que a mera acusação formal (vinculada ao exercício da ação penal) e com um claro intuito de proteger o indiciado.

¹ Art. 5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Sublinhe-se, portanto, que o preso “assina” um papel o qual atesta nominalmente a sua culpa, quando poderia ser chamado, dentro de um contexto oxigenado pelo princípio da presunção de inocência, de “Nota de Cientificação da Prisão em Flagrante”. Trata-se, então, a “Nota de Culpa” de uma alegoria que representa a formação antecipada de um édito irreversivelmente penalizante.

O viés ambivalente (ao mesmo tempo em que informa o preso das nuances da prisão, deforma-o em sua subjetividade, além de presumir sua culpabilidade) dessa parte da peça informativa policial não pode ser subestimado, haja vista a natureza não ingênua da influência do campo simbólico na construção/reconstrução axiológica de caracteres linguísticos que moldam — e distorcem — o olhar sobre o mundo. Obviamente que, como lembra Salah Junior (2008, p. 93), “para aqueles que já estão institucionalizados por uma forma de pensar que anestesia o próprio pensar”, isso se torna deveras difícil de perceber e digerir.

Desse modo, o universo de terminologias empregadas (funcionando, também, como “operador” político) sedimenta as nuances do imaginário social, induzindo os receptores da mensagem a um processo de internalização inconsciente desses significados forjados. Agamben (2004, p. 15) alerta que “se, como se sugeriu, a terminologia é o momento propriamente poético do pensamento, então as escolhas terminológicas nunca podem ser neutras”.

A “Nota de Culpa” representa, portanto, ao mesmo tempo, a simultaneidade paradoxal de uma significação “garantista” (conteúdo) e antigarantista (terminologia empregada), isto é, um ranço inquisitorial, uma ambivalência de cunho axiológico diametralmente oposto, que continua sobrevivendo ao ar renovado da atual conjuntura democrática de um Estado Constitucional de Direito.

3 A COISIFICAÇÃO DO PRESO E O JOGO RETÓRICO DO “ELEMENTO”

Sinale-se, também, que, além da culpabilização apriorística do encarcerado em sede policial, o uso retórico da expressão “elemento”, inclusive por profissionais da seara jurídica, para designar os presos (nesse caso, os presos pobres), vem a reboque desse contexto, cuja invocação

remete a uma ideia de coisa, de objeto, de não-humano, de pária abjeto, enfim, de inumano. Nessa linha caricatural, há também a utilização do termo “mala”, corroborando o mesmo sentido atribuído à primeira expressão.

Esse processo de coisificação do preso é evidenciado desde o momento em que é colocado no bagageiro de uma viatura de polícia. Ora, nesse momento a condição de privação de liberdade é metamorfoseada em privação de dignidade, pois há uma equiparação axiológica entre pessoa e coisa, já que o bagageiro de um carro não foi feito para o transporte de indivíduos, mas, sim, de objetos².

É o despir de sua subjetividade, a anulação da condição de sujeito de direito e a atribuição do tratamento animal (não-humano). A fera, desse modo, há que ser controlada, e o bagageiro é o *locus* da neutralização dos seus ímpetos animalescos; é o semovente com traços “humanos”, objeto de apropriação estatal.

Essa nudez não é imotivada e está correlacionada ao processo histórico e contínuo de formação de identidades marginais e caricatas (preto, pobre, puta, gay, cigano, vadia, vagabundo etc.), cujo simbolismo pejorativo permanece entranhado, enraizado na sociedade. O “corpo nu” do preso também faz parte dessas identidades periféricas, e pior, sob o viés duplamente estigmatizante, quando o encarcerado, além da condição de preso, ainda é preto e pobre.

O poder vigente e a sua legitimação alimentam-se, também, dessas construções simbólicas e totalizantes de saber. Não há terreno para a ingenuidade; há, sim, demarcação de espaço de poder, pois “o que resulta da esfera do Simbólico não é um conjunto de alegorias inocentes afastadas

² Nesse particular, Carlos Ayres Britto, quando ainda era Ministro do Supremo Tribunal Federal, percebeu esse atropelamento do viés humanístico no tratamento do preso e, lembrando uma determinação sua em outro julgado, afirmou, com elevada sensibilidade social, no julgamento do HC 91.952-9/SP, que: “Já no outro processo, eu me lembro que determinei também, proibi que o preso fosse conduzido no bagageiro do camburão, porque bagageiro é para bagagem, maleiro é para mala, para objeto, e o ser humano não é objeto, mala, e não pode ser conduzido no bagageiro de um camburão ou de qualquer outro carro. Se a polícia pretende utilizar o bagageiro para transporte de pessoas, que o faça colocando um banco, um assento com grades, para que o ser humano seja tratado como, de fato é, gente, com toda dignidade e não objeto”. BRASIL. STF. HC 91.952-9/SP. Tribunal Pleno. Voto do Rel. Min. Carlos Ayres Britto. DJ 19/12/2008, p. 5.

do social e separadas da função política de instituir o poder e a sociedade” (SOUSA FILHO, 1995, p. 56).

O simbólico é violento, demasiadamente violento. Além disso, avulta notar outro aspecto importante da violência simbólica, direcionada aos presos, sobretudo aos provisórios, que é o uso banalizado e gratuito das algemas. A figura de um instrumento excepcional passa a ocupar a característica de uma regra geral. Afinal, do ponto de vista da logística coisificante, todos são perigosos, até que se prove o contrário.

Dessa forma, a algema, quando não utilizada em situações excepcionais e justificadas, transforma-se num abusivo meio simbólico de subjugação daquele que tem a sua liberdade ambulatorial cerceada, causando-lhe um castigo humilhante e vexaminoso, além de antecipar e formar, no imaginário popular, a construção mental do irreversível exercício da penalização e satisfação dos anseios punitivos. A fera – dessa vez personificada na multidão – tem o seu apetite temporariamente saciado, à espera de um novo ciclo alimentar.

E, a partir do momento em que esse contexto é transportado para o âmbito dos palácios judiciais, a defesa é simbolicamente amputada, porquanto o adentrar do preso algemado nesses recintos transmuta-o em outro tipo de fera (não aquela relacionada ao apetite punitivo da multidão), a fera-animal, isto é, aquela que tem de ser controlada, já que é perigosa, descontrolada e voraz. A algema — nas audiências judiciais e nas sessões de julgamento do júri — assume essa característica e sugestiona, nesse sentido, o quadro mental de ira e medo dos atores/telespectadores/jurados/plateia.

Nessa simbiose da dupla significação das feras (tanto no sentido da multidão faminta por punição, como na incorporação do algemado-animal), o equilíbrio de armas, no processo penal, entre a acusação e a defesa, vai desaparecendo silenciosamente, simbolicamente, dando lugar ao inchaço hiperbólico do Estado Leviatã, na sua acepção acusatória, ou melhor, na sua vocação histericamente punitiva. Diante dessa arquitetura visual, a defesa — advogados e defensores públicos — assume uma feição esteticamente feia, que, muitas vezes, é deturpada como atriz promíscua dos atos supostamente criminosos de seus clientes e assistidos.

No âmbito do júri popular, essa disfunção estética fica bastante evidente, na medida em que, do ponto de vista do embate das partes (acusação e defesa), ilustrando-se, metaforicamente, a partir de uma partida

de futebol, tal situação seria análoga àquela do goleiro na batida de um pênalti pelo jogador adversário, ou seja, o defensor é o goleiro e o acusador é o batedor do pênalti. Se o acusador marca o gol (ganha o júri), ele fez sua rotineira obrigação; por outro lado, se o goleiro defende o pênalti (defensor obtém êxito no júri), é porque ele, além de cumprir a sua obrigação, foi além do ordinário, tendo uma vitória extraordinária. Ora, a estrutura do júri, influenciada por aspectos externos sugestionadores, é comodamente construída para a acusação, de modo que acusar é fácil, mas, de outra forma, provar a inocência de alguém, isso, sim, é deveras dificultoso.

4 A MÍDIA E A ATUAÇÃO DOS TENTÁCULOS PUNITIVOS NA (DE) FORMAÇÃO DO IMAGINÁRIO SOCIAL

Diante desse contexto, é grande o aparato da mídia que se encarrega de legitimar a funcionalidade do direito penal como panaceia geral na resolução do problema estrutural da criminalidade. A cartilha informativa da sedutora fábula da máxima punição faz o direito penal ser elevado à condição de homérico encanto na luta contra os “criminosos”. Esse discurso é prontamente elogiado e recebido, de maneira messiânica, pelo sistema auditivo e visual da população, a qual passa a desenvolver uma espécie de crença popular na eficácia da ideologia punitiva.

A crença no sistema penal como personificador da resolução simplista de problemas multifocais e complexos vem a reboque de um contexto mundial de produção de um saber único nessa área (como exemplos mundiais mentalmente importados têm-se o programa Tolerância Zero, outrora implantado em Nova York, a teoria da vidraça quebrada, o movimento lei e ordem etc.).

Dessa maneira, o meio social tem sido invadido com grande aceitação por discursos populistas de inflação legislativa penal, tais como as investidas verbais de amplo encarceramento, o aumento de penas e do número de crimes, a redução de garantias constitucionais dos presos, a superestimação do Estado Policial, a culpabilização apriorística de “inimigos” sociais, a personificação da ameaça e eleição de bodes expiatórios e a dicotomização moralista de “bem” e “mal”.

Em época de eleição, essa agenda punitivista pauta a campanha eleitoral da maioria dos candidatos, transformando o debate em “leilão

público [...]. O leilão prosseguiu, e os lances atingiram a estratosfera” (BAUMAN, 2013, p. 73-74), isto é, quem der o maior lance (a maior pena) tem grande chance de vencer o leilão (êxito na eleição).

Isso reforça a ideia de uma “tirania da comunicação” que, por sua vez, é universalizante, fabricando-se, por derradeiro, uma tentativa de monopólio informacional, ou seja, a construção dos signos linguísticos regida por uma “polícia do pensamento”³, além da “[...] possibilidade de um condicionamento sutil das mentalidades em escala planetária” (RAMONET, 2010, p. 8). Atualmente, esse papel é protagonizado, sobretudo, pelo aparato midiático dominante, tendo em vista que:

Com a veiculação massiva de seriados televisivos enlatados e importados dos EUA, que priorizam o extermínio dos ‘bons’ contra os ‘maus’, via de regra, à margem da lei; com a formatação de uma nova moralidade em que, ante algum fato violento, a opinião pública é levada aos extremos da indignação, com a consequente exigência de extremismos repressivos e, principalmente, com a fabricação do estereótipo de criminoso invariavelmente ligado à sua condição social, a televisão brasileira acaba por funcionar como fator estruturalmente fundamental para o exercício do sistema penal. (GUIMARÃES, 2010, p. 159).

Nessa escala comunicativamente global, seduz-se, igualmente, as pessoas através de discursos beligerantes de anulação da subjetividade do “outro”, como o prolapado discurso de “guerra ao terror”. A par disso, como exemplo mundialmente conhecido de violação aos direitos humanos (tortura e extermínio dos “indesejáveis”), naturaliza-se a existência da Prisão de Guantánamo, onde vários detentos sequer são formalmente acusados de algo, amargurando um inexistente processo judicial (sem direito, portanto, à ampla defesa e ao contraditório) e aguardando um julgamento legal que, provavelmente, não irá acontecer. Ademais, na mesma linha do terrorismo de Estado ou da institucionalização da barbárie vela-

³ Em apertada síntese, na obra literária “1984”, de autoria de George Orwell, a “polícia do pensamento” é a polícia secreta incumbida de descobrir os desvios ideológicos de uma ordem imposta e punir o “crime de pensamento”.

da, notabilizou-se, também, a famigerada Prisão de Abu Ghraib, com as sessões sádicas de tortura amplamente fotografadas por soldados americanos.

A ideia que se constrói através dessas armadilhas discursivas que penetram no imaginário social é de que o “inimigo” (suspeito, criminoso, terrorista, imigrante, favelado etc.) não é humano e, portanto, nessa condição de dessubjetivado, pode ser um corpo aberto às genéricas investidas abusivas. A “nota de culpa” atribuída aos “elementos” anula e esvazia, na mente de muitas pessoas, qualquer sentimento de compaixão pelo “outro”. A lógica é simples: se não é sujeito, não merece tratamento de sujeito. O discurso justificador da violência, nesse sentido, fica entranhado e fomenta a acusação pela acusação, cujo reflexo é a punição pela punição.

Nota-se, por conseguinte, que, nesse âmbito comunicacional, não há um discurso desinteressado, isolado ou neutro. Dijk (2010, p. 12), na abordagem do que se chama de Estudo Crítico do Discurso (ECD), pontua que “o discurso não é analisado apenas como um objeto ‘verbal’ autônomo, mas também como uma interação situada, como uma prática social ou como um tipo de comunicação numa situação social, cultural, histórica ou política.” O discurso, por fim, seria um instrumento de reprodução social do poder, moldando e condicionando a forma de pensar e o quadro mental das pessoas.

A população, dessa maneira, é inclinadamente sugestionada a raciocinar em prol do viés acusatório, ao mesmo tempo que este é propositalmente hiperbolizado pelo aparato midiático (base de sustentação da audiência); a aproximação com o noticiado do crime não é desapassionada e, muito menos, racional e equilibrada. Dessa forma, opera-se um contexto de torcida única e os fatos — parciais — trazidos pela mídia são acriticamente recebidos, comunitariamente compartilhados e monoliticamente propagados. Num passe de mágica, milhares de telespectadores transmutam-se em “cientistas do direito penal” com sede de vingança coletiva.

Esse arroubo reverberante de cólera punitiva está sintonizado com uma espécie de noção esquizofrênica factualmente delirante do crime, isto é, num acesso mental de ilusão, muitas pessoas imaginam que conhecem todos os detalhes em que se deu a prática delituosa, pois partem do pressuposto de que um jornal televisivo “de grande credibilidade popular” jamais omitiria dados relacionados ao crime.

Ocorre que a quase totalidade dos comentadores — população em especial — não viu, não presenciou e não escutou algo relacionado ao crime, não conhece a vítima nem o acusado, não sabe as nuances das circunstâncias supostamente criminosas; mas, mesmo assim, incorporam-se como sabedores do “todo” pelo simples fato de acompanhar, religiosamente, as notícias veiculadas na mídia (leia-se, na verdade, a grande mídia).

O autoengano mental dessa fábula midiática é pernicioso, haja vista a sua grande influência — e capacidade — de pressão e repercussão nos indiciamentos, nas acusações e nas decisões judiciais. Ora, se nem o processo judicialmente instaurado reproduz a “verdade real” dos fatos, muito menos terá essa pretensa função a percepção enviesada dos telespectadores. Di Gesu (2010, p. 82), embasada nos estudos de Enrico Altavilla (psicologia judiciária), problematiza questões atinentes à memória, detidamente no aspecto processual da prova testemunhal, refletindo que:

[...] A atividade sensorial é determinada pela potencialidade dos sentidos para receber os estímulos. Isso quer dizer que a ‘realidade exterior’ chega ao nosso ‘eu’ tal como os órgãos dos sentidos a apresenta e, o mais importante de tudo, variando não só de indivíduo para indivíduo, mas também em relação ao mesmo indivíduo nos diversos momentos de sua existência. A percepção é relativa, tendo maior ou menor potencialidade conforme as razões fisiológicas ou do meio: ‘ouve-se melhor à noite; vê-se com mais exatidão depois de ter descansado do que quando se está fatigado’. Isso, sem sombra de dúvida, vem a corroborar o alerta à credibilidade do testemunho.

Nesse sentido, se a prova testemunhal — que, em tese, viu, presenciou, escutou e percebeu algo concernente a determinado crime — pode produzir “falsas memórias”, dependendo de aspectos circunstanciais, ambientais e fisiológicos, não é difícil imaginar, por outro lado, a percepção entorpecedora daquele que, no cômodo sofá de sua residência, invoca, para si, a tutela holística — apreensão e reconstrução do “todo”, dado que depois de um crime, a sua natureza é de passado — de conhecimento do

fato criminoso narrado midiaticamente. Entretanto, do ponto de vista da “tirania comunicativa”, essas distorções são irrelevantes. O que importa é plantar, suggestionar, manipular, afirmar e solidificar aquilo que é convenientemente noticiado.

É nessa perspectiva condicionante do pensar, de deformações ou desinformações da população, que parte da mídia aproveita-se da lacuna vulnerável da falta de senso crítico geral. A par disso, como argumento falacioso, entre inúmeros outros, costuma-se declarar, no meio social, que “se tem pena de bandido, leve ele para sua casa e lhe dê moradia, comida e roupa lavada”. Tal engodo verbal representa uma confusão do público com o privado, numa insinuadora tentativa de transferência da responsabilidade estatal — na promoção do bem-estar do seu povo — para os frágeis ombros do particular, cuja ousadia maior foi defender a Constituição Federal e, por corolário, os direitos humanos dos presos.

Diante desse contexto, fabrica-se ainda outra falácia midiática e popular, cuja reprodução no contexto social ocorre com muita veemência: a de que “bandido bom é bandido morto”. Ora, além da institucionalização informal e da internalização mental desse discurso, ele ainda é abraçado como panaceia milagrosa no combate à criminalidade, de modo que virou lugar-comum a verbalização da referida frase de ordem. Muitas pessoas lamentam a inexistência legal da pena de morte e, em razão disso, passam a legitimar e aplaudir os extermínios subterrâneos ou as execuções sumárias de presos ou criminosos — que, consciente ou inconscientemente, desejam.

Ocorre que, para ficar apenas como reflexão irônica e provocativa, a “sociedade” que repete, divulga e fomenta a frase “bandido bom é bandido morto” estaria mergulhada numa espécie de sentimento suicida e autofágico de criminalização, uma vez que, consoante os arts. 286⁴ e 287⁵, do Código Penal, são puníveis como crimes contra a paz pública as condutas de incitar a prática de crime, ou fazer apologia de fato criminoso ou de autor de crime, publicamente.

Assim, paradoxalmente, a mídia e os indivíduos que fazem esse tipo de discurso, enaltecendo, sobretudo, algumas práticas policiais de extermínio social, acabam sendo tão criminosos quanto aqueles que tanto

⁴ Art. 286 - Incitar, publicamente, a prática de crime: Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa.

⁵ Art. 287 - Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime: Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa.

condenam. E, segundo a coerência e a lógica da frase tão propalada, devem ser igualmente mortos, pois que também são “bandidos”, haja vista a prática da tortura e das execuções sumárias promovidas por grupos de extermínio, na ordem constitucional brasileira, serem crimes gravíssimos: aquela é crime equiparado aos crimes hediondos e esta é crime hediondo — vide art. 1º, I, da Lei 8.072/90⁶ e art. 5º, XLIII, da Constituição Federal⁷.

Vale grifar, ainda, nesse cipoal de impropérios, o que se poderia denominar de falácia da fulanização emotiva, quando se tenta atingir o interlocutor racional com a seguinte provocação: “E se a vítima do crime fosse você, sua mãe, sua esposa, sua irmã, ou algum familiar?”. Obviamente que, nesses casos, existiriam situações em que o instinto pessoal poderia se sobrepor à razão, dando ensejo a eventuais atos de vingança privada. Porém, esse argumento é inválido para discutir ciências criminais, uma vez que, conforme lembra França (2012, p. 17), é necessário, nos debates sérios, “o afastamento do argumento em primeira pessoa”. A fulanização do debate (a exceção da compreensível dor das vítimas, cuja reação natural é externar uma raiva episódica ou, em muitos casos, até prolongada no tempo) demonstra a fraqueza da argumentação exposta, uma vez que ape-la para uma seara na qual o debate é anulado e a racionalidade é soterrada.

Imagine-se o caos que seria se políticas criminais fossem parametrizadas através do olhar estritamente emocional das vítimas dos crimes; o Código de Hamurabi seria ressuscitado, bem como a lei de talião⁸, depois de séculos de evolução humana. Por isso, respostas emotivas não devem pautar/determinar/nortear a agenda de mudanças legislativas. É preciso entender também que justificação (ideal de vingança ao arripio da lei) não é sinônimo de justiça, sobretudo dentro de um Estado Democrático de Direito. Mas, diante da “polícia do pensamento que condiciona

⁶ Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V).

⁷ Art. 5º, XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

⁸ A pena de talião, segundo Foucault (2003, p. 83), significa “mata-se quem matou; tomam-se os bens de quem roubou; quem cometeu uma violação, para alguns dos teóricos do século XVIII, deve sofrer algo semelhante”.

mentalidades”, defender esse ponto de vista é um insulto à sociedade dos “cidadãos de bem”, ao mesmo tempo em que estes descarregam toda a sua ira em relação aos defensores dos “direitos humanos”, de modo que defender os “direitos humanos” virou sinônimo de defesa da impunidade e dos “bandidos”.

5 A CARICATURIZAÇÃO DOS “DIREITOS HUMANOS” E O BRAÇO MIDIÁTICO LEGITIMADOR

A par disso, o Brasil sofre um processo contínuo e ascendente de caricaturização da expressão “direitos humanos”, isto é, uma deturpação midiática oportunista, haja vista o aumento significativo da criminalidade, de maneira que a terminologia “direitos humanos” simboliza uma carga semântica de valoração substancialmente negativa no imaginário popular, resultante do ato daqueles que se encarregam de forjar propositalmente o seu verdadeiro significado. É uma caricatura truística, praticamente um “axioma” evidenciado que não precisa ser enunciado; está tão incorporado ao bojo social que, quando se pensa em defesa dos “direitos humanos”, automaticamente se pensa em “defesa de bandidos”, vale dizer, é uma síndrome sinonímica.

Nesse compasso, no dia 07 de março de 2013, o pastor Marco Feliciano foi eleito presidente da Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados. O parlamentar se notabilizou por frases infelizes, cujo conteúdo foi considerado racista, sexista e homofóbico⁹. Ora, a própria esfera pública — detidamente uma comissão de tamanha envergadura na defesa das minorias estigmatizadas — está sendo ocupada por indivíduos sem qualquer vocação/identificação com as causas humanísticas. Além disso, outro conhecido dessa turma é o deputado federal Jair Bolsonaro (saudosista da ditadura militar brasileira), que, na mesma comissão eleita, foi escolhido como suplente.

De plano, poder-se-ia indagar, então, qual o norte possível de reconstrução da significação do termo “direitos humanos”, quando uma co-

⁹ Ademais, no campo de suas proposições legislativas, observa-se um projeto de lei (PL 4333/2012) que propõe a castração química no caso de “estuprador contumaz”.

missão, na própria Câmara dos Deputados — representantes do povo —, é presidida e composta por parlamentares alheios às suas lutas históricas e atuais. É uma porta, dessa forma, para a contínua e sistemática deturpação do seu significado; os encarcerados, como minoria estereotipada, continuarão, no plano congressista, amesquinçados em sua representatividade popular.

A par disso, a cantilena caricata atribuída aos “direitos humanos” vem na mesma proporção do discurso que legitima o “estado de exceção” contra os presos “não humanos”; afinal, nessa perspectiva, direitos humanos só abarcam “humanos direitos”, cumpridores dos seus deveres de cidadãos e, sobretudo, pagadores de impostos — é a noção de cidadania atrelada à condição de consumo, logo existimos, ou melhor, seria uma espécie de ontologia do cifrão (\$) como parâmetro de definição da “vida não nua”.

Assim, num ambiente de naturalização dessa exceção socialmente construída, as pessoas internalizam o discurso do medo, bem como abraçam a ideologia do pânico e do terror. Malaguti Batista (2003, p. 75), referindo-se ao limiar compreendido entre o século XX e o XXI, afirma que “o medo não é só uma consequência deplorável da radicalização da ordem econômica, o medo é um projeto estético, que entra pelos olhos, pelos ouvidos e pelo coração”.

Trata-se, portanto, de um terreno fértil — exploração midiática do medo, da ansiedade, da insegurança, da incerteza e das emoções — para a expansão do direito penal arbitrário, propiciando a legitimação discursiva de “uma reforma radical da legislação penal e da política criminal pelo viés do terror, ao mesmo tempo em que se desprezam conquistas históricas concernentes aos direitos e garantias individuais e coletivas, doravante empecilhos na luta da ‘sociedade de bem’”. (ROSA; SILVEIRA FILHO, 2008, p. 18-19).

Dessa forma, parcela da mídia — em especial os programas policiais e sensacionalistas —, dotada de grande audiência, aproveita-se da fragilidade e da vulnerabilidade social da população, refém do medo, e passa a reforçar ainda mais a caricatura dos “direitos humanos” e a respectiva sonegação de direitos daquelas pessoas, que cometem/cometeram crimes. O estado de pânico é geral e inteligentemente alimentado pelo “populismo criminológico” reinante, afinal, por trás desses programas há sempre interesses comerciais e publicitários que legitimam tal difusão generalizada do terror.

É a lógica da “hiperemoção” (característica da “superinformação”), cuja pauta, segundo Ramonet (2010, p. 22), é explorar e manejar demagogicamente o choque emocional, o sensacional e o espetacular, principalmente, hoje em dia, através da televisão, de modo que:

[...] O telejornal, em seu fascínio pelo ‘espetáculo do evento’, desconceitualizou a informação, imergindo-a novamente, pouco a pouco, no lodaçal do patético. Insidiosamente, estabeleceu uma espécie de nova equação informacional que poderia ser formulada desta maneira: ‘Se a emoção que vocês sentem ao ver o telejornal é verdadeira, a informação é verdadeira.’ Isto deu credibilidade à ideia de que a informação – não importa que informação – sempre é simplificável, redutível, capaz de converter-se em espetáculo de massa e decompor-se num certo número de segmentos-emoções. Isto se baseia na ideia, hoje tão na moda, de que existiria uma ‘inteligência emocional’. A existência desta ‘inteligência emocional’ justificaria que, não importa qual informação [...], ela sempre pode ser condensada e esquematizada. Mesmo a despeito da análise real, presente fator de tédio.

Não há compromisso com o conteúdo sério e plural que deveria delinear a estrutura de um fato noticiado. A análise profunda é motivo de tédio, ou melhor, de “debatédio” (debate + tédio, adaptando para o contexto o humor de José Simão) e, como a informação é tratada como mercadoria pronta para ser vendida, a maioria dos veículos de comunicação necessita do seu maior alimento, isto é, a audiência. Desse modo, em vez de ficar debatendo o caráter multifocal e complexo das causas da violência, é preferível explorar aquilo que aguça e excita o sentimento humano: a emoção e o medo. Disso resulta uma relação de afinidade, familiaridade e cumplicidade entre esse modelo de mídia e o telespectador.

Ocorre que esse tipo de jornalismo, aliado à perspectiva mais radical da ideologia punitivista, e não satisfeito com a fomentação genérica, oportunista e proposital do medo, ainda escolhe os “presos” para serem objeto de desqualificação, ridicularização e pejorativização, atribuindo-os as adjetivações mais satânicas e destituindo-os dos mais singelos direitos fundamentais de respeito à sua integridade física e moral, previstos cons-

titucionalmente. A condição de (pré) sentenciado — porém, não julgado — de um crime abriga-se nesses pelourinhos midiáticos dos tempos modernos.

Nesta toada, *mutatis mutandis*, determinado setor da imprensa atua como um verdadeiro sistema inquisitivo do processo penal, numa condenação tipicamente canônica e medieval, em que o mesmo ente faz o papel de investigador, acusador e julgador — acumula-se na mesma “pessoa” essas múltiplas funções. Não há contraditório, não há ampla defesa, há tão somente execração pública e pré-condenação midiática.

6 A NATURALIZAÇÃO DE PRÁTICAS ESTATAIS ARBITRÁRIAS A PARTIR DE UM DISCURSO PRETENSAMENTE SALVACIONISTA

É no contexto de naturalização sonegadora de direitos que se legitima, também, a prática da tortura contra suspeitos, criminosos e encarcerados, implicando, como declara Bourdieu (1998, p. 17), “a aceitação inconsciente dos *lugares comuns*, no sentido de Aristóteles: noções ou teses *com* as quais se argumenta, mas *sobre* as quais não se argumenta.” Desse modo, é lugar-comum o pensar coletivo que naturaliza a tortura como o tradicional e infalível “soro da verdade”, ou seja, criou-se e fabricou-se, no imaginário popular, essa sedutora fábula.

Essa socialização e indiferença naturalizada do pensar arbitrário lembra a estrutura discursiva da experiência nazista, a partir do momento em que se convencionou o arquétipo mental burocrático e historicamente dirigido às minorias estigmatizadas, produto histórico e atual da constituição do que Felipe (2013) entende por “tecido social da convencionalidade”, representado pela máxima “se ‘todo mundo’ pensa e age assim, então está correto”.

O convencionalizado, assim, passa a ser o institucionalizado e o normalizado. A institucionalização desse pensamento é reflexo das tímidas ações de combate à tortura pelos órgãos estatais (não serve como dividendo ou moeda eleitoral), bem como, *pari passu*, a normalização ocorre no âmbito da formação do consenso no imaginário social, haja vista a natural e aplaudida internalização dos seus caracteres linguísticos. A receptividade auditiva e visual doma/domestica os ouvidos e olhos, preenchendo a

lacuna sensitiva do medo/pânico/terror generalizado. Por que não torturar, se o fim justifica o meio?

Esse sedutor discurso que reproduz o poder social — abuso de poder penal — serve como mecanismo de controle para legitimar — e perpetuar — a estrutura linguística predominante, de forma que Dijk (2010, p. 17-18), nesse ponto, reflete que:

[...] Se as ações envolvidas são ações comunicativas, isto é, o discurso, então podemos, de forma mais específica, tratar do controle sobre o discurso de outros, que é uma das maneiras óbvias de como o discurso e o poder estão relacionados: pessoas não são livres para falar ou escrever quando, onde, para quem, sobre o que ou como elas querem, mas são parcial ou totalmente controladas pelos outros poderosos, tais como o Estado, a polícia, a mídia ou uma empresa interessada na supressão da liberdade da escrita e da fala (tipicamente crítica). Ou, ao contrário, elas têm que falar ou escrever como são mandadas a falar ou escrever. Esse controle é difuso na sociedade. Poucas pessoas têm uma liberdade total para dizer e escrever o que querem, onde e quando querem e para quem querem.

Clama-se, nessa senda, por uma estrutura discursiva salvacionista — aplicada no mundo do ser —, cuja personificação se dê através do “Capitão Nascimento” (personagem central e protagonista do filme *Tropa de Elite I*) ou de um juiz Dredd (personagem de história em quadrinhos, cuja função é acumular os cargos de polícia, juiz, júri e executor) que faça a higienização da “escória” criminosos, dedetizando a sujeira fétida dos “objetos penais”. O “elemento” e a “mala” (os “outros” em sentido lato) precisam ser neutralizados e, para isso, autoriza-se, ainda que veladamente, o uso de toda a maquinaria torturante — ou exterminante — disponível, afinal, a “nota de culpa” do Estado já corroborou o juízo apriorístico da condição presumida de culpado.

Daí resulta um paradoxo de ordem lógica: indivíduos que não culpam a própria culpa que lançam sobre a culpa dos que seletivamente personificam a culpa. Dessa forma, legitima-se a anulação do “outro”, mas no momento em que esse “outro” representa o “eu”, que, igualmente,

prática ou é acusado de um crime (ninguém está imune à perseguição penal, seja justa ou injusta), o olhar levemente punitivista muda, e como muda. Uma vez mais, seria coerente ser cobaia da própria fala pretérita: por que não torturar, se o fim justifica o meio? A simples imputação de um fato criminoso a alguém não o transforma em culpado, reduzindo-o à mera condição de coisa? Dentro dessa perspectiva, tortura-se, então, um objeto, um dessubjetivado, e não um humano (assim, não haveria violação à dignidade).

A equação que dessubjetiva o indivíduo, tornando-o um pária — uma exceção autorizada — suscetível aos arbítrios estatais, não se coaduna com o Estado Democrático de Direito. É preciso resgatar a importância da proteção das garantias e dos direitos individuais (o sujeito, o indivíduo, o “um”) como contraponto ao Estado Leviatã (personificado e refletido na ira coletiva). Carvalho (2011, p. 9), dessa forma, aduz que “[...] proteger o um é proteger o todo, não há todo sem o um. Ao proteger o direito do um — seja quem for, seja qual o delito cometido — se está protegendo a própria sociedade da qual o um é parte indissociável”.

Nessa senda, é ingênua a departamentalização asséptica que é feita em relação aos intocáveis atores supostamente responsáveis pela defesa da “sociedade” e, por outro lado, os “promíscuos” defensores dos direitos dos “criminosos”. Ora, em que pese a dificuldade de captura conceitual da expressão “sociedade”, dado o caráter vago e indeterminado do seu sentido, defender a “sociedade” é garantir, também, a tutela dos direitos daqueles que incorreram em práticas criminosas, de maneira que legitimar a tortura de “um” (anulação da subjetividade do “outro”) implica, necessariamente, cancelar a tortura de “todos” (anulação da subjetividade coletiva).

Entretanto, não há maturidade na captação dessas problematizações. De maneira que, anulando a pluralidade da discussão, a espetacularização midiática da fúria aos criminosos é rigorosamente potencializada aos olhos dos ávidos espectadores e, assim, os “elementos” transformam-se em vedetes simbólicas do descarrego irado do povo amedrontado.

7 ESTADO DE EXCEÇÃO TERMINOLÓGICO

Não é hiperbólico afirmar que vivemos num estado de exceção terminológico e visual (dessubjetivação linguística e estética), cujos alvos

sistemáticos são os suspeitos e os presos (principalmente os pobres), sobretudo aqueles que ainda não foram definitivamente julgados pelo Poder Judiciário.

O universo linguístico desse estado de exceção terminológico e visual é farto, representado popularmente como “elemento”, “mala”, “vagabundo!”, “Vai pro saco, seu merda!”, “Bandido bom é bandido morto!”, “Está com pena do bandido? Leva ele para casa!”, “Bandido tem que ser enterrado em pé para não ocupar espaço no cemitério!”, “Direitos humanos para humanos direitos!”, “Direitos dos manos”, entre outros jargões que demonstram o quão a pecha da “nota de culpa” — para o “outro”, é claro — está entranhada nos discursos histericamente punitivos da sociedade.

Essa peculiar fraseologia tirânica transforma-se num espetáculo pasteurizado, pronto para ser amplamente consumido e tranquilamente digerido, haja vista a repetição — automática e irrefletida — dessas frases seguir um comportamento/caminho de manada, ou melhor, autômatos bovinos propagando naturalmente um contínuo e bestial sentido comum.

Na esteira disso, são clarividentes, ainda que no âmbito da ficção, as terminologias de efeito do “Capitão Nascimento”, no filme *Tropa de Elite I*: “O símbolo do BOPE deixa claro o que acontece quando a gente entra na favela; e a nossa farda não é azul, é preta”. As simbologias da faca na caveira e do enterro são autoexplicativas, dispensam maiores esforços interpretativos. Em seguida, no transcorrer do filme, durante os treinamentos do BOPE, são entoados gritos de guerra que alimentam a lógica da eliminação local, classista e higienista do “inimigo” (pobreza e periferia em relação simbiótica de satanização), a exemplo de: “Homens de Preto, o que que você faz? Eu faço coisas que assustam o satanás! Homens de preto, qual é sua missão? Entrar pela favela e deixar corpo no chão!”.

A par disso, num Estado Democrático de Direito, qual modelo de polícia é preciso construir? Polícia totalitária e asséptica ou polícia garantista e humana? A polícia existe, do ponto de vista legal, para preservar vidas e direitos, seja de quem for (“mocinho” ou “bandido”), não para ser instrumento de criminalização e exterminação fascistas de condições sociais (pobre) e espaciais (favela). O estado de exceção terminológico, nesse sentido, é perigoso, pois fertiliza o pensamento arbitrário, que, por sua vez, fomenta o agir arbitrário, em outras palavras, o discurso penetra e condiciona naturalmente — e, muitas vezes, inconscientemente — a estrutura de pensamento e de ação das pessoas.

Vê-se, portanto, a incoerência desse desfecho discursivo (e pragmático) que virou “lugar-comum” no pensamento reproduzido por milhares de indivíduos. Ora, no século XIX, com a humanização das penas e o gradual desaparecimento da espetacularização do castigo físico, “penetramos na época da sobriedade punitiva” (FOUCAULT, 2010, p. 19).

O século XXI, por outro lado — detidamente no Brasil —, evidencia a reedição de um período de embriaguez punitiva (pessoas inebriadas pela emoção e pelo medo), cuja pauta é a ressignificação desumana do ato de punir, com requintes cruelmente silenciosos (e sub-reptícios) de matança subjetiva e o esgarçamento de tais atos no bojo social (com a tolerância de muitos governos e instituições). Nessa perspectiva, na medida em que, discursivamente, esse sujeito não existe (é apenas uma “coisa”), há um salvo-conduto para não existir, também, pragmaticamente (descartabilidade da “coisa”).

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se dizer, enfim, que, inadvertidamente, muitas pessoas caminham na contramão dessas reflexões humanísticas e, uma vez abraçadas com o supracitado tipo de discurso falacioso e puritanamente maniqueísta, esquecem que podem ser as próximas vítimas da arbitrariedade estatal, aliás, são verdadeiras vítimas em potencial. Não lembram que estão criando a própria teia antidemocrática, para cair nas armadilhas construídas por elas mesmas. Ora, será se, por exemplo, os policiais acusados de autoria — ou participação — no famoso “Massacre do Carandiru” querem ter seus direitos aprioristicamente subtraídos, ou desejam a tutela democrática dos direitos humanos?

É importante ressaltar, então, que a invocação superestimada do logotipo pretensamente salvacionista da “segurança”, oportunisticamente usada como carro-chefe para legitimar a coisificação do inimigo declarado da “sociedade” — o preso —, não dessubjetiva apenas esse cômodo destinatário, haja vista que, consoante enfatiza Zaffaroni (2007, p. 20), “a priorização do valor segurança como certeza acerca da conduta futura de alguém, e mais ainda sua absolutização, acabaria na despersonalização de toda a sociedade”.

Apesar de bastante sedutor este discurso de histeria punitiva a qualquer custo, qualquer indivíduo está sujeito a ser indiciado e processa-

do criminalmente — de maneira justa ou injusta — e a última consequência que não se tolerará será o atropelo de direitos constitucionais ou a “despersonalização” da intrínseca condição de seres humanos.

É bom registrar a sapiência de Alves (2010, p. 33), quando se refere às sutilezas e armadilhas das propagandas comerciais (publicitárias), dizendo que “[...] A propaganda, na sua totalidade, é feita de enganos: lançam a isca para que as pessoas — peixes — abocanhem o anzol. [...] Não é possível pescar usando como isca um pedaço de ferro. Só é isca aquilo que a pessoa deseja. Peixe deseja minhoca... A internet está cheia de iscas.”

A sabedoria do poeta ensina, por conseguinte, que é preciso ter cuidado com a publicidade histórica da pena. As pessoas querem/desejam segurança (pretensão plenamente legítima). No entanto, constantemente, o pedaço de ferro (arbitrariedade e sonegação de direitos constitucionais) vem disfarçado de minhoca (discurso salvacionista que sacia, parcialmente, a fome de segurança). O anzol abocanhado é a construção gradual de um Estado Totalitário (cair na teia da própria armadilha), (re) alimentado por iscas cada vez mais enganosas. É a destruição silenciosa — e inicialmente consensual — da democracia e da liberdade.

Assim, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, alguém quer ser — ou sabe as consequências de ser — um experimento (cobaia) da “nota de culpa” de um “elemento”?

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALVES, Rubem. **Do universo à jabuticaba**. São Paulo: Planeta do Brasil, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Danos colaterais**: desigualdades sociais numa era global. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BOURDIEU, Pierre. **Contrafogos**: táticas para enfrentar a invasão neoliberal. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BRASIL. STF. **HC 91.952-9/SP**. Tribunal Pleno. Voto do Rel. Min. Carlos Ayres Britto. DJ 19/12/2008.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DIJK, Teun A. van. **Discurso e poder**. São Paulo: Contexto, 2010.

FELIPPE, Marcio Sotelo. Sotelo: Caligaris não tem direito de distorcer para legitimar tortura. **Viomundo**. Disponível em: <<http://www.viomundo.com.br/denuncias/marcio-sotelo-caligaris-nao-tem-o-direito-de-distorcer-a-informacao-sobre-tortura.html>>. Acesso em: 15 mar. 2013.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003 (texto original: 1973).

_____. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 38. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

FRANÇA, Leandro Ayres. **Inimigo ou a inconveniência de existir**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Constituição, Ministério Público e direito penal: a defesa do Estado Democrático no âmbito punitivo**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MALAGUTI BATISTA, Vera. **O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

RAMONET, Ignácio. **A tirania da comunicação**. 5. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008.

SALAH JUNIOR, Hassan Khaled. Por uma nova racionalidade jurídico-penal ou manifesto de insurgência contra o pensamento que anestesia o pensar. **Juris (FURG)**, Rio Grande do Sul, v. 13, p. 75-98. 2008.

SOUSA FILHO, Alípio de. **Medos, mitos e castigos**: notas sobre a pena de morte. São Paulo: Cortez, 1995.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA *REFORMATIO IN PEJUS* INDIRETA NAS DECISÕES PROFERIDAS PELO TRIBUNAL DO JÚRI

*André Gonzalez Cruz**

Resumo: O presente artigo tem por objetivo a análise da aplicabilidade do princípio da proibição da *reformatio in pejus* indireta nas sentenças do Tribunal do Júri, levando em consideração a soberania dos veredictos, a ampla defesa e o contraditório.

Palavras-chave: Aplicabilidade. Princípio da proibição da *reformatio in pejus* indireta. Tribunal do Júri. Soberania dos veredictos, ampla defesa e contraditório.

Abstract: This article aims to analyze the applicability of the prohibition of indirect peius reformatio in the sentences of the jury, taking into account the sovereignty of verdicts, the defense wide and contradictory.

Keywords: Applicability. Principle prohibiting reformatio in peius indirect. Jury. Sovereignty of verdicts, legal defense and contradictory.

Dentre os princípios gerais dos recursos, destaca-se o princípio da proibição da *reformatio in pejus*, ou da *ne reformatio in pejus*, o qual possui previsão no art. 617, parte final, do Código de Processo Penal, estabelecendo que o tribunal, câmara ou turma não poderão agravar a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença.

Isto significa que não se admite, em recurso exclusivo da defesa, a reforma da decisão, em grau de recurso, para pior, tanto do ponto de vista quantitativo quanto do ângulo qualitativo.

Tal conclusão se revela natural quando se analisa que a decisão transitou em julgado para a acusação e que não pode haver reconhecimento de nulidade, em prejuízo do réu, que não foi levantada em recurso

* Analista Ministerial e Assessor de Procurador de Justiça no Ministério Público do Estado do Maranhão.

acusatório, com fundamento na Súmula nº 160 do Supremo Tribunal Federal, quanto mais naquele pleiteado pela defesa e provido, não podendo isto lhe acarretar nenhum gravame.

Observe-se que o referido regramento somente fala em recurso de apelação. Todavia, é pacífico que qualquer que seja o recurso interposto somente pela defesa, com a inércia da acusação, como, por exemplo, no caso de um agravo de execução, é permitida a aplicação do princípio sob retina.

Atente-se ainda para o fato de que o dispositivo supracitado, de forma clara, induz à assertiva de que o recurso da acusação que prejudica o emprego do princípio da proibição da *reformatio in pejus* é aquele que requer o agravamento da pena do réu, mas não aquele interposto pelo Ministério Público, na condição de fiscal da lei, que pleiteia a redução ou o melhoramento da pena do acusado.

Assim, neste último caso, ainda que haja recurso do *Parquet*, é perfeitamente aplicável o princípio da proibição da *reformatio in pejus*, na medida em que, segundo os termos do recurso ministerial, inexistente pleito de agravamento da situação do réu.

Superado este registro, passa-se à questão muito mais interessante, qual seja a da possibilidade, ou não, de *reformatio in pejus* indireta: quando um tribunal, ao julgar recurso exclusivo da defesa, anula a sentença, determinando o envio dos autos ao juízo *a quo*, para que este profira outra em seu lugar, esta nova decisão fica limitada à que foi exarada no primeiro julgamento?

Existem duas correntes apresentando respostas para tal questionamento.

A primeira delas, majoritária, entende que o magistrado, quando vai prolatar a nova decisão, está proibido de agravar a situação do réu tanto com relação ao *quantum* da pena como no que diz respeito ao regime inicial de seu cumprimento, à possibilidade de conversão em restritiva de direitos, à quantidade destas últimas, etc.

Assim entende, por exemplo, Tourinho Filho (2004, p. 391):

Fala-se em “*reformatio in pejus*” indireta quando o Tribunal, após decretar a nulidade da sentença ou do processo, atendendo ao apelo exclusivo da Defesa, ao proferir a nova decisão o Juiz impõe pena mais

grave. Haveria uma “*reformatio in pejus*” indireta. Na verdade, se a sentença ou o processo foi anulado em decorrência do apelo do réu, não teria sentido pudesse aquela anulação, por ele pedida, acarretar-lhe prejuízo. O direito pretoriano, com os olhos voltados para o parágrafo único do art. 626, deu à proibição da *reformatio in pejus* um sentido mais abrangente. [...] Na verdade, se a decisão transitou em julgado para a Acusação, não havendo possibilidade de agravamento da pena, não teria sentido, diante de uma decisão do Tribunal anulando o feito, pudesse o Juiz, na nova sentença, piorar-lhe a situação. Do contrário os réus ficariam receosos de apelar e essa intimidação funcionaria como um freio a angustiar a interposição de recursos. Mesmo que, em face da nulidade decretada pelo Tribunal, entenda o Juiz, à vista do art. 383, dever dar ao fato qualificação jurídica diversa, nada poderá impedi-lo, conquanto não majore a pena. E a razão é simples: se o próprio Tribunal não tem essa faculdade, como se infere do art. 617, muito menos a instância inferior.

E outro não é o entendimento de Mirabete (2005, p. 713), *in verbis*:

Também é vedada a denominada *reformatio in pejus* indireta. Anulada uma decisão em face de recurso exclusivo da defesa, não é possível, em novo julgamento, agravar a sua situação. Como o Ministério Público se conformara com a primeira decisão, não apelando dela, não pode o juiz, após anulação daquela, proferir uma decisão mais severa contra o réu.

Já a segunda corrente, minoritária, entende no sentido da possibilidade de o juiz exarar sentença mais prejudicial ao acusado do que aquela anteriormente proferida, no primeiro julgamento, e anulada.

Rangel (2005, p. 750) assim raciocina pelos seguintes argumentos:

A uma, por falta de texto expreso proibindo o juiz de dar uma sentença com *quantum* superior à que foi dada no primeiro julgamento, pois o que se proíbe no art. 617 é a reforma para pior *pelo tribunal*

e não pelo juízo *a quo*. Assim, o que não é proibido é permitido. Aplica-se o princípio da legalidade. *A duas*, porque deve haver diferença entre a decisão recorrida (e anulada) e a decisão proferida no recurso. Ora, como haver diferença entre uma decisão que não mais existe (anulada) e a do recurso? Não se agrava aquilo a que a ordem jurídica não mais confere validade. Assim, agravar o nada é um não senso jurídico. *A três*, porque estar-se-ia emprestando força a uma decisão que desapareceu em detrimento de uma que é proferida em perfeita harmonia com a ordem jurídica. Seria o inválido sobrepondo-se ao válido, em verdadeira aberração. *A quatro*, porque o recurso, como vimos, é voluntário, ou seja, o réu recorre se quiser. Portanto, carrega o ônus do seu recurso com os resultados que lhe são previsíveis e possíveis: provimento, improvimento e não conhecimento.

O Supremo Tribunal Federal segue a primeira corrente desde 1971, quando julgou, por meio da sua 2ª Turma, o Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 48998/RS. Contudo, há de se colacionar abaixo julgado muito mais recente, *in verbis*:

Reformatio in pejus indireta: aplicação à hipótese de consumação da prescrição segundo a pena concretizada na sentença anulada, em recurso exclusivo da defesa, ainda que por incompetência absoluta da Justiça de que promanou. I. Anulada uma sentença mediante recurso exclusivo da defesa, da renovação do ato não pode resultar para o réu situação mais desfavorável que a que lhe resultaria do trânsito em julgado da decisão de que somente ele recorreu: é o que resulta da vedação da *reformatio in pejus* indireta, de há muito consolidada na jurisprudência do Tribunal. II. Aceito o princípio, é ele de aplicar-se ainda quando a anulação da primeira sentença decorra da incompetência constitucional da Justiça da qual emanou.¹

¹ Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, Habeas Corpus nº 75907/RJ, relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 11/11/1997, DJ de 09/04/1999.

Todavia, mais atraente ainda é a discussão acerca da aplicação do princípio da *ne reformatio in pejus* indireta nas sentenças do Tribunal do Júri, justamente o ponto central do presente estudo, porque, nesse caso, em evidência a garantia constitucional da soberania dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, “c”).

Se a decisão dos jurados fosse declarada nula em recurso somente da defesa, poderia o juiz-presidente, em nova condenação pelo Conselho de Sentença, proferir uma sentença mais prejudicial do que aquela anteriormente anulada?

Nesse ponto, ganhava mais adeptos a interpretação no sentido de que, por se ter em conflito um princípio constitucional, da soberania dos veredictos, e um princípio infraconstitucional, da *ne reformatio in pejus*, aquele, em face da hierarquia das normas constitucionais, deveria prevalecer.

O Superior Tribunal de Justiça pensava assim, *litteris*:

JURI. REFORMATIO IN PEJUS. INDIRETA. A PROIBIÇÃO DA DENOMINADA REFORMATIO IN PEJUS INDIRETA, POR DECORRER DE NORMA PROCESSUAL ORDINARIA, NÃO TEM A FORÇA E O ALCANCE PARA LIMITAR A SOBERANIA DO JURI, DE CARATER CONSTITUCIONAL, DE MODO A IMPEDIR O TRIBUNAL POPULAR DE IMPOR AO REU CONDENAÇÃO MAIS GRAVE DO QUE A CONTIDA EM SENTENÇA ANULADA, EM RECURSO DO REU. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. DECISÃO DO TRIBUNAL QUE, EMBORA INVOCANDO AQUELA PROIBIÇÃO, ORA PROCLAMADA INAPLICAVEL AOS JULGAMENTOS DO JURI, RETIFICOU, CONTUDO, A PENA DENTRO DE LIMITES PERMITIDOS (ART. 593, III, “C”; E PARAG. 2. DO CPP), SEM A MINIMA DIVERGENCIA COM AS RESPOSTAS DOS JURADOS, QUE PERMANECERAM INTACTAS DEPOIS DA QUESTIONADA RETIFICAÇÃO HIPOTESE EM QUE, SEM ADOTAR-SE A FUNDAMENTAÇÃO DO ACORDÃO, CONFIRMA-SE A SUA CONCLUSÃO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO MAS IMPROVIDO.²

² Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, Recurso Especial nº 35943/SP, relator Ministro Assis Toledo, julgado em 13/10/1993, DJ de 08/11/1993.

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. LESÃO LEVE. CONDENAÇÃO. RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO SOMENTE PELA DEFESA. ANULAÇÃO DO PROCESSO. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO COM BASE NA PENA IN CONCRETO. POSSIBILIDADE. VEDAÇÃO À *REFORMATIO IN PEJUS* INDIRETA. Ressalvadas as situações excepcionais como a referente à soberania do Tribunal do Júri, quanto aos veredictos, em regra a pena estabelecida, e não impugnada pela acusação, não pode ser majorada se a sentença vem a ser anulada, sob pena de violação do princípio da vedação da *reformatio in pejus* indireta (Precedentes do STF e do STJ). Writ concedido.³

Contudo, necessário frisar que isto somente era possível quando o Conselho de Sentença reconhecia uma circunstância não prevista no julgamento anterior, anulado, tendo em vista que o art. 617 do Código de Processo Penal tem correlação única com a atuação do magistrado e não com a decisão dos jurados.

Seguem julgados do Tribunal da Cidadania nesse sentido.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. JÚRI, VEDAÇÃO À *REFORMATIO IN PEJUS* INDIRETA. DOIS JULGAMENTOS. VEREDICTOS IDÊNTICOS. PENA IMPOSTA NO SEGUNDO MAIS GRAVOSA. IMPOSSIBILIDADE.

I - Ressalvadas as situações excepcionais como a referente à soberania do Tribunal do Júri, quanto aos veredictos, em regra a pena estabelecida, e não impugnada pela acusação, não pode ser majorada se a sentença vem a ser anulada, em decorrência de recurso exclusivo da defesa, sob pena de violação do princípio da vedação da *reformatio in pejus* indireta (Precedentes). II - Desse modo, e neste contexto, tem-se

³ Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, Habeas Corpus nº 82787/RS, relator Ministro Felix Fischer, julgado em 04/09/2007, DJ de 12/11/2007.

que uma vez realizados dois julgamentos pelo Tribunal popular devido à anulação do primeiro, e alcançados, em ambas oportunidades, veredictos idênticos, não poderá a pena imposta no segundo ser mais gravosa que a fixada no primeiro sob pena de *reformatio in pejus* indireta. Ordem concedida.⁴

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO. JÚRI. VEDAÇÃO À REFORMATIO IN PEJUS INDIRETA. TRÊS JULGAMENTOS. VEREDICTOS DISTINTOS QUANTO À INCIDÊNCIA DAS QUALIFICADORAS. PENA IMPOSTA NO TERCEIRO MAIS GRAVOSA. IMPOSSIBILIDADE. I - A regra que estabelece que a pena estabelecida, e não impugnada pela acusação, não pode ser majorada se a sentença vem a ser anulada, em decorrência de recurso exclusivo da defesa, sob pena de violação do princípio da vedação da *reformatio in pejus* indireta, não se aplica em relação as decisões emanadas do Tribunal do Júri em respeito à soberania dos veredictos (Precedentes). II - Desse modo, e neste contexto, tem-se que uma vez realizados três julgamentos pelo Tribunal popular devido à anulação dos dois primeiros, e alcançados, nas referidas oportunidades, veredictos distintos, poderá, em tese, a pena imposta no último ser mais gravosa que a fixada nos anteriores. III - Contudo, constatado que no último julgamento o recorrente restou condenado por crime menos grave (homicídio simples) se comparado com o anterior (homicídio duplamente qualificado), e que neste a pena-base foi aumentada devido, unicamente, a consideração de uma qualificadora como circunstância judicial desfavorável, revela-se injustificado o aumento imposto à pena-base, uma vez que, nesta hipótese, o princípio da vedação da *reformatio in pejus* indireta alcança o Juiz-Presidente do Tribunal do Júri. Recurso especial parcialmente provido.⁵

⁴ Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, Habeas Corpus nº 108333/SP, relator Ministro Felix Fischer, julgado em 16/06/2009, DJ de 08/09/2009.

⁵ Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, Recurso Especial nº 1132728/RJ, relator Ministro Felix Fischer, julgado em 26/08/2010, DJ de 04/10/2010.

Tourinho Filho (2004, p. 392) pensa dessa maneira:

E se se tratar de decisão proferida pelo Tribunal do Júri? A nosso juízo parece, em face da soberania dos veredictos, pode o Conselho de Sentença proferir decisão que agrave a situação do réu. Por exemplo: acolher qualificadora, antes não reconhecida; condenar por homicídio simples, quando no anterior julgamento foi reconhecido o privilégio. Contudo, se no novo júri o Conselho de Sentença mantiver o entendimento anterior, não poderá o Juiz-Presidente agravar a pena. Aí, sim, se ele pudesse fazê-lo haveria uma *reformatio in pejus* indireta. Se no julgamento anterior o Júri admitiu, apenas, o homicídio simples, sem qualquer agravante, e o Juiz lhe impôs a pena de seis anos, no segundo julgamento, sendo a decisão absolutamente idêntica, nada justifica possa o Presidente do Tribunal do Júri agravar-lhe a pena, sob a alegação de que o Júri é soberano. Soberana é a decisão dos jurados e não a pena aplicada pelo Juiz-Presidente.

Assim também é o entendimento de Mirabete (2005, p. 713-714), *in verbis*:

Não pode a lei ordinária impor-lhe limitações que lhe retirem a liberdade de julgar a procedência ou a improcedência da acusação, bem como a ocorrência, ou não, de circunstâncias que aumentem ou diminuam a responsabilidade do réu, em virtude de anulação de veredicto anterior por decisão da Justiça togada. Isso implica dizer que tem o novo Júri, nos limites da pronúncia e do libelo, a liberdade de responder diferentemente do anterior aos quesitos que lhe são apresentados, podendo agravar a situação do réu. Nos termos do art. 617, somente o Juiz Presidente está proibido de aumentar a pena se o novo Júri responder da mesma forma que o primeiro quanto ao crime e às circunstâncias influentes da pena. Não está em

jogo, nessa hipótese, a soberania do Júri, devendo curvar-se o Juiz Presidente ao ditado pelo mencionado dispositivo.

E nem se diga que o Supremo Tribunal Federal pensava de forma diferente, como revelado abaixo.

- HABEAS CORPUS. REFORMATIO IN PEIUS INDIRETA. - A REFORMATIO IN PEIUS INDIRETA NÃO TEM APLICAÇÃO PARA LIMITAR A SOBERANIA DO TRIBUNAL DO JÚRI DECORRENTE DE PRECEITO CONSTITUCIONAL. NÃO PODE, POIS, A LEI ORDINARIA IMPOR-LHE LIMITAÇÕES QUE LHE RETIREM A LIBERDADE DE JULGAR A PROCEDENCIA OU A IMPROCEDENCIA DA ACUSAÇÃO, BEM COMO A OCORRENCIA, OU NÃO, DE CIRCUNSTANCIAS QUE AUMENTEM OU DIMINUAM A RESPONSABILIDADE DO RÉU, EM VIRTUDE DE ANULAÇÃO DE VEREDICTO ANTERIOR POR DECISÃO DA JUSTIÇA TOGADA. ISSO IMPLICA DIZER QUE TEM O NOVO JÚRI, NOS LIMITES DA PRONUNCIA E DO LIBELO, A LIBERDADE DE RESPONDER DIFERENTEMENTE DO ANTERIOR AOS QUESITOS QUE LHE SÃO APRESENTADOS. - SE, POREM, O NOVO JÚRI, CORRIGIDA A DEFICIÊNCIA DE QUESITOS QUE PODERIA TER PREJUDICADO O RÉU (E, POR ISSO, O JULGAMENTO DO PRIMEIRO FOI ANULADO), VIER A RESPONDER DA MESMA FORMA POR QUE O PRIMEIRO RESPONDEU QUANTO AO CRIME E AS CIRCUNSTANCIAS INFLUENTES NA PENA, NÃO PODERA O JUIZ, POR CAUSA DO ENTENDIMENTO DE QUE É PROIBIDA A REFORMATIO IN PEIUS INDIRETA E DA INEXISTÊNCIA, AI, DO ATRIBUTO DA SOBERANIA DO JÚRI, EXASPERAR A PENA, POR DOSA-LA DIFERENTEMENTE DO QUE, EM FACE DAS MESMAS RESPOSTAS, A DOSARA A SENTEN-

ÇA ANTERIOR. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.⁶

HABEAS CORPUS - TRIBUNAL DO JÚRI - *REFORMATIO IN PEJUS* INDIRETA - RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA - EXASPERAÇÃO DA PENA DETERMINADA PELO JUIZ-PRESIDENTE - INADMISSIBILIDADE - PEDIDO DEFERIDO. - O Juiz-Presidente do Tribunal do Júri, quando do segundo julgamento, realizado em função do provimento dado a recurso exclusivo do réu, não pode aplicar pena mais grave do que aquela que resultou da anterior decisão, desde que estejam presentes - reconhecidos pelo novo Júri - os mesmos fatos e as mesmas circunstâncias admitidos no julgamento anterior. Em tal situação, aplica-se, ao Juiz-Presidente, a vedação imposta pelo art. 617 do CPP.⁷

Acredita-se, de há muito, que equivocado tal entendimento.

Isto porque não procede a assertiva de que se tem conflito entre o princípio constitucional da soberania dos veredictos e o princípio infra-constitucional da proibição da *reformatio in pejus*, pois este tem sim respaldo também constitucional, na garantia da ampla defesa e do contraditório.

É bem verdade que, consoante Oliveira (2004), o Código de Processo Penal pátrio, inspirado na legislação processual penal italiana produzida na década de 1930, em pleno regime fascista, foi elaborado com bases notoriamente autoritárias, por razões óbvias e de origem. Todavia, a ordem jurídica instalada com a Constituição Federal de 1988 trouxe uma nova perspectiva para o processo penal brasileiro, com o aparecimento de vários estudos a respeito desse novo processo penal constitucional.

Analisando a questão, Cintra, Grinover e Dinamarco (1999, p. 78) pontuam:

É inegável o paralelo existente entre a disciplina do processo e o regime constitucional em que o pro-

⁶ Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 66274/RJ, relator Ministro Moreira Alves, julgado em 17/05/1988, DJ de 26/08/1988,

⁷ Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, Habeas Corpus nº 73367/MG, relator Ministro Celso de Mello, julgado em 12/03/1996, DJ de 29/06/2011.

cesso se desenvolve. Antigos e conceituados doutrinadores já afirmavam que o direito processual não poderia florescer senão no terreno do liberalismo e que as mutações do conceito de ação merecem ser estudadas no contraste entre liberdade e autoridade, sendo dado destaque à relação existente entre os institutos processuais e seus pressupostos políticos e constitucionais. Hoje acentua-se a ligação entre processo e Constituição no estudo concreto dos institutos processuais, não mais colhidos na esfera fechada do processo, mas no sistema unitário do ordenamento jurídico: é esse o caminho, foi dito com muita autoridade, que transformará o processo, de simples instrumento de justiça, em garantia de liberdade. Todo o direito processual, como ramo do direito público, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional, que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e a declaração do direito objetivo, que estabelece alguns princípios processuais; e o direito processual penal chega a ser apontando como o direito constitucional aplicado às relações entre autoridade e liberdade. Mas além de seus pressupostos constitucionais, comuns a todos os ramos do direito, o direito processual é fundamentalmente determinado pela Constituição em muitos de seus aspectos e institutos característicos.

Todavia, foi o próprio Oliveira (2004, p. 8) quem melhor descreveu o tema:

Se a perspectiva teórica do CPP era nitidamente autoritária, prevalecendo sempre a preocupação com a segurança pública, a Constituição da República de 1988 caminhou em direção diametralmente oposta. Enquanto a legislação codificada pautava-se pelo princípio da culpabilidade e da periculosidade do agente, o texto constitucional instituiu um sistema de amplas garantias individuais, a começar pela afirmação da situação jurídica de quem ainda não

tiver reconhecida a sua responsabilidade penal por sentença condenatória passada em julgado: ninguém poderá ser considerado culpado senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5º, LVII). A mudança foi radical. A nova ordem passou a exigir que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação da lei penal, mas, além e mais do que, que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado.

E o supramencionado autor lamenta, ainda, o fato de que a onda policiaesca do Código de Processo Penal produziu uma vasta geração de juristas e de aplicadores do Direito que mostram alguma dificuldade em se desvencilhar dessas antigas amarras que deram ensejo ao dito diploma, provenientes de uma cultura fascista e autoritária, a qual teve seu nascedouro, como frisado anteriormente, no regime italiano da década de 1930.

Destarte, a questão da possibilidade ou não de o juiz-presidente, no caso em que a decisão do Tribunal do Júri tiver sido declarada nula em recurso exclusivo do réu, em nova condenação pelo Conselho de Sentença, proferir uma sentença mais prejudicial do que aquela anteriormente anulada, deve ser analisada à luz do princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório.

Ora, se a acusação já se deu por satisfeita com a condenação proferida, seja no aspecto quantitativo, seja no qualitativo, e dessa decisão somente recorre o acusado, não se pode imaginar que desse inconformismo possa sobrevir situação pior ao réu.

Este é o entendimento de Nucci (1999), o qual afirma que o Tribunal do Júri é livre para decidir, no segundo julgamento, se incide qualificadora que não havia sido reconhecida antes, na decisão anulada. Todavia, adverte que, caso o juiz-presidente veja que, pela incidência dessa causa de aumento, a nova pena será fixada em patamar maior do que a anterior, que foi tornada nula em grau de recurso, deverá reduzi-la, objetivando atingir o patamar primário, obedecendo ao princípio da *ne reformatio in pejus* indireta.

A mudança de posição por parte dos tribunais superiores brasileiros parecia cristalina quando o Supremo Tribunal Federal editou, na sessão plenária de 24/09/2003, a Súmula nº 716, abaixo alinhavada, muito embora existissem decisões nesse sentido de longa data.

Súmula 716. Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Dessa forma, assentada a possibilidade de acusados gozarem dos benefícios da Lei de Execução Penal ainda quando suas condenações não tivessem transitado em julgado, a teor do art. 2º, parágrafo único, do referido diploma.

Isto porquanto não era raro que réus tivessem que desistir de seus recursos, ou sequer manejá-los, para poder usufruir dos benefícios daquela legislação, em notória violação aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, ou para, até mesmo, após a prolação da sentença condenatória, cumprir o disposto na condenação, o que, na grande parte das vezes, afigurava-se melhor do que a situação vivida durante a pendência do julgamento dos recursos, em especial no que diz respeito ao regime inicial de cumprimento da reprimenda.

Tal raciocínio tornava imperiosa a mudança de entendimento ainda quanto à questão da proibição da *reformatio in pejus* indireta nas sentenças do Tribunal do Júri, pois, da maneira como estava, existia evidente desmotivação para a utilização do duplo grau de jurisdição, na medida em que havia a possibilidade de agravamento, com uma penalidade maior do que aquela prevista na decisão anulada pelo tribunal.

Contudo, isto somente veio a acontecer no Pretório Excelso, através da sua 2ª Turma, no dia 14/04/2009, nos autos do Habeas Corpus nº 89544/RN, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, cuja ementa segue abaixo.

ACÇÃO PENAL. Homicídio doloso. Tribunal do Júri. Três julgamentos da mesma causa. Reconhecimento da legítima defesa, com excesso, no segundo julgamento. Condenação do réu à pena de 6 (seis) anos de reclusão, em regime semi-aberto. Interposição de recurso exclusivo da defesa. Provimento para cassar a decisão anterior. Condenação do réu, por homicídio qualificado, à pena de 12 (doze) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, no terceiro julgamento. Aplicação de pena mais grave. Inadmissibilidade. Reformatio in peius indireta. Carac-

terização. Reconhecimento de outros fatos ou circunstâncias não ventilados no julgamento anterior. Irrelevância. Violação conseqüente do justo processo da lei (due process of law), nas cláusulas do contraditório e da ampla defesa. Proibição compatível com a regra constitucional da soberania relativa dos veredictos. HC concedido para restabelecer a pena menor. Ofensa ao art. 5º, incs. LIV, LV e LVII, da CF. Inteligência dos arts. 617 e 626 do CPP. Anulados o julgamento pelo tribunal do júri e a correspondente sentença condenatória, transitada em julgado para a acusação, não pode o acusado, na renovação do julgamento, vir a ser condenado a pena maior do que a imposta na sentença anulada, ainda que com base em circunstância não ventilada no julgamento anterior.

A supracitada questão restou pacificada no Pretório Excelso quando a sua 1ª Turma assim decidiu nos autos do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 103170/RS, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, julgado em 15/03/2011, adiante ementado.

Recurso ordinário em habeas corpus. Paciente condenado a 26 anos de reclusão por duplo crime de homicídio simples. Continuidade delitiva não configurada. Necessidade de unidade de desígnios. Reexame de fatos e provas. Imprópria a via estreita do habeas corpus. Pena-base. Dosimetria. Nulidade. Inexistência. Recurso não provido. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Inclusão de qualificadora como circunstância agravante da pena. Recurso exclusivo da defesa. Exasperação da pena determinada pelo Juiz-Presidente. Inadmissibilidade. Ocorrência de *reformatio in pejus*. Ordem concedida de ofício. 1. A via estreita do habeas corpus é inadequada para a incursão em aspectos fáticos ou para promover dilação probatória tendente a comprovar a existência dos requisitos objetivos e subjetivos para o reconhecimento da continuidade delitiva. Precedentes. 2. Esta Corte tem adotado orientação pacífica segundo

a qual não há nulidade na decisão que majora a pena-base considerando-se as circunstâncias judiciais desfavoráveis. 3. O Juiz-Presidente do Tribunal do Júri, quando de terceiro julgamento, realizado em função do provimento dado a recurso exclusivo do réu por ocasião do primeiro julgamento, não pode incluir e quesitar circunstância agravante que per se qualificaria o crime de homicídio pelo qual o réu foi denunciado sem que tivesse ela sido mencionada na denúncia, na pronúncia e no libelo-crime acusatório. Impossibilidade de aplicação de pena mais grave do que aquela que resultou de anterior decisão anulada, uma vez que presentes os mesmos fatos e as mesmas circunstâncias admitidos no julgamento anterior. Em tal situação, aplica-se ao Juiz-Presidente a vedação imposta pelo art. 617 do CPP. Precedentes. 4. Recurso ordinário a que se nega provimento. Ordem concedida de ofício.

Nesse ponto, cumpre assinalar que o Superior Tribunal de Justiça, mais uma vez andou a reboque do Pretório Excelso, o que se tem visto com uma certa frequência em matéria penal. Todavia, demorou muito para tanto, só reconhecendo a aplicabilidade do princípio da *ne reformatio in pejus* indireta no Tribunal do Júri no dia 12/06/2012, no Habeas Corpus nº 205616/SP, de relatoria do Ministro Og Fernandes, julgado pela 6ª Turma daquela Corte, cujo voto condutor reconheceu expressamente a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 89544/RN como a acertada para a hipótese sob vertente.

Nesse mesmo sentido, em seguida, decidiu a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça nos autos do Habeas Corpus nº 230194/ES, de relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, e nos autos do Habeas Corpus nº 228856/SP, de mesma relatoria.

Contudo, necessário pontuar ainda que a 5ª Turma do Tribunal da Cidadania vem decidindo pela inaplicabilidade do princípio da *ne reformatio in pejus* indireta no Tribunal do Júri, não se alinhando à nova interpretação da própria Corte, através da sua 6ª Turma, e do Pretório Excelso, conforme pontuado no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1290847/RJ, relatado pela Ministra Laurita Vaz, e, ainda, no bojo do Habeas Corpus nº 174564/RS, relatado pelo Ministro Jorge Mussi.

Acredita-se que os Ministros que compõem a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, na verdade, desconhecem a interpretação da 6ª Turma da mesma Corte e das duas Turmas do Supremo Tribunal Federal, na medida em que, nas suas manifestações, sequer gastam uma linha para rebater a posição contrária, fato que implicaria, ao menos, no registro do conhecimento daquela posição.

Destarte, constata-se que deva ocorrer a uniformização da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca da questão, pela sua 3ª Seção, nos termos do art. 12, IX, c/c art. 2º, § 4º, ambos do Regimento Interno desta Corte, aduzindo a aplicabilidade clara do princípio da proibição da *reformatio in pejus* indireta nas sentenças do Tribunal do Júri, forte nos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Caso isto não aconteça, invariavelmente acontecerão injustiças, não por este ou aquele entendimento ser o mais correto, mas sim pelo fato de que poucos são aqueles que possuem condições para provocar a atuação do Supremo Tribunal Federal, que tem, atualmente, posição favorável aos acusados, tendente à consolidação com o tempo.

REFERÊNCIAS

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. São Paulo: Atlas, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Júri: princípios constitucionais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.

VIOLÊNCIA DE GÊNERO E POLÍTICAS PÚBLICAS A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR COMO QUESTÃO DE INTERESSE PÚBLICO

*Isla Caroline Barbare Leite**

Resumo: Analisa-se neste artigo, a importância da Lei 11.340/06 no que concerne ao enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher. Neste contexto, serão destacados os mecanismos específicos para coibir este tipo de violência, os quais foram criados para enfrentar um problema decorrente da sensação de impunidade que a legislação anterior trazia ao cotidiano das vítimas deste tipo de violação aos direitos humanos. Será ressaltado ainda o especial papel do Estado quanto à necessidade de criação de políticas que visem à proteção das mulheres, visando seu empoderamento.

Palavras-chave: Gênero. Violência doméstica e familiar. Lei 11.340/06. Políticas públicas.

Abstract: Analyzes in this article, the importance of the Law 11.340/06 regarding the confrontation of domestic violence against women. In this context, we will highlight the specific mechanisms to curb this type of violence, which were created to address a problem arising from the sense of impunity that previous legislation brought to the everyday life of victims of such human rights violations. Will be emphasized also the special role of the state on the need to create policies aimed at protecting women, seeking their empowerment.

Keywords: Gender. Domestic and family violence. Law 11.340/06. Public policies.

1 INTRODUÇÃO

A violência doméstica e familiar contra a mulher se tornou uma preocupação social a partir dos movimentos feministas das décadas de 60

* Graduada em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Pós-Graduada em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera-UNIDERP, em convênio com a Rede de Ensino LFG. Advogada, porém impedida temporariamente de exercer a advocacia, e Assessora Técnica IV no Ministério Público do Estado do Maranhão - Procuradoria Geral de Justiça.

e 70, período no qual os estudos desenvolvidos, sobretudo referentes ao direito à autonomia da mulher, levaram à denúncia da dominação masculina e ao exame das relações dela resultantes, assim, trazendo ao debate a hierarquia entre homens e mulheres.

A luta feminista foi incessante desde então, pois, ainda que o princípio da igualdade, formalmente considerada, tenha se consolidado com as Revoluções Burguesas do final do século XVIII, e esteja efetivamente presente no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição Republicana de 1891 (§ 2º do art. 72), a igualdade legal entre homens e mulheres, na prática, se transforma em desigualdade.

A verdade é que o passo mais importante do Brasil em relação à concreção das disposições da Constituição Federal da República e dos instrumentos internacionais de proteção aos direitos das mulheres endossados pelo país foi, indubitavelmente, a promulgação da Lei 11.340/06. Embora em seu texto não haja nenhuma alusão à pessoa de Maria da Penha Maia Fernandes, essa lei, tão logo editada, passou a ser popularmente conhecida como Lei Maria da Penha.

O motivo que levou a essa denominação remonta ao ano de 1983, quando a farmacêutica cearense Maria da Penha Maia Fernandes sofreu uma tentativa de homicídio enquanto dormia. Na ocasião, Marco Antônio Heredia Viveiros, após ter dado um tiro na esposa pelas costas, ainda tentou simular um assalto. Como resultado da agressão, Maria da Penha ficou paraplégica, haja vista que o tiro que a acertou atingiu a terceira e a quarta vértebras de sua coluna. Dias depois do episódio, Maria da Penha tornou a sofrer violência por parte do marido, que tentou matá-la novamente, dessa vez por eletrocução durante um banho.

Segundo Cunha e Pinto (2007, p. 12), embora Marco Antônio Heredia Viveiros negasse a autoria do primeiro ataque, as provas obtidas no inquérito policial o incriminavam, sendo suficientes para embasar a denúncia ofertada pelo Ministério Público, em 1984. Ademais, fora apurado durante as investigações que ele havia agido com premeditação, pois teria tentado convencer sua esposa a fazer um seguro de vida, além de, cinco dias antes do atentado, obrigá-la a assinar um documento de venda de seu carro sem que no contrato constasse o nome do comprador.

No entanto, apenas no ano de 1996, a Justiça do Estado do Ceará condenou Marco Antônio a dez anos e seis meses de prisão, dos quais o mesmo cumpriu somente dois anos da pena em regime fechado. Foi ape-

nas em 2002, após aproximadamente 20 anos da tentativa de homicídio, que Marco Antônio Heredia Viveiros foi efetivamente preso.

Ademais, antes disso, com a repercussão do fato, o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL)¹ e o Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM)², em conjunto com a vítima, formalizaram uma denúncia, em 1998, e encaminharam à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

Ocorre que, até a apresentação da petição, que se baseou principalmente na Convenção de Belém do Pará, perante a Organização dos Estados Americanos (OEA), o caso Maria da Penha ainda não havia alcançado uma decisão final, tendo como resultado a permanência do réu em liberdade, haja vista a omissão e negligência do Poder Judiciário brasileiro.

O Brasil sequer respondeu à denúncia perante a CIDH, que solicitou a manifestação do país por três ocasiões, em 1998, 1999 e em 2000. Diante da inércia, a CIDH, através do Relatório nº. 54, de 16 de abril de 2001, responsabilizou o Brasil por tolerância à violência doméstica contra as mulheres, em razão, principalmente, da morosidade da justiça e da ausência de concreção das disposições constantes nas ratificadas convenções sobre direitos humanos pelo país. A Comissão foi firme em asseverar que “trata-se de uma tolerância de todo o sistema, que não faz senão perpetuar as raízes e fatores psicológicos, sociais e históricos que mantêm e alimentam a violência contra a mulher”. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2011).

O Relatório nº. 54 representou um incentivo para que se estabelecesse um debate sobre o tema da violência doméstica e familiar contra a mulher no Brasil, bem como foi essencial para o advento da Lei nº 11.340/06. Dentre as recomendações, destaca-se: “a adoção de políticas públicas voltadas à prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher”.

Paralelamente à discussão do caso de Maria da Penha perante a CIDH, o movimento organizado por mulheres, a partir da constatação da

¹ O CEJIL é uma entidade não-governamental fundada em 1991, tendo por objetivo a defesa e promoção dos direitos humanos junto aos Estados participantes da OEA.

² O CLADEM é constituído por um grupo de mulheres empenhadas na defesa dos direitos humanos das mulheres na região da América Latina e Caribe.

posição de indiferença por parte dos poderes constituídos em relação ao fenômeno da violência de *gênero* contra a mulher, se propôs a elaborar um anteprojeto de lei que atendesse ao compromisso constitucional de coibir a violência no âmbito das relações familiares (art. 226, § 8º, da CRFB/88), bem como aos preceitos constantes nos instrumentos internacionais de direitos humanos firmados pelo Brasil, em especial a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher de 1979, a Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993, e a Convenção de Belém do Pará de 1994.

O texto da Lei 11.340/06 foi resultado de intensos debates ocorridos a partir de 2002, momento no qual um Consórcio de ONGs³ iniciou uma sequência de reuniões que tinham por objetivo analisar os projetos de lei em tramitação nas Casas Legislativas e de avaliar a legislação vigente na América Latina, a fim de alcançar uma solução adequada às particularidades brasileiras.

Lavigne (2009, p. 169) explica que, a partir da primeira reunião do Consórcio, em 2002, algumas conclusões foram alcançadas, quais sejam:

[...] rejeitar a Lei 9.099/1995 no que se refere à violência doméstica cometida contra as mulheres, dado que esta não é de “menor potencial ofensivo”; elaborar um anteprojeto de lei sobre violência contra as mulheres que incorpore a preocupação com as vítimas, incluindo medidas de proteção; debater esse anteprojeto com o movimento de mulheres, com parlamentares e membros da magistratura, dentre outros atores sociais.

A partir desses objetivos, o anteprojeto elaborado passou a propor medidas que, entre outras, dispunham sobre a criação de uma política

³ Barsted (2007, p. 130) listou as entidades que participaram do Consórcio de ONGs em seu estudo denominado “A Resposta legislativa à violência contra as mulheres no Brasil”, quais sejam: Cepia, Cfemea, Agende, Advocaci, Cladem/Ipê, e Themis. A autora asseverou que o grupo contou com a participação de importantes juristas, como Rosane Lavigne (defensora pública), Leilah Borges da Costa (advogada), Ela Wiecko de Castilho (procuradora federal), e Leticia Massula (advogada). Durante a tramitação do projeto de lei que deu origem à Lei Maria da Penha, outras ONGs, pesquisadoras, operadores do direito e militantes feministas contribuíram com o processo de aprovação da lei.

em âmbito nacional voltada ao combate da violência contra a mulher, sobre medidas de proteção e prevenção às vítimas, e sobre a criação de serviços públicos de atendimento multidisciplinar (CENTRO FEMINISTA DE ESTUDOS E ASSESSORIA, 2011).

Por se tratar de uma lei de iniciativa do Poder Executivo Federal, em 2003 o anteprojeto preparado foi, então, levado a debate com representantes da Secretaria Especial de Políticas para Mulheres da Presidência da República (SPM) e da Câmara dos Deputados. Segundo Lavigne (2009, p. 189), “a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres – SPM provocou a expansão do debate do referido projeto, para agregar novos representantes, institucionalmente implicados na complexa questão de prevenir e combater a violência doméstica”.

Aproximadamente dois anos após o início dos trabalhos que subsidiaram a elaboração da nova lei, em abril de 2004, o Poder Executivo Federal, através do Decreto Presidencial nº. 5.030/04 instituiu o Grupo de Trabalho Interministerial para “elaborar proposta de medida legislativa e outros instrumentos para coibir a violência doméstica contra a mulher” (BRASIL, 2011a).

O Grupo de Trabalho Interministerial promoveu amplas reuniões e debates com vários setores da sociedade e com órgãos de governo envolvidos na temática da violência de *gênero*. No entanto, após as contendas teóricas, a SPM encaminhou para a Câmara dos Deputados, em 25 de novembro de 2004, o PL 4.559, o qual manteve a competência do JECrim para o processamento dos crimes de violência doméstica, o que descaracterizou, portanto, a proposta original apresentada pelo Consórcio de ONGs.

Contudo, essa divergência quanto à possibilidade de vedação da aplicação da Lei dos Juizados Especiais no texto da nova lei somente poderia ser dirimida no âmbito legislativo. E foi o que de fato ocorreu, quando, na Comissão de Seguridade Social e da Família da Câmara dos Deputados, por meio da Deputada Jandira Feghali, foi apresentado um Substitutivo ao PL 4.559/04 para retirá-lo do âmbito de incidência da Lei 9.099/95. No concernente a isso, Barsted (2007, p. 134-135) ensina que:

Esse Substitutivo ao PL 4.559/04, que contou com integral apoio da SPM, foi aprovado nas Comissões de Seguridade e Família, Finanças e Tributação e Cons-

tituição, Justiça e Cidadania (CCJC) e, finalmente, no Plenário da Câmara dos Deputados. No Senado Federal, sob o nº. PLC 37/2006, o Projeto de Lei teve como relatora a senadora Lúcia Vânia, que endossou e aperfeiçoou seu texto. Prosseguindo com as articulações no Senado, o PLC 37/06 tramitou em regime de urgência e foi aprovado em Plenário em agosto de 2006.

Durante a tramitação do projeto de lei no Congresso Nacional, uma pesquisa de opinião foi executada por intermédio da Secretaria de Pesquisa e Opinião do Senado Federal (BRASIL, 2011d), a qual verificou que 95% das brasileiras entrevistadas considerou importante ou muito importante a criação de uma legislação específica para a proteção da mulher. A pesquisa mostrou ainda que havia um consenso entre as mulheres no sentido de reconhecer a necessidade de uma intervenção do Estado nesse assunto, pois era preciso “consolidar um conjunto de normas que visem à proteção da mulher contra abusos e violências domésticas”.

Nesse contexto, a Lei 11.340, sancionada em 7 de agosto de 2006, surgiu como expressão de democracia, haja vista que as discussões promovidas pelo Consórcio de ONGs, pelo Grupo de Trabalho Interministerial e pelo Poder Legislativo Nacional alcançaram também a população ao longo do processo de discussão e incremento do projeto de lei através de pesquisas de opinião, bem como de audiências públicas realizadas em assembleias legislativas de todas as regiões do país.

A Lei Maria da Pena representou o estabelecimento de normas de caráter repressivo, assistencial e protetivo destinadas às mulheres em situação de violência doméstica, familiar ou decorrente de relação íntima de afeto. Essa proteção constante na lei deriva da condição de hipossuficiência da mulher diante do contexto familiar e da necessidade de intervenção do Estado nesse quadro, no sentido de buscar o equilíbrio das relações de poder entre homens e mulheres no âmbito das relações privadas.

Assim, o novo texto normativo (BRASIL, 2007, p. 8) reafirma a extensão dos direitos fundamentais às mulheres, reconhecendo que toda mulher goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, “sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social” (artigo 2º da Lei 11.340/06). Segundo Hermann (2008, p. 88-93):

Conquanto representem conquistas da humanidade, os direitos humanos estão sujeitos a crises e retrocessos [...] o que torna explicável a busca constante de perpetuação evolutiva traduzida nos muitos instrumentos internacionais que abordam e regulam o tema, bem como na necessidade de garanti-los nas ordens democráticas internas, [...] no ordenamento jurídico protetivo de categorias hipossuficientes. [...] em verdade, a condição fática e concreta da mulher ainda não corresponde à regulação constitucional, principalmente no plano das relações domésticas e/ou familiares, o que torna oportuna e coerente a reafirmação da igualdade entre os gêneros, almejada pela mulher ao longo da história.

Souza (2009, p. 37) lembra que o legislador teve intenção de registrar que a mulher, enquanto ser humano igual ao homem, possui os mesmos direitos reconhecidos em favor deste. Com isso, houve “a reiteração em norma infraconstitucional, daquilo que a Constituição já prevê, mas que a prática indica que não se costuma cumprir”. Assim, com essa legislação, vislumbrou-se o alcance não de uma igualdade meramente formal, mas de um tratamento isonômico, em respeito às desigualdades.

Segundo Rousseau (apud SILVA, 2004, p. 211), as desigualdades podem ser basicamente de duas naturezas. Uma que é estabelecida pela natureza, chamada desigualdade física ou natural; e outra, a chamada desigualdade moral ou política, que é estabelecida, ou ao menos autorizada, pelo consentimento dos homens, “consistindo nos diferentes privilégios que uns gozam em detrimento dos outros, como serem [...] mais poderosos”. A desigualdade baseada no *gênero*, portanto, se refere a este último tipo de desigualdade, haja vista que o conceito de *gênero* é socialmente construído através da forma pela qual os grupos sociais atribuem valor às diferenças percebidas (principalmente físicas e biológicas) entre homens e mulheres.

Nessa esteira, Saffioti (2004, p. 77-78) assevera que:

A rigor [...] os corpos são *gendrados*, recebem um *imprint* do *gênero*. Donde ser necessária uma especial releitura dos direitos humanos, de modo a con-

templar as diferenças entre homens e mulheres, sem perder de vista a aspiração à igualdade social e a luta para a obtenção de sua completude. A consideração das diferenças só faz sentido no campo da igualdade. Nesse sentido, o par da diferença é a identidade, enquanto que o da igualdade é a desigualdade, sendo esta que se precisa eliminar.

Nesse diapasão, segundo Porto (2007, p. 20): “a concretização da igualdade de gêneros se constitui, sem sombra de dúvidas em um direito humano basilar cuja ausência é conseqüência da mutilação ou inocuidade de vários outros direitos humanos dele decorrentes”. O doutrinador acrescenta:

[...] a inserção da igualdade no quadro dos direitos humanos carrega alterações à própria concepção precedente de liberdade que caracterizava os direitos de primeira dimensão. [...] No horizonte da segunda dimensão dos direitos humanos, **a liberdade não é uma liberdade burguesa individualista, mas uma liberdade adjetivada pela isonomia material, que amplia os horizontes de realização pessoal, derrubando obstáculos situados no preconceito e na discriminação.** É neste panorama que o Estado Democrático de Direito deve perseguir obstinadamente a homogeneidade social, sem a qual nenhuma liberdade será efetiva, posto que remanesçam “buracos negros” de opressão, servilismo, discriminação, exploração que, como se sabe, são antagonistas da liberdade. **Forçoso, então, admitir a desigualdade como pressuposto para a sua desconstrução.** (PORTO, 2007, p. 20, grifo nosso).

Vale destacar o que afirmaram Piovesan e Pimentel (2011) no concernente à questão da constitucionalidade da Lei 11.340/06, quando se completou o primeiro ano de sua vigência.

Se, para a concepção formal de igualdade, esta é tomada como pressuposto, como um dado e um ponto de partida abstrato, para a concepção material de igualdade, esta é tomada como um resultado ao qual se pretende chegar [...]. A ótica material objetiva

construir e afirmar a igualdade com respeito à diversidade e, assim sendo, o reconhecimento de identidades e o direito à diferença é que conduzirão à uma plataforma emancipatória e igualitária. Estudos e pesquisas revelam a existência de uma desigualdade estrutural de poder entre homens e mulheres e grande vulnerabilidade social das últimas, muito especialmente na esfera privada de suas vidas. Daí a aceitação do novo paradigma que, indo além dos princípios éticos universais, abarque também princípios compensatórios das várias vulnerabilidades sociais. Neste contexto, a “Lei Maria da Penha”, ao enfrentar a violência que de forma desproporcional acomete tantas mulheres, é instrumento de concretização da igualdade material entre homens e mulheres, conferindo efetividade à vontade constitucional, inspirada em princípios éticos compensatórios.

A Lei Maria da Penha surgiu, então, para proclamar a obrigatoriedade de medidas que contribuam para o exercício efetivo dos direitos humanos por parte das mulheres, pois a violência de gênero se configura como um obstáculo para o exercício dos direitos fundamentais pelas suas vítimas, sendo um óbice para o desenvolvimento de suas potencialidades enquanto ser humano.

2 A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR COMO QUESTÃO DE INTERESSE PÚBLICO

A entrada em vigor da Lei 11.340/06 criou no ordenamento jurídico pátrio mecanismos especiais para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher a partir da simplificação, integração e aperfeiçoamento dos procedimentos referentes ao atendimento das vítimas e à punição do autor da violência. Com isso, a denominada Lei Maria da Penha passou a repercutir em vários ramos do direito, não se constituindo em um diploma exclusivamente penal, e apresentando disposições com impactos no direito penal, processual penal, de execução penal, civil, processual civil, trabalhista e administrativo, além de prever princípios gerais a serem seguidos.

No entanto, apesar de sua evidente interferência em diversas esferas do direito, a verdade é que, na prática, o que se verifica é que o foco primordial de grande parte dos aplicadores e dos beneficiados com o advento da Lei 11.340/06 é a repressão penal do autor da violência, sendo esta a principal motivação para a criação desta específica lei, haja vista a insuficiência da legislação outrora vigente nesse sentido. Devido a isso, alguns doutrinadores inferem que, com a Lei Maria da Penha, aderiu-se ao rigor da intervenção penal para o enfrentamento da violência doméstica e abandonou-se a possibilidade de adoção de métodos consensuais e de mediação de conflitos.

Segundo Mello (2009, p. 5-6), os adeptos das teorias minimalistas e abolicionistas entendem que a solução para a problemática não seria a criminalização das condutas e o ergastulamento do autor da violência, tendo em vista que “a pena de prisão está falida em termos de ressocialização do agente, além de operar seletivamente, distribuindo desigualmente a retribuição que apregoa”. Além disso, defendem que “a Lei 11.340/06 não recepcionou o paradigma de gênero, pois exclui a mulher da discussão do problema, o que inviabiliza uma resolução satisfatória do conflito”, bem como afirmam que “existem outras formas de solução, menos gravosas para as partes, visto que muitas mulheres não buscam a punição ou a separação dos seus companheiros, mas pretendem apenas a cessação da violência”. Contudo, Mello (2009, p. 7) assevera que:

Muito embora saibamos que a violência doméstica e familiar não possa ser tratada somente com respostas penais, existe a necessidade de reparar o dano causado à sociedade e às pessoas com o cometimento do crime, e o Estado tem que exercer o seu “*jus puniendi*”, cumprindo a função de prevenção geral com a ameaça de pena ou limitação de direitos.

Nesse sentido, segundo Porto (2007, p. 21), vislumbra-se ser o direito penal o “ramo jurídico mais convocado a dar sua contribuição no *enforcement* destinado à implementação dos objetivos da novel legislação”, principalmente no que se refere à sua maior força coatora e ao seu papel imediatista na concretização dos objetivos da Lei. Conforme leciona o autor, a Lei 11.340/06:

[...] cuida-se, notoriamente, de norma que incrementa o poder punitivo do Estado e, conseqüentemente, diminui o *status libertatis* do indivíduo, gerando protestos de setores minimalistas e/ou garantistas que a apontaram como uma lei alinhada ao movimento de “Lei e Ordem”. Sua legitimidade social advém, contudo, de uma realidade cruel de violência preconceituosa e histórica do homem contra a mulher, que se impõe sobre todas as críticas abolicionistas ou minimalistas, o que não significa que esteja o hermeneuta dispensado de abrandar-lhe os excessivos rigores, harmonizando-a ao ordenamento jurídico preexistente, de modo a não se engendrar um microsistema penal desconexo e isolado, opção que o encaminharia ao definhamento. (PORTO, 2007, p. 23).

Assim, como forma de harmonizar a legislação em questão ao ordenamento vigente, principalmente no que concerne ao caráter de *ultima ratio* do direito penal, além de prever as medidas acatelasórias e de aumentar o rigor na punição do autor da violência, de modo a combater a impunidade anteriormente existente, o legislador também estabeleceu a obrigatoriedade do Estado de adotar políticas públicas eficazes e articuladas, bem como previu a integração dos poderes constituídos com os órgãos de Segurança Pública, com a Defensoria Pública e com o Ministério Público, tudo para o devido enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Com esse escopo, a Lei Maria da Penha determinou, através do § 1º do artigo 3º, que o poder público “desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (BRASIL, 2007, p. 8). Indo além deste comando normativo, esta lei ainda estabeleceu no artigo 8º as diretrizes pelas quais o Estado, mediante um conjunto articulado de ações entre seus Entes, deverá seguir para implementar as políticas destinadas a coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Políticas estas que estão elencadas de forma enumerativa pelo artigo 35 da mesma lei.

Resta evidente, portanto, que, considerando a gravidade das medidas de natureza prisional e sua baixa capacidade de ressocializar os au-

tores desse tipo de violência, por vezes, a aplicação de medidas protetivas de urgência, bem como a execução das políticas descritas pelos artigos 8º e 35 da Lei podem se apresentar como mecanismos mais eficazes para o efetivo combate da violência doméstica ou familiar contra a mulher. Nessa conjuntura, Mello (2009, p. 13) leciona que a pena de prisão deve ser a última sanção a ser aplicada, devendo o juiz priorizar a adoção de medidas socioeducativas que objetivem “a erradicação da violência contra a mulher, a conscientização sobre as diferenças de gênero e a construção de uma cidadania de gênero baseada na equidade e no respeito às diferenças”. Dessa forma, a pena de prisão deve incidir somente sobre os casos mais graves. Além disso, a autora acrescenta:

[...] a reparação do dano não deve ser a finalidade principal do Direito Penal, mas sim a educação do criminoso, para que não venha a cometer outros delitos. [...] a satisfação da pretensão punitiva do Estado não deve ser somente a punição do infrator, mas também deve se buscar atender aos interesses dos outros envolvidos do drama criminal, qual seja a comunidade e, principalmente, a vítima. Devemos buscar uma justiça penal mais sensível, justa e humana, que compreenda o fato delituoso como um fato social ocorrido entre dois seres humanos concretos, aceitando a vítima não mais como uma mera testemunha, senão como protagonista do drama criminal. (MELLO, 2009, p. 13-14).

Assim, tendo em vista a situação da mulher diante do cenário de violência praticada em decorrência da cultura de subjugação do feminino pelo masculino, estudos quantitativos e qualitativos passaram a ser realizados com objetivo de tornar a questão da violência doméstica e familiar visível aos olhos da sociedade e de avaliar se os serviços de atendimento são abrangentes e conhecidos pelos destinatários. Apesar de apresentarem informações relativamente recentes, se comparadas ao histórico de violência doméstica que se perpetuou pela sociedade ao longo do último século, os dados estatísticos colhidos demonstram as proporções assustadoras deste fenômeno.

Nesse contexto, cita-se uma pesquisa inédita concretizada pelo Núcleo de Opinião Pública da Fundação Perseu Abramo, o qual realizou,

em outubro de 2001, o total de 2.502 entrevistas pessoais e domiciliares com mulheres de 15 anos ou mais, residentes em 187 municípios de 24 estados brasileiros. A pesquisa registrou que cerca de uma a cada cinco mulheres (19%) declararam espontaneamente terem sofrido algum tipo de violência por parte de algum homem. Onze por cento (11%) destas mulheres relataram ter sofrido espancamento com cortes, marcas ou fraturas. A mesma taxa foi registrada em relação à ocorrência de relações sexuais forçadas (FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO, 2012). Segundo os dados obtidos:

A projeção da taxa de espancamento (11%) para o universo investigado (61,5 milhões) indica que **pele menos 6,8 milhões, dentre as brasileiras vivas, já foram espancadas ao menos uma vez**. Considerando-se que entre as que admitiram terem sido espancadas, 31% declararam que a última vez em que isso ocorreu foi no período dos 12 meses anteriores, projeta-se cerca de, no mínimo, **2,1 milhões de mulheres espancadas por ano no país** (ou em 2001, pois não se sabe se estariam aumentando ou diminuindo), 175 mil/mês, 5,8 mil/dia, 243/hora ou 4/ minuto – **uma a cada 15 segundos**. [...] Há mulheres que sofrem ou sofreram espancamentos por mais de 10 anos, ou mesmo durante toda a vida (4%, ambas). [...] A responsabilidade do marido ou parceiro como principal agressor varia entre 53% (ameaça à integridade física com armas) e 70% (quebradeira) das ocorrências de violência em qualquer das modalidades investigadas, excetuando-se o assédio. Outros agressores comumente citados são o ex-marido, o ex-companheiro e o ex-namorado, que somados ao marido ou parceiro constituem sólida maioria em todos os casos. (FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO, 2012, grifo nosso).

Outra pesquisa qualitativa que se destacou foi realizada em setembro de 2004 pelo Ibope, com apoio da Fundação Ford, cujo objetivo foi o de revelar as percepções da sociedade sobre a questão da violência contra as mulheres. Esta pesquisa de opinião foi encomendada pelo

Instituto Patrícia Galvão e se destacou pelos resultados alcançados. Na ocasião, realizaram-se 2.002 entrevistas pessoais com homens e mulheres residentes em 140 municípios integrantes de todos os estados da federação. Verificou-se que a violência contra a mulher era o problema que mais preocupava a sociedade brasileira (50% dos respondentes). Registrou-se que do total de entrevistados, 91% consideraram muito grave o fato de mulheres serem agredidas por companheiros e maridos. Além disso, 90% dos entrevistados consideraram que o autor da violência deveria ser processado e encaminhado para um programa de reeducação (INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO, 2012a).

No ano seguinte, uma pesquisa de opinião, executada pela Secretaria de Pesquisa e Opinião do Senado Federal, constatou que das 815 mulheres com 16 anos ou mais, residentes nas 27 capitais do país, 17% reconheceram já ter sofrido algum tipo de violência doméstica. Do total, 54% afirmaram ter sofrido violência física, seguida pela violência psicológica (24%), violência moral (14%), e 7% assumiram ter sofrido violência sexual doméstica. Entre as mulheres que reconheceram ter sofrido violência doméstica, 66% respondeu ser marido ou companheiro o autor da violência. A pesquisa ressaltou que os resultados alcançados confirmaram os dados da Organização Mundial de Saúde (OMS), os quais revelaram que, na época, em todo o mundo, metade dos crimes cometidos contra mulheres tinham como autor seus maridos/companheiros. (BRASIL, 2011d).

Em 2006, outra pesquisa foi encomendada pelo Instituto Patrícia Galvão e realizada pelo Ibope, dando continuidade ao estudo anterior. Esta segunda pesquisa contou com a análise de Fátima Pacheco Jordão e com o apoio da Fundação Ford e do Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher (UNIFEM). Assim, em maio de 2006, realizaram-se 2.002 entrevistas pessoais em 142 municípios integrantes de todos os estados da federação. Verificou-se que desde a última pesquisa realizada, o nível de preocupação com a temática aumentou em todas as regiões do país, com exceção das regiões Norte e Centro-Oeste, as quais já haviam apresentado o patamar mais alto (62%). Destacou-se que nas regiões periféricas das grandes cidades esta preocupação aumentou 13 pontos percentuais. Ademais, ressaltou-se que 54% dos entrevistados achavam que os serviços de atendimento a casos de violência contra as mulheres não funcionavam. A pesquisa registrou ainda que “a percepção de que hoje as mulheres denunciam mais as agressões (65%) está muito acima da

realidade da oferta de equipamentos e serviços especializados na atenção da violência contra a mulher”, o que reforçava a sensação de impunidade do autor da violência, pois 27% acreditavam que nada acontecia ao agressor e 33% acreditavam que a mulher voltava a ser agredida após a “denúncia”. (INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO, 2012b).

Destarte, a partir da avaliação destas estatísticas, apesar de sabidamente não revelarem totalmente a extensão do problema em razão de se atribuir um caráter “íntimo” a esse tipo de violência, demonstrou-se efetivamente a necessidade de se redefinir as fronteiras entre as esferas pública e privada, haja vista que os referidos estudos demonstraram que os famosos adágios populares que expressavam que as questões íntimas deveriam ser resolvidas apenas entre os envolvidos não tinham mais o alcance que possuíam no passado. Segundo Rocha (2007, p. 34-35):

A concepção da esfera doméstica como totalmente privatizada reitera o entendimento da violência doméstica como uma prática natural de resolução de conflitos, segundo os modelos e papéis instituídos pelo patriarcado e pelas relações contraditórias de gênero. Vista como uma forma pré-jurídica de praticar a justiça, o agressor assume sua aplicação diante da transgressão daqueles que estão sob seu domínio, em especial, as mulheres. Por parte das vítimas, aumentam as dificuldades para romper com a violência, numa situação de isolamento e sem estruturas ou mecanismos de apoio e ajuda, porque entendida como um problema familiar, no âmbito das relações interpessoais, como se estas estivessem isoladas das relações sociais que estruturam determinada ordem social. A despolitização do problema prejudica o processo de formulação de políticas de prevenção e combate à violência. [...] Tal postura revitimiza as mulheres, negando-lhes a garantia de seus direitos e o exercício de sua cidadania, contraditoriamente, em nome da preservação de sua privacidade e intimidade e da manutenção de sua família.

Verifica-se, portanto, que a concepção de que a violência doméstica corresponde a um assunto estritamente privado, por se desenvolver

em meio às relações pessoais intrafamiliares, acaba por verdadeiramente dificultar seu enfrentamento, haja vista que torna invisível sua ocorrência, além de favorecer sua perpetuação através do alcance de outros indivíduos que participam dessa situação de violência, sobretudo crianças e adolescentes, que podem figurar como vítimas ou testemunhas da relação violenta. Dessa forma, em vez de se romper, reinicia-se o ciclo da violência através da reprodução de comportamentos violentos, o que contribui para a naturalização dessa categoria de violência.

Destarte, com o alcance da visibilidade da violência doméstica e familiar contra a mulher, principalmente a partir da ocorrência de casos emblemáticos, da divulgação de pesquisas sociais e do ativismo dos movimentos feministas, esse tipo de violência passou a ser identificado como fenômeno social e como problema de saúde pública⁴. Com isso, a atuação do Estado tornou-se imprescindível para a promoção da dignidade humana desta categoria vulnerável. Nesse diapasão, Pedro Rui da Fontoura Porto destaca:

Que fazer, então, para transformar uma realidade cultural secular de violência de gênero? Optou o legislador pelo uso do Direito, com seu reconhecido poder contrafático, apostando em que, longe de ser mero consectário dos costumes de uma sociedade, o Direito pode ser instrumento de transformação da realidade, prenehe de desigualdades e injustiças. O Sistema Legal pode e deve transformar estados de iniquidade, mas, para tanto, é preciso reconhecer que a norma legal não tem existência autônoma em face da realidade, sua essência é sua *vigência*, ou seja, *o telos da norma é concretizar a situação por ela regulada*. (PORTO, 2007, p. 19, grifo do autor).

Nesse contexto, a promulgação da Lei Maria da Penha, em 2006, foi resultado de esforços coordenados em prol do enfrentamento desse tipo de violência. A intervenção externa mostrou-se necessária para o

⁴ “O Relatório Mundial da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre Violência, publicado em 2002, destaca: visível custo humano; elevado custo à rede de saúde pública, relativo às internações e ao atendimento físico e psicológico; e repercussões no mercado de trabalho, em razão dos prejuízos ao desempenho profissional da vítima”. (BRASIL, 2004, p. 27).

rompimento do ciclo da violência a qual estão inseridas as vítimas, não apenas no sentido de punir o autor da violência, mas, também, com objetivo de destinar especial atendimento à mulher em situação de violência doméstica de modo específico às suas necessidades, principalmente no que se refere à implementação das políticas públicas enumeradas pela referida legislação. Além disso, a Lei ainda buscou considerar a existência dos demais envolvidos na situação de violência, pois, através de atuação multidisciplinar, busca-se verificar toda a conjuntura familiar na qual a vítima está inserida, como forma de buscar as raízes do problema para devidamente enfrentá-lo. Nessa esteira, Hermann (2008, p. 87-88) ensina:

[...] o escopo instrumentalizador da Lei Maria da Penha revela-se já no primeiro artigo, que expressamente refere como objeto do texto legal a criação de mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher... Tais mecanismos consistem, como esclarece a parte final do artigo 1º, na especialização da prestação jurisdicional, através da criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e no estabelecimento de medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar, implicando a implementação de sistema organizado e multidisciplinar voltado à prevenção deste tipo de violência e ao atendimento integral à mulher vitimada, vislumbrando-se aí mais que proteção jurídico-legal, mas também social, assistencial e humana. O verbo prevenir revela preocupação com ações educativas, informativas e sociais [...]. Coibir não é apenas punir o agressor penalmente ou reprimir a conduta [...], mas evitar a continuidade da violência através de mecanismos diversos, penais e não-penais, voltados ao agressor, à vítima e aos demais atores envolvidos no conflito familiar onde a prática violenta se deu.

Campos e Corrêa (2009, p. 198) lecionam que, desse modo, após seu fracasso no que concerne ao combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, quando da incidência da Lei 9.099/95, o Estado passou a obrigar-se, com o advento da Lei 11.340/06, a desenvolver políticas pú-

blicas para amparar as vítimas de forma material, moral, médica, jurídica, social e psicológica, como meio de promover o resgate de seus direitos humanos e de sua dignidade. Nessa esteira de ideias, Schaiber (2005, p. 114-115) ensina que:

O direito a uma vida sem violência inclui o direito a políticas públicas que inibam a discriminação e promovam o acesso a condições dignas de moradia e trabalho, entre outros. O acesso a serviços de diversas naturezas [...] é fundamental para garantir às mulheres em situação de violência formas de solução para o problema, e a responsabilidade de efetivar essas políticas é do Estado. Sem isso, não há respeito à liberdade e à dignidade individual.

Cumprir destacar que, apesar de se admitir que não exista um único ou mais adequado conceito para políticas públicas, vale mencionar o entendimento de Ronald Dworkin (apud DIAS, 2007, p. 41) quanto a esta temática. Para o estudioso, política corresponde a um tipo de padrão que “estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deva ser protegido contra mudanças adversas)”. Dias (2007, p. 42) destaca que Dworkin pressupunha a necessidade de existência de uma autoridade capaz de identificar os objetivos a serem alcançados e de elencar os meios para a obtenção dos referidos desígnios. Dessa forma, segundo o raciocínio de Dworkin, para ser apreciada como “pública”, a política deve ser elaborada por parte do Estado.

Assim, os objetivos identificados pelo ente estatal como sendo de interesse público passam a ser definidos como finalidades da atividade administrativa. Nessa esteira, Bucci (2002, p. 267) ensina que “a escolha das diretrizes da política, os objetivos de determinado programa não são simples princípios de ação, mas são os vetores para a implementação concreta de certas formas de agir do Poder Público, que levarão a resultados desejados”.

Essa linha de ação assumida para o alcance dos fins escolhidos a partir da definição dos interesses públicos, segundo Guimarães (2006, p. 155), deve centrar-se em três elementos: a busca por metas, objetivo ou

fins; a utilização de meios ou instrumentos legais; e, assim como as medidas afirmativas em geral, a temporalidade. Além disso, o autor identifica ainda os princípios regentes desse tipo de política, quais sejam: descentralização política, proibição do retrocesso, reserva do possível e proporcionalidade. Obviamente, sem esquecer os demais princípios que devem mover a administração pública.

De forma resumida, a descentralização política corresponde à principal característica do regime federalista, o qual é adotado pela República Brasileira. Desse modo, no país, além do poder central, existem outras esferas de poder político, as quais são dotadas de autonomia referente à capacidade de auto-organização, autogoverno e autoadministração. No concernente a isso, Guimarães (2006, p. 156.) leciona que “[...] a descentralização de políticas tornou-se uma realidade, notadamente pelo fato de que cada Ente da Federação conhece de perto suas carências sociais e a forma mais eficaz de minimizá-las”.

A vedação do retrocesso, consoante ensinamento de Guimarães (2006, p. 159-160), se insere implicitamente no ordenamento jurídico, sendo dedutível dos princípios do Estado Democrático e Social de Direito, que “impõe um patamar mínimo de segurança jurídica”; do princípio da dignidade da pessoa humana, “que exige prestações positivas mínimas à existência de todos”; do princípio da “máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais insculpidas no art. 5º, § 1º e que, necessariamente, abrange a máxima proteção dos direitos fundamentais”; bem como de “manifestações expressas na própria Constituição Federal de proteção à retroatividade do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito”. Assim, preserva-se a harmonia do ordenamento jurídico e preserva-se o núcleo essencial dos direitos fundamentais, entre eles, o direito a uma vida sem violência.

A reserva do possível, segundo Carvalho Filho (2009, p. 43), surgiu para indicar que “nem todas as metas governamentais podem ser alcançadas, principalmente pela costumeira escassez de recursos financeiros”. Assim, somente diante dos “concretos elementos a serem sopesados ao momento de cumprir determinados empreendimentos é que o administrador público poderá concluir no sentido da possibilidade de fazê-lo, à luz do que constitui a reserva administrativa dessa mesma possibilidade”. Este princípio destaca a importância do planejamento, através das leis orçamentárias, para o exercício da atividade administrativa mediante a

previsão de receitas e a fixação de despesas para a implementação das políticas públicas.

Assim, nesse contexto, a Lei Maria da Penha (BRASIL, 2007, p. 21-22), através do artigo 36, estabeleceu que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão promover a adaptação de seus órgãos e de seus programas às diretrizes e aos princípios da Lei. Além disso, o artigo 39 determina que os Entes Federados, no limite de suas competências e nos termos das respectivas leis de diretrizes orçamentárias, poderão estabelecer dotações orçamentárias específicas, em cada exercício financeiro, para a implementação das medidas estabelecidas na Lei.

Por fim, o princípio da proporcionalidade, nos dizeres de Carvalho Filho (2009, p. 38), significa que o Estado deve intervir quando a situação realmente carece de intervenção, devendo processar-se com equilíbrio, sem excessos e de modo proporcional ao fim atingido. Para o autor:

O grande fundamento do princípio da proporcionalidade é o **excesso de poder**, e o fim a que se destina é exatamente o de conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados, com vistas ao objetivo colimado pela Administração, ou até mesmo pelos Poderes representativos do Estado. [...] para que a conduta estatal observe o princípio da proporcionalidade, há de reverter-se de tríplice fundamento: 1) **adequação**, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; 2) **exigibilidade**, porque a conduta deve ter-se por necessária [...], o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos; 3) **proporcionalidade em sentido estrito**, quando as vantagens a serem conquistadas superam as desvantagens. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 38, grifo do autor).

Não obstante essa proteção dos indivíduos contra os excessos por parte do Estado, vedando-se a atuação abusiva, admite-se que a violação ao princípio da proporcionalidade pode ocorrer também através de ação estatal deficiente, é o que se denominou de proibição à proteção deficiente (ou insuficiente). Segundo o Ministro Gilmar Mendes, em voto proferido durante o julgamento do Recurso Extraordinário 418.376 MS:

[...] a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção deficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva de dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção [...]. Nesse sentido ensina o Professor Lênio Streck: “trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais [...]. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação do legislador)”. [...] No mesmo sentido, o Professor Ingo Sarlet: “a violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do poder público, no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de proteção”. (BRASIL, 2012).

A ausência de efetiva proteção à integridade física, psicológica, patrimonial, sexual ou moral da mulher em situação de violência doméstica ou familiar pode, portanto, ensejar ofensa ao princípio da proporcionalidade, sob o viés da proibição da proteção deficiente. Mello (2009, p. 49) leciona que a Lei Maria da Penha preconiza que o Estado deve promover o combate à violência doméstica e familiar contra a mulher em diversos setores, nas áreas de assistência social, de saúde, da educação e do trabalho. Segundo a autora, “a necessidade de compromisso do Estado na implementação de políticas públicas sob a ótica de gênero torna-se cada vez maior, frente aos prejuízos ao desenvolvimento pessoal e social que atingem as mulheres em situação de violência e em iminente risco de vida”.

Nesse sentido, conforme explica Rocha (2007, p. 27), os efeitos esperados das políticas e programas na área de violência de gênero são: “[...] possibilitar à mulher o rompimento com a violência entendida como violação de direitos humanos e mecanismo de preservação das relações hierárquicas e desiguais de gênero e, que, portanto, a impedem de exercer plenamente sua cidadania”. Segundo a autora:

Em primeiro lugar, trata-se de contribuir para que as mulheres possam se sentir e efetivamente sejam titulares de direitos, usufruindo os já conquistados legalmente e introjetando-os. Em segundo lugar, articulada à necessidade da titularidade de direitos, trata-se de contribuir para o empoderamento das mulheres. (ROCHA, 2007, p. 27).

Dessa forma, as políticas públicas compensatórias estabelecidas em prol das mulheres em situação de violência, consoante ensinamento de Almeida (2007, p. 38), “representam importantes estratégias de acolhida, reflexão, orientação e empoderamento das mulheres”, além disso, “dão visibilidade ao Fenômeno, provocam debates sobre suas múltiplas dimensões e implicações e significam o reconhecimento, pelo poder público, da existência das desigualdades que, por meio dessas ações, busca-se reparar”.

Com isso, as políticas públicas devem, além de punir o autor da violência doméstica e familiar, buscar o empoderamento das vítimas, sendo que esse processo de empoderamento através das políticas públicas deve objetivar principalmente o fortalecimento da cidadania das mulheres, no sentido de que possam se perceber como titulares de direitos fundamentais cujo exercício deverá ser efetivamente assegurado pelo Estado.

2.1 Redes de Enfrentamento e Atendimento

Para o enfrentamento do problema da violência doméstica e familiar contra a mulher se faz necessário uma articulação entre os Entes da Federação de modo a pôr em prática os compromissos assumidos pelo Brasil quando do lançamento dos planos de políticas para mulheres e do Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência contra

as Mulheres⁵, além, é claro, de efetivar os preceitos dispostos nos tratados e convenções internacionais que tratam do tema e nas normas da Lei Maria da Penha. Conforme leciona Jesus (2010, p. 8):

A violência contra as mulheres é um dos fenômenos sociais mais denunciados e que mais ganharam visibilidade nas últimas décadas em todo o mundo. Devido ao seu caráter devastador sobre a saúde e a

5 O Plano Nacional de Políticas para as Mulheres, em sua primeira versão (com previsão de ações para os anos de 2004 a 2007), foi aprovado pelo Decreto nº. 5390/05 como parte do compromisso assumido pelo Governo Federal em relação ao enfrentamento das desigualdades de gênero e raça no país. Foram traçadas quatro áreas de atuação: autonomia, igualdade no mundo do trabalho e cidadania; educação inclusiva e não sexista; saúde das mulheres, direitos sexuais e direitos reprodutivos; e enfrentamento à violência contra as mulheres. Este Plano promoveu mudanças significativas no número de serviços especializados de atendimento à mulher. O país fechou o ano de 2007 com 415 Delegacias ou Postos Especializados de Atendimento à Mulher; 118 Centros de Referência de Atendimento à Mulher; 64 Casas Abrigo; 14 Defensorias Públicas da Mulher; a Central de Atendimento à Mulher – Ligue 180; a Ouvidoria da SPM; além de novos serviços, como os Juizados e Varas de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, criados a partir da Lei Maria da Penha, e que, em 2007, totalizaram 55 (BRASIL, 2009, p. 78). Outra importante iniciativa do Governo Federal ocorreu em agosto de 2007, com o lançamento do Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, a ser executado no período de 2007-2010, reunindo objetivos, metas e modelo de gestão para implementação de políticas públicas de enfrentamento a esse fenômeno. Os objetivos específicos do Pacto eram: reduzir os índices de violência contra as mulheres; promover uma mudança cultural a partir da disseminação de atitudes igualitárias e valores de respeito às diversidades gênero e valorização da paz; e garantir e proteger os direitos das mulheres em situação de violência. Segundo dados da Secretaria Especial de Políticas para Mulheres (BRASIL, 2010, p. 41-45), foram criados 14 organismos estaduais de políticas para as mulheres após o Pacto, totalizando 23 organismos em todo o Brasil, sendo 02 Assessorias, 09 Coordenadorias, 01 Diretoria, 06 Secretarias, 04 Superintendências e 01 Serviço. Apesar de nem todos os Estados possuírem em sua estrutura organismos especiais de Políticas para as Mulheres, 26 Estados contam com uma Gestora do Pacto. Além disso, 928 serviços de atendimento foram construídos, reformados ou (re) aparelhados. Destes, 540 serviços utilizaram recursos da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. Em 2008, após o período de vigência das ações do I PNPM, foi lançado o II Plano Nacional de Políticas para Mulheres para o período de 2008 a 2011. O II PNPM aprofundou o campo de ação em relação às políticas para as mulheres ao incluir novas áreas de atuação: participação das mulheres nos espaços de poder e decisão; desenvolvimento sustentável no meio rural, inclusão social, soberania e segurança alimentar; direito à terra, moradia digna e infraestrutura social nos meios rural e urbano; cultura, comunicação e mídia não discriminatórias; enfrentamento ao racismo, sexismo e lesbofobia; e enfrentamento às desigualdades geracionais que atingem as mulheres, com especial atenção às jovens e idosas. (BRASIL, 2008, p. 20).

cidadania das mulheres, políticas públicas passaram a ser buscadas pelos mais diversos setores da sociedade, particularmente pelo movimento feminista. Trata-se de um problema complexo e seu enfrentamento necessita da composição de serviços de natureza diversas, demandando grande esforço de trabalho em rede.

Dessa forma, a atuação coordenada do Estado com as instituições de Polícia, Ministério Público, Defensoria Pública, de assistência social, saúde, educação e trabalho é fundamental para que as ações de combate à violência não ocorram de forma isolada, mas sim de forma harmoniosa e integrada. Segundo Hermann (2008, p. 119-120):

Trata-se de objetivo desafiador, por exigir articulação cruzada entre as três esferas de governo e destas com organismos não-estatais. [...] é indispensável a formação de rede de informação, pesquisa, diagnóstico e atendimento, verdadeira teia de proteção, única forma de contemplar todas as complexas interações e conflitos inerentes à violência doméstica e familiar. Ações em rede também evitam duplicidade no atendimento, racionalizando assim destinação e utilização de verbas e recursos de toda natureza, inclusive humanos e materiais.

A autora acrescenta que a palavra-chave das diretrizes estabelecidas pela Lei 11.340/06 para o enfrentamento da violência doméstica e familiar é a parceria, haja vista que a referida legislação dispõe sobre “a criação de um sistema abrangente e amplo, nucleado na prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher e na proteção e atendimento integral às vítimas”. (HERMANN, 2008, p. 121). Leda Maria Hermann lembra que em vários trechos da Lei⁶, evidencia-se a necessidade de ações diversificadas, integradas e articuladas.

⁶ “Desde os objetivos fixados no preâmbulo e no artigo 1º - coibição e prevenção deste tipo de violência; assistência e proteção às mulheres vitimadas, de forma a assegurar o efetivo exercício dos direitos humanos de que são titulares todas as mulheres (artigo 2º e 3º) -, passando pela amplitude conceitual (artigos 5º e 7º) e chegando até as diretrizes da política pública de prevenção e coibição (artigo 8º)”. (HERMANN, 2008, p. 121).

Nesse sentido, a partir do I PNPM, o Governo Federal, por intermédio da Secretaria Especial de Política para Mulheres, elaborou uma Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres (BRASIL, 2011b, p. 25-26) com objetivo de apresentar os fundamentos conceituais e políticos para as políticas públicas de enfrentamento à violência contra as mulheres. Através dessa Política Nacional se definiu que o enfrentamento a este tipo de violência envolve ações que promovam o combate às discriminações de gênero, interferindo nos padrões sexistas/machistas presentes na sociedade, bem como ações que promovam o empoderamento das mulheres e que garantam um atendimento qualificado e humanizado. Assim, a noção de enfrentamento passou a compreender as dimensões de combate, prevenção, assistência e de garantia de direitos das mulheres, configurando estes os eixos da Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres. Nessa linha:

A **prevenção** inclui não somente ações educativas, mas também culturais que disseminem atitudes igualitárias e valores éticos de irrestrito respeito às diversidades de gênero, raça/etnia, geracionais e de valorização da paz. [...] O **combate** à violência contra as mulheres compreende o estabelecimento e cumprimento de normas penais que garantam a punição e a responsabilização dos agressores/autores de violência contra as mulheres. [...] No eixo da **garantia de direitos**, devem ser implementadas iniciativas que promovam o empoderamento das mulheres, o acesso à justiça e ao resgate das mulheres como sujeito de direitos. [...] No que tange à **assistência** às mulheres em situação de violência, a Política Nacional deve garantir o atendimento humanizado e qualificado àquelas em situação de violência por meio da formação continuada de agentes públicos e comunitários; da criação de serviços especializados [...]; e da constituição/fortalecimento da Rede de Atendimento (articulação dos governos Federal, Estadual/Distrital, Municipal e da sociedade civil para o estabelecimento de uma rede de parcerias para o enfrentamento da violência contra as mulheres, no sentido de garantir a integralidade do atendimento). (BRASIL, 2011b, p. 25-27, grifo do autor).

A partir dessas diretrizes, a Secretaria distinguiu os tipos de redes de ações coordenadas no sentido de coibir a violência contra as mulheres, para superação da desarticulação e fragmentação outrora existente. Passou-se a admitir, então, a existência de redes de enfrentamento à violência contra as mulheres e redes de atendimento às mulheres em situação de violência.

Para a SPM, uma rede de enfrentamento (BRASIL, 2011c, p. 7-8) à violência corresponde à “atuação articulada entre as instituições/serviços governamentais, não-governamentais e comunidade, visando ao desenvolvimento de estratégias efetivas de prevenção”, bem como o desenvolvimento de políticas que “garantam o empoderamento das mulheres e seus direitos humanos, a responsabilização dos agressores e a assistência qualificada às mulheres em situação de violência”. O objetivo desta rede é efetivar os eixos da Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, quais sejam: combate, prevenção, assistência e garantia de direitos.

Uma rede de atendimento (BRASIL, 2011c, p. 14), por sua vez, corresponde ao conjunto de “ações e serviços de diferentes setores (em especial, da assistência social, da justiça, da segurança pública e da saúde), que visam à ampliação e à melhoria da qualidade do atendimento”, além de envolver ações de identificação e encaminhamento adequado das mulheres em situação de violência, objetivando a integralidade e a humanização do atendimento. Nesse sentido:

A necessidade de criação de uma Rede de Atendimento leva em conta a rota crítica que a mulher em situação de violência percorre. Essa rota possui diversas portas-de-entrada (serviços de emergência na saúde, delegacias, serviços da assistência social), que devem trabalhar de forma articulada no sentido de prestar uma assistência qualificada, integral e não-revitimizante à mulher em situação de violência. (BRASIL, 2011c, p. 14).

Importante ressaltar que o conceito de rede de enfrentamento à violência contra a mulher é mais amplo que a noção de rede de atendimento, pois não inclui somente os serviços de atendimento à mulher em situação de violência, mas abrange também órgãos governamentais e não-

-governamentais com função de elaborar, executar e fiscalizar políticas públicas voltadas para as mulheres. Assim, a rede de atendimento faz parte da rede de enfrentamento à violência contra as mulheres.

Os serviços que compõem a rede de atendimento são divididos em duas categorias: serviços especializados e serviços não especializados. Os primeiros são aqueles que atendem exclusivamente as mulheres em situação de violência, enquanto que os últimos são serviços gerais, basicamente os de saúde, de assistência social, polícias militar e federal e delegacias comuns. Em relação aos serviços especializados, segundo informações da Secretaria Especial de Política para Mulheres⁷, no ano de 2011, o Brasil contava com o número de 928 serviços especializados, sendo 187 Centros de Referência; 72 Casas Abrigos; 57 Defensorias Especializadas; 359 Delegacias Especializadas; 94 Juizados e Varas Adaptadas; e 48 Promotorias Especializadas/ Núcleos de Gênero no Ministério Público.

No contexto de rede de enfrentamento à violência contra a mulher, no ano de 2000⁸, antes mesmo da elaboração dos planos nacionais de políticas para as mulheres e do Pacto de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, formou-se, no Município de São Luís, uma rede denominada “Rede Amiga da Mulher”, a qual é organizada por uma Assembleia Geral formada pelas instituições que a integram. Além disso, possui uma secretaria executiva, a qual é de responsabilidade da Coordenadoria Municipal da Mulher de São Luís.

A Rede consiste em um órgão deliberativo que se reúne uma vez por mês na Coordenadoria Municipal da Mulher, podendo ocorrer ain-

⁷ “A atualização e o levantamento dos serviços da rede de atendimento são coordenados pela Secretaria Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres e tem como base informações multifacetadas, que provêm de diferentes atores sociais e espaços institucionais envolvidos no enfrentamento à violência contra as mulheres, tais como: Câmaras Técnicas (Federal, Estaduais e Municipais) e reuniões com as gestoras do Pacto Nacional; Ouvidoria da Secretaria de Políticas para as Mulheres; serviços e órgãos integrantes da rede de enfrentamento à violência contra a mulher; organismos de políticas para as mulheres; institutos de pesquisa; Posto de Apoio à Gestão da Central de Atendimento à Mulher - Ligue 180, entre outros”. (BRASIL, 2011c. p. 17-21).

⁸ Oficialmente criada em 19 de março de 2003, reunindo 14 entidades (09 organizações governamentais e 05 não governamentais)

da reuniões extraordinárias para tratar de assuntos específicos e urgentes. Lima (2007, p. 172) assevera que os objetivos da Rede são:

Planejar e implementar políticas públicas de combate à violência de gênero, envolvendo setores públicos, organizações da sociedade civil e sociedade em geral; Acompanhar e avaliar as ações dos órgãos públicos que atuam no combate à violência contra a mulher, refletindo e sugerindo mecanismos que venham a melhorar os serviços oferecidos às mulheres; Sensibilizar a sociedade para a questão da violência contra a mulher, a partir do desenvolvimento de ações implementadas pela Rede Amiga da Mulher que congregue instituições e entidades voltadas para o combate à violência de gênero; Contribuir para a formação da opinião pública acerca das questões de gênero.

Dessa forma, a Rede Amiga da Mulher exerce as atividades de articulação, monitoramento e avaliação de políticas, programas, serviços e ações, tendo em vista a efetivação e o aperfeiçoamento do atendimento das mulheres em situação de violência, para que, assim, possa ser buscada a redução da violência de gênero no local de sua atuação. Ademais, a Rede ainda executa o intercâmbio entre as entidades que a compõem, mantendo-as informadas sobre os eventos e capacitações sobre políticas públicas referentes à mulher.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os movimentos sociais brasileiros, associados às conquistas dos movimentos feministas internacionais, possibilitaram a implantação no Ordenamento Jurídico Brasileiro de mecanismos de proteção às mulheres no âmbito dos Direitos Humanos. Incluíram o reconhecimento da igualdade entre homens e mulheres no que concerne aos direitos e deveres elencados na Constituição da República Federativa do Brasil, bem como o reconhecimento da vulnerabilidade das mulheres em relação à violência cometida no âmbito doméstico e familiar, ensejando, assim, a adoção de

medidas afirmativas ou de discriminação positiva como forma de buscar a efetiva proteção da mulher em relação à violência baseada no *gênero*.

A Lei 11.340/06, após um longo processo de elaboração, surgiu nesse contexto como resultado da necessidade de uma atuação mais pró-ativa por parte do Estado, que, além de buscar a repressão penal do autor da violência, também deve destinar uma especial atenção à vítima através da assistência e da garantia de direitos, buscando fazê-la sentir-se sujeito de direitos, não apenas formalmente, mas de forma concreta, através de medidas afirmativas.

As políticas públicas surgem, nessa conjuntura, como mecanismos efetivos de enfrentamento da violência através do planejamento e execução de programas, projetos e ações concretas, como a criação de entidades destinadas ao atendimento à mulher em situação de violência, tais quais: delegacias, casas-abrigo, centros de atendimento integral com assistência social, psicológica e jurídica, hospitais, instituto médico legal, bem como no âmbito da Justiça, a criação de Varas ou Juizados Especializados e de núcleos no Ministério Público e na Defensoria Pública. Fundamental também é a criação de organismos voltados à formulação, acompanhamento e avaliação de tais serviços de atendimento, a fim de buscar a criação de novas entidades, bem como a ampliação e melhoria dos serviços já existentes.

O funcionamento integrado de tais organismos em formato de redes articuladas é fundamental para o devido enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher, na medida em que são necessárias ações no âmbito do combate, com a punição penal do autor da violência; da assistência à mulher em situação de violência, através da criação de serviços de atendimento; e da garantia de direitos às vítimas, buscando seu empoderamento; além, é claro, da prevenção, que poderá ser buscada através do cumprimento das ações nas áreas supracitadas, bem como através de ações educativas.

O objetivo de coibir a violência ainda depende da correta implementação da Lei, no sentido da articulação dos serviços de atendimento e dos organismos de políticas para mulheres, para avaliação dos serviços existentes e reparação das falhas constatadas, bem como necessário se faz a ampliação das medidas educativas com perspectiva de *gênero*. Somente com a educação sobre as diferenças de *gênero* e sobre os meios não violentos de resolução de conflitos é que será alcançada a diminuição da violência e a desnecessidade de uma lei específica para a proteção da mulher, pois, como toda ação afirmativa, somente deve existir enquanto constata-

da sua real necessidade. Além disso, há também a necessidade de participação da população nos organismos de participação social, tais quais os conselhos e conferências em todos os âmbitos de governo. Tais espaços são fundamentais para a elaboração, deliberação e fiscalização de políticas públicas na área de direitos humanos, incluindo-se os direitos humanos das mulheres.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Suely Souza de (Org.). **Violência de gênero e políticas públicas**. Rio de Janeiro: UFRJ, 2007.

BARSTED, Leila Linhares. A Resposta legislativa à violência contra as mulheres no Brasil. In: ALMEIDA, Suely Souza de (Org.). **Violência de gênero e políticas públicas**. Rio de Janeiro: UFRJ, 2007.

BRASIL. **Decreto nº 5.030, de 31 de março de 2004**: Institui o Grupo de Trabalho Interministerial para elaborar proposta de medida legislativa e outros instrumentos para coibir a violência doméstica contra a mulher, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5030.htm>. Acesso em: 20 out. 2011a.

_____. **Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, que dispõe sobre mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher**. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2007.

_____. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. **Plano Nacional de Políticas para as Mulheres**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2004.

_____. _____. **II Plano Nacional de Políticas para as Mulheres**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2008.

_____. _____. **Relatório Final de Implementação: I Plano Nacional de Políticas para as Mulheres – 2005-2007**. Brasília: SPM, 2009.

_____. _____. **Pacto Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres Secretaria de Políticas para as Mulheres**. Brasília: Presidência da República, 2010.

_____. _____. **Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2011b.

_____. _____. **Rede de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2011c.

_____. Senado Federal. **Relatório de Pesquisa: Violência Doméstica Contra a Mulher**, Brasília, março de 2005. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/dataSenado/pdf/datasenado/DataSenado-Pesquisa-Violencia_Domestica_contra_a_Mulher-2005.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2011d.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 418.376 MS. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 23 de março de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 30 maio 2012.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAMPOS, Amini Haddad; CORRÊA, Lindinalva Rodrigues. **Direitos humanos das mulheres**. Curitiba: Juruá, 2009.

CENTRO FEMINISTA DE ESTUDOS E ASSESSORIA – CFEMEA. **Mobilização por uma lei integral de enfrentamento da violência doméstica contra as mulheres**. Disponível em: <http://www.cfemea.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2680&Itemid=154>. Acesso em: 20 out. 2011.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) comentada artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Método, 2007. (Coleção Professor Gilmar Mendes, v. 4).

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. **A mulher brasileira nos espaços público e privado**: outubro de 2001. Disponível em: <http://www.agende.org.br/docs/File/dados_pesquisas/feminismo/A%20Mulher%20Brasileira%20nos%20Espacos%20Publico%20e%20Privado-Fundacao%20Perseu%20Abramo.pdf>. Acesso em: 3 maio 2012.

GUIMARÃES, Justino da Silva. **A importância da proporcionalidade como princípio regente de políticas públicas**. São Luís: Associação do Ministério Público do Estado do Maranhão, 2006.

HERMAM, Leda Maria. **Maria da Penha, lei com nome de mulher**: considerações à Lei nº 11.340/2006: contra a violência doméstica e familiar, incluindo comentários artigo por artigo. Campinhas, SP: Servanda Editora, 2008.

INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO. **O que a sociedade pensa sobre a violência contra as mulheres**: Pesquisa Ibope (2004). Disponível em: <http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/images/stories/PDF/pesquisas/pesq_ibope_2004.pdf>. Acesso em: 2 maio 2012a.

_____. **Percepções e reações da sociedade sobre a violência contra a mulher**: Pesquisa Ibope (2006). Disponível em: <http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/images/stories/PDF/pesquisas/pesq_ibope_2006.pdf>. Acesso em: 2 maio 2012b.

LAVIGNE, Rosane Maria Reis. Lei Maria da Penha: o movimento de mulheres chega ao Poder Judiciário. In: CUNHA, José Ricardo (Org.). **Direitos humanos e Poder Judiciário no Brasil**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Centro de Justiça e Sociedade, 2009.

LIMA, Cristiana Costa. **Redes de intervenção em políticas públicas**: particularidades no Maranhão a partir dos anos de 1990. 2007. 173 f. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas) - Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2007.

MELLO, Adriana Ramos de (Org.). **Comentários à lei de violência doméstica e familiar contra a mulher**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatório nº 54/01**: Caso 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes, Brasil, 04 de abril de 2001. Disponível em: <<http://www.cidh.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 15 out. 2011.

PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos. In: KATO, Shelma Lombardi de (Org.). **Manual de capacitação multidisciplinar**: Lei 11.340/ 2006, de 7 de agosto de 2006, Lei Maria da Penha. Cuiabá: Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, 2006.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Violência doméstica e familiar contra a mulher**: Lei 11.340/06: análise crítica e sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ROCHA, Lourdes de Maria Leitão Nunes. **Casas-abrigo**: no enfrentamento da violência de gênero. São Paulo: Veras, 2007. (Série Temas, 6).

SAFFIOTI, Heleieth I. B. **Gênero, patriarcado e violência**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

SCHAIBER, Lilia Blima et al. **Violência dói e não é direito**: a violência contra a mulher e os direitos humanos. São Paulo: UNESP, 2005. (Saúde e cidadania).

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Comentários à lei de combate à violência contra a mulher**: lei Maria da Penha. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

OS PLANOS DIRETORES MUNICIPAIS INSTRUMENTOS DAS POLÍTICAS DE DESENVOLVIMENTO E EXPANSÃO URBANAS OU LEGISLAÇÃO SEM EFICÁCIA NO DIREITO À CIDADE E A SUA FUNÇÃO SOCIAL

*José Bello Salgado Neto**

Resumo: O presente trabalho objetiva discutir o papel dos planos diretores municipais, instituídos por meio da Lei 10.257/91 (O Estatuto da Cidade), a partir da visão de renomados expoentes na área do urbanismo e do direito urbano, com relação à eficácia duvidosa, ou não, desse importante instrumento das políticas urbanas, decorridos quase 22 anos da Regulamentação Constitucional do Capítulo II, inerente à Política Urbana Nacional.

Palavras-chave: Plano Diretor. Políticas Públicas Urbanas. Legislação Urbana. Desenvolvimento Urbano.

Abstract: This paper discusses the role of municipal master plans, introduced by Law 10.257/91 (The City Statute), from the vision of renowned exponents in the field of urban planning and law, with respect to the dubious effectiveness or not this important instrument of urban policy, after almost 22 years of Constitutional Rules Chapter II, inherent in the National urban Policy.

Keywords: Master Plan. Urban Public Policy. Legislation Urban. Urban Development.

1 INTRODUÇÃO

É fato incontestável, senso comum e informação plenamente socializada, que as cidades, mormente as brasileiras e latino americanas, passam por uma crise urbana de grandes proporções, cujo maior reflexo pode ser visto nas desigualdades sociais, as quais se traduzem por uma separação

* Engenheiro Civil, Mestre em Administração, Doutor em Urbanismo e Professor dos Cursos de Arquitetura e Urbanismo e Engenharia Civil da Universidade Estadual do Maranhão (UEMA).

física, que se evidencia nos espaços habitados por ricos e pobres e no acesso aos postos de trabalho e aos serviços básicos de educação e saúde.

Segundo Relatório da ONU, divulgado em outubro de 2008, sobre o estado das cidades no mundo, as cidades latino americanas, ao lado das africanas, ocupam o topo da lista das mais desiguais do mundo na distribuição de renda. As metrópoles sul-africanas são as mais desiguais, seguidas pelo Brasil, Colômbia, Argentina, Chile, Equador, Guatemala e México. O grupo de 19 cidades da América Latina e do Caribe apresentou coeficiente Gini¹ de 0,55, ante 0,54 para as 26 cidades africanas selecionadas pela ONU. A cidade de São Paulo encontra-se no mesmo nível de Bogotá (0,61), na Colômbia, mas o índice na capital foi superior, por exemplo, ao de Nairóbi (0,59), no Quênia. (OBSERVATÓRIO DAS METRÓPOLES, 2009).

Os aspectos mais visíveis dessa situação instalados atualmente nessas cidades, sem dúvida, são frutos da falta de investimentos do setor público em áreas vitais para uma boa qualidade de vida dos seus habitantes. Áreas como saneamento, transporte e habitação não mereceram a atenção dos planejadores e daqueles atores que são responsáveis pela implementação de políticas, materializadas mediante planos e programas de natureza social.

O resultado da inoperância dos governos, ao lado da carência crônica de recursos financeiros, tem sido o surgimento, de forma cada vez mais acelerada, de cidades insustentáveis, principalmente aquelas que acolheram fortes conglomerados industriais, ou aquelas que, sem ter plenamente desenvolvido o setor secundário, atingiram um patamar populacional elevado, que por si só já é fator de pressão sobre a natureza, capaz de produzir desequilíbrios ambientais que se voltam para as comunidades mais próximas do local onde se produzem tais desequilíbrios, causando transtornos de toda sorte.

¹ Medida de desigualdade desenvolvida pelo italiano Corrado Gini em 1912. É comumente utilizada para calcular a desigualdade de distribuição de renda, mas pode ser usada para qualquer distribuição. Ele consiste em um número entre 0 e 1, onde 0 corresponde à completa igualdade de renda (onde todos têm a mesma renda) e 1 corresponde à completa desigualdade (onde uma pessoa tem toda a renda, e as demais nada têm). Os coeficientes de Gini variam de aproximadamente 0.249 no Japão a 0.707 em Namíbia. In: www.worldlingo.com/enwiki/pt/Gini_coefficient.

Algumas situações apontam para a causa ou causas geradoras de pobreza e miséria dos habitantes das cidades, bem como da quase inoperância dos governos no que diz respeito à situação de “engessamento financeiro” em que se encontram.

De acordo com Alva (1997, p. 1), uma das consequências do processo de industrialização foi o crescimento desordenado de grandes cidades que funcionam como concentração de poder e que se constituem em centros de acumulação de riqueza e conhecimento. Essas grandes cidades transformaram-se em metrópoles e controlam vultosas economias regionais, nacionais e até internacionais.

Por outro lado, em países em desenvolvimento a velocidade da expansão urbana é muito maior do que em cidades de países desenvolvidos. Isso pode ser explicado pelo fato de que, nos países em desenvolvimento, a relação entre população x renda pessoal, que sustenta as economias de escala e economias externas, se reflete num maior contingente populacional em detrimento da menor renda per capita, situação que se inverte em países desenvolvidos, ou seja, uma maior renda compensa uma menor população, sendo esta explicada pelo fenômeno da emigração no início do século aliado à diminuição da taxa de natalidade. (ALVA, 1997, p. 5).

Outro dado importante que retrata a péssima distribuição de renda das populações dessas metrópoles é que apenas 10% do número de habitantes chegam a deter 40% do PIB nacional. (ALVA, 1997, p. 15).

Essa situação, como já foi dito antes, gerou um *apartheid* social, que representa a maior das dificuldades para a sustentabilidade nas metrópoles, já que a maioria da população não dispõe de oportunidades de emprego e realização social, materializados pela posse de habitações dignas e fácil acesso aos serviços (educação, saúde, saneamento, segurança, lazer etc).

As conquistas sociais dessas populações marginalizadas, usualmente, só acontecem após algum tempo depois das invasões, quando o poder político legítima a posse da terra de propriedade fiscal e instala serviços públicos gratuitos, não sem antes usar da repressão por meio da força pública.

Por outro lado, essas populações oferecem uma reserva de mão de obra barata e um grande mercado consumidor para a economia formal, no consumo de bens e serviços, cuja significação é representativa pelo volume apresentado.

A grande atração das metrópoles como centros de informação, cultura e oportunidades de emprego e realização pessoal ocasionam a migração populacional, cuja consequência mais visível é o empobrecimento de grande parte da população, que se espelha na “favelização” dos espaços de moradia e na dificuldade de acesso aos serviços essenciais. Ao lado disso, prevalece um modo de vida importado das nações prósperas (consumismo e descarte), contribuindo mais ainda para tornar as grandes metrópoles latino-americanas insustentáveis. Essa realidade, porém, não é “privilégio” apenas de grandes metrópoles, já que cidades de porte médio com até um milhão de habitantes também apresentam aspectos similares de pobreza e decadência urbana.

No Brasil, dados da recente Pesquisa de Informações Municipais (Munic) do IBGE, em relação à habitação, confirmam que a existência de favelas é maior nos municípios mais populosos. Quando considerado o total de 5.564 municípios brasileiros, cerca de 33% declararam ter favelas, mas, considerando-se aqueles entre 100 mil e 500 mil habitantes, o percentual chega a 84,7% e, dos 37 municípios com população acima de 500 mil habitantes, todos, exceto Cuiabá (MT), informaram a existência de favelas. O percentual de municípios que declararam a existência de favelas é maior nas regiões Norte e Nordeste (41%), enquanto a presença de loteamentos irregulares é mais informada nas regiões Sul (62,4%) e Sudeste (59,0%). (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA/MUNIC, 2008).

A causa, ou causas, para a favelização brasileira reside nas desigualdades da nossa sociedade, principalmente na distribuição de renda. E essa marca da sociedade brasileira reflete-se tanto nas diferenças regionais, quanto nas cidades e dentro do mesmo espaço intraurbano.

Entre 1992 e 1999, o rendimento dos 10% mais ricos e o dos 40% mais pobres cresceu percentualmente o mesmo valor, o que significa que, em termos absolutos, o fosso aumentou. As diferenças entre ricos e pobres marcam tanto regiões mais desenvolvidas, como o Sudeste, quanto menos desenvolvidas, como o Nordeste, também incluindo o tecido intraurbano, gerando segregação, que é presença constante no espaço dentro da cidade. (TASCHNER, 2003, p. 23).

Essas diferenças sociais no Brasil são as mais desiguais do planeta, e o planejamento urbano modernista/funcionalista se apresenta como um importante instrumento de dominação ideológica, cuja contribuição prestou-se para ocultar a cidade real e para o surgimento de um mercado

imobiliário restrito e especulativo. Em sua severa crítica ao *status quo* do controle urbano, Maricato (2007, p. 124) lembra que, ao lado de um abundante aparato regulatório – composto de leis de zoneamento, código de obras, código visual, leis de parcelamento do solo etc. –, se encontra uma disposição por parte das autoridades em flexibilizar com a cidade ilegal, fomentando, assim, o caráter de uma instituição fragmentada, porém dissimulada. E conclui que esse aparato técnico corporativo, ou a burocracia ligada à aprovação de projetos e obras, no processo, é apenas um subproduto, sendo alimentado por meio da defesa de seu próprio poder.

Para Abramo (2003, p. 7), na quase totalidade das cidades latino-americanas, o acesso à terra urbana ocorre mediante a informalidade fundiária e/ou urbanística. Esse acesso, segundo o autor, se dá por três “lógicas de ação social”. A primeira é a “*lógica de Estado*”, que parte da premissa de que o poder público é o responsável pela definição da forma, localização e a clientela que terá acesso e usufruirá a terra urbana.

A segunda é a “*lógica de mercado*”, sendo o mercado responsável pela ponte entre os que desejam adquirir a terra urbana e os que são proprietários de terra, dispõem do seu uso e querem abrir mão desse direito para oferecer a eventuais consumidores fundiários ou imobiliários. Esses mercados podem ser formais ou informais, conforme o tipo de vinculação jurídica e urbanística com o objeto de consumo, ou seja, a terra ou o imóvel.

A terceira, a “*lógica da necessidade*”, é motivada pela condição de pobreza, que impede o suprimento de uma necessidade básica. Some-se a essa carência financeira uma carência de natureza institucional, já que caberia ao Estado a oferta de programas públicos para o atendimento da demanda da terra urbana ou, ainda, um déficit de natureza política, que pode ser traduzido por situações de conflito ou consequência de práticas populistas.

Segundo Cymbalista (2005), a urbanização vertiginosa, que ocorreu após um período de acelerada expansão da economia no Brasil, trouxe à tona as mazelas da sociedade brasileira, refletindo nas cidades as injustiças e desigualdades sociais. Para o autor, desde a década de 80, quando se iniciou um período de estagnação econômica, a precariedade habitacional se manifestou nas favelas que ocupam praças, morros, mangues e beiras de córregos, sendo maiores e mais densas nas grandes cidades; nas ocupações irregulares de áreas ambientalmente frágeis; nos loteamentos

irregulares e clandestinos, sem infraestrutura urbana; no elevado adensamento dos cortiços em regiões centrais e intermediárias das cidades.

Rolnik (1977) ressalta que apenas um elemento já é forte o suficiente para definir cidades brasileiras, em que pese suas histórias e localização regional. Trata-se dos profundos contrastes entre condições urbanas “radicalmente distintas convivendo, muitas vezes conflitando, no interior da mesma cidade”. Nesse particular, a autora exemplifica situações territorialmente distintas da desigualdade de oportunidades urbanas, como os morros e o asfalto na zona sul do Rio de Janeiro, o centro e as periferias da metrópole paulistana, ou o mangue e a orla na cidade à beira-mar.

Tais contrastes, além de indicarem enormes desigualdades sociais e econômicas, trazem grandes implicações na dinâmica das cidades, já que nas periferias (favelas, ocupações, invasões) o urbanismo é incompleto e de risco, ou seja, aquele onde existe insegurança do terreno ou da construção, ou ainda da condição jurídica de posse. São essas áreas, com mercados de moradias para pobres, que ambientalmente mais oferecem riscos e são mais difíceis de ocupar com a urbanização, pois se situam em encostas íngremes, beiras de córregos e áreas alagadiças. Rolnik (1977) alerta para o fato de que essa situação também é de risco para a cidade como um todo, já que os espaços mais valorizados – e, portanto, cobiçados pelo setor imobiliário –, por concentrarem mais qualidades em espaços exíguos e por segregarem grande parte da população do seu uso, sofrem os efeitos dos congestionamentos e dos assaltos.

E a autora chama atenção para o estabelecimento de uma contradição permanente entre a ordem urbanística – expressa no planejamento urbano e na legislação – e a gestão. O planejamento estabelece uma cidade virtual, que desconhece a existência dos assentamentos precários (estes incluídos na cidade real), transferindo a responsabilidade para as políticas habitacionais, que, em princípio, teria a responsabilidade de construir habitações para os excluídos do mercado formal. Por outro lado, a legislação se incumbem de definir a condição de ilegalidade para as áreas que se enquadrem nessa situação e aprova marcos regulatórios para as áreas que se encontram no mercado formal. A gestão se encarrega de incorporar minimamente essas áreas do mercado informal à cidade, estendendo serviços e urbanização e atenuando riscos, porém não solucionando definitivamente os problemas que denotam a diferença. Como essas ações são lentas e minguadas, o ciclo se perpetua já que não existe nenhuma certeza

quanto à continuidade de programas de regularização urbanística e promoção habitacional. Outro aspecto negativo do processo é que, por força da própria condição de insegurança dessas comunidades, é favorecida uma situação propícia a barganhas eleitorais. (ROLNIK, 1977, p. 8).

Dessa forma, a situação de insolvência em que sobrevivem comunidades periféricas urbanas, desassistidas pelo poder público, à margem dos planos diretores municipais, sem direito à propriedade, à saúde, à educação, à segurança e ao emprego digno, convivendo com problemas de saneamento ambiental e sendo agente impactante no meio ambiente, tem a sua origem em políticas públicas equivocadas, dispersivas e descontínuas, mormente a habitacional.

Milton Santos, um dos expoentes do movimento de renovação crítica da Geografia, na sua clássica e ainda atual obra “A Urbanização Brasileira”, revela que, ao longo dos séculos, mas, principalmente nos períodos mais recentes, o processo de urbanização brasileiro possui uma estreita e crescente vinculação com a pobreza, “cujo lócus passa a ser, cada vez mais, a cidade, sobretudo a grande cidade”. Para o autor, o campo brasileiro moderno repele os pobres e os trabalhadores da agricultura capitalizada vivem cada vez mais nos espaços urbanos. Por outro lado, a indústria oferece um pequeno número de empregos, e o setor terciário remunera mal. Daí as cidades estarem fadadas a ser “tanto o palco de tantas necessidades que emergem num teatro de conflitos cada vez mais crescentes, como o espaço político e geográfico da possibilidade de soluções”. (SANTOS, 2005, p. 11).

2 OS PLANOS DIRETORES

O Estatuto da Cidade, em seu art. 40, define o Plano Diretor como o “instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana”. Em relação a sua área de influência, este não se limita apenas à área compreendida dentro do perímetro urbano, pois o plano diretor “deverá englobar o território do Município como um todo” (art. 40, § 2.º), que inclui a área rural, já que esta também deve ser objeto de planejamento para a implementação de políticas de desenvolvimento com sustentabilidade, ao tempo em que são levados em conta os aspectos inerentes à preservação da natureza.

Assim, os munícipes não são apenas os cidadãos, haja vista que a boa qualidade de vida é direito fundamental de todos e de cada um, não sendo prerrogativa apenas dos cidadãos urbanos, em detrimento dos rurícolas.

Por outro lado, normas e instrumentos legais podem e devem ser elaborados no intuito de atender a objetivos específicos do Município, da cidade, dos diferentes segmentos sociais da população, das atividades referentes às várias funções urbanas etc., numa visão global e holística. (MILARÉ, 2007, p. 533).

Devendo ser aprovado por lei municipal (art. 40, § 2.º, do Estatuto da Cidade), que deverá ser revista, pelo menos, a cada 10 (dez) anos (art. 40, § 3º), no processo de sua elaboração e na fiscalização da sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais deverão garantir: a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade (art. 40, § 4.º, I); a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos (art. 40, § 4.º, II), bem como o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos (art. 40, § 4.º, III).

Dessa forma, os planos diretores são elaborados de forma democrática e participativa, cujos resultados, durante e após o processo, devem ser transparentes, durante e após a implementação do plano.

É da própria natureza do Plano Diretor que ele seja um desdobramento da Lei Orgânica Municipal, não podendo descer a detalhes, até porque ele “engessaria” normas que requerem constantes adaptações. Assim, sendo observados os arts. 41 e 42 do Estatuto da Cidade, ele terá desdobramentos distintos, como a lei de uso e a ocupação do solo, código de obras, defesa do patrimônio ambiental, saneamento e outros que se fizerem necessários, de conformidade com as dimensões e as características do território e da população do Município. (MILARÉ, 2007, p. 533).

Em relação ao aspecto que concerne à pertinência do Plano Diretor, o art. 41 do Estatuto da Cidade condiciona a sua obrigatoriedade para cidades com mais de 20.000 habitantes (inciso I); para as cidades integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas (inciso II); nas cidades onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4º da Constituição Federal; nas cidades integrantes de área de especial interesse turístico (inciso IV) e nas cidades inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional (inciso V).

2.1A importância do Estudo Prévio de Impacto de Vizinhança (EIV)

O art. 36 do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) prevê que uma lei municipal deverá definir os empreendimentos públicos e privados em área urbana que dependerão de estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV) para a obtenção das licenças ou autorizações de construção, ampliação ou funcionamento a cargo do Poder Público Municipal.

Embora esse instrumento apresente uma forte semelhança com o Estudo de Impacto Ambiental (EIA), o que não significa que este seja substituído por aquele, o EIV deve ir além das questões ambientais para enfrentar todo um conjunto de variáveis urbanas.

Para Ancona e Silva (1992 apud TOBA 2004, p. 225), o conceito de impacto de vizinhança deve se sobrepor às preocupações de natureza ecológica e preservacionista considerando todo um conjunto de relações entre componentes naturais, sociais e econômicos, que são próprios da produção e transformação do ambiente urbano.

Toba (2004, p. 230) faz questão de lembrar que o Estatuto da Cidade elevou o estudo de impacto de vizinhança a instrumento da política urbana, dando-lhe estatura suficiente para ajudar a minimizar os efeitos da ocupação desordenada do espaço urbano legada às gerações presentes e futuras. Segundo esse autor, cada município deve elaborar a sua própria lei instituindo o EIV, que deverá contar com a séria participação de todos os interessados, não permitindo que somente alguns interesses predominem, de modo a permitir que o desenvolvimento econômico e urbano se traduzam por uma melhor qualidade de vida.

E o art. 37 do Estatuto da Cidade aborda essa questão de modo claro quando preconiza que:

Art. 37. O EIV será executado de forma a contemplar os efeitos positivos e negativos do empreendimento ou atividade quanto à qualidade de vida da população residente na área e suas proximidades, incluindo a análise, no mínimo, das seguintes questões:

- I - adensamento populacional;
- II - equipamentos urbanos e comunitários;
- III - uso e ocupação do solo;

- IV – valorização imobiliária;
- V – geração de tráfego e demanda por transporte público;
- VI – ventilação e iluminação;
- VII – paisagem urbana e patrimônio natural e cultural.

Como se observa, a preocupação da Lei com os aspectos socioambientais está presente nesse dispositivo legal, em seu inciso VII, que, imbricado com os demais incisos, se harmoniza e guarda certa relação de causa e efeito, já que o adensamento populacional, o uso e ocupação do solo, a valorização imobiliária, entre outros, podem gerar certa pressão sobre o meio ambiente, causando a sua degradação.

Conforme Toba (2004, p. 232), o citado artigo estabelece as diretrizes para a elaboração do estudo de impacto de vizinhança, pois certos elementos necessitam estar claramente definidos para que o EIV seja um pressuposto que irá influenciar na posterior obtenção da licença ou autorização de construção, ampliação ou funcionamento de um empreendimento.

Para detalhar o nível de investigação do EIV, Toba (2004, p. 233) cita o roteiro do relatório de impacto de vizinhança elaborado pelo Professor Antônio Claudio Moreira, da Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo – FAU/USP, que deve conter:

- a) a atividade prevista;
- b) as dimensões do empreendimento (área construída, clientela, número de vagas para estacionamento etc.);
- c) volumetria e localização dos acessos e saídas de veículos e pedestres, quantidade de viagens geradas e sua distribuição pelo sistema viário de acesso;
- d) nível de ruído gerado;
- e) afluente de drenagem das águas pluviais gerado (quantidade, distribuição temporal e local de lançamento);
- f) área de influência sobre a vizinhança e critérios para a sua delimitação.

O art. 38, que complementa a legislação sobre o EIV, reza que “a elaboração do EIV não substitui a elaboração e a aprovação do estudo prévio de impacto ambiental (EIA), requeridas nos termos da legislação”, o que não deixa dúvidas sobre a substituição desse instrumento pelo primeiro.

Fiorillo (2005, p. 106) entende que o EIV deverá ser sempre executado observando-se, antes dos critérios específicos do próprio instrumento, algumas exigências prévias da Constituição Federal, quais sejam: a) o Poder Público Municipal tem a incumbência de exigir o EIV tanto para a instalação da obra quanto para a instalação de atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental; b) o EIV será necessariamente prévio à instalação da obra ou à instalação de atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental; c) será sempre dada publicidade ao EIV, como estudo complexo realizado por equipe multidisciplinar, observando-se, particularmente no âmbito da Carta Magna, a diretriz fixada no art. 1º, II, que assegura o fundamento da cidadania como constitutivo do Estado Democrático de Direito e que terá desdobramento na Lei 10.257/2001 em face da gestão democrática da cidade.

Dessa forma, o município tem instrumentos legais para preservar a paisagem urbana e, se não o faz, incorre em crime de omissão à lei, já que o EIV, por se tratar de estudo de impacto em ambiente urbano, remete ao município a prerrogativa de exigência prévia, como forma de mensurar até que ponto a natureza e as áreas habitadas serão afetadas pelo empreendimento.

O EIV atende ao princípio da prevenção do dano ambiental e deverá contemplar tanto os efeitos positivos quanto negativos do empreendimento ou atividade, tendo objetivo explícito *a tutela da qualidade de vida da população residente na área e sua proximidade*, (art. 37, caput), ou seja, aquela que habita os bairros regulares ou irregulares, cabendo ao Poder Municipal a responsabilidade civil que lhe é fixada pelo art. 225, § 1º, IV, que é idêntica às demais hipóteses da responsabilidade constitucional por força de lesão ou ameaça aos bens ambientais, devendo transpor para o EIV todo o regime jurídico do Estudo de Impacto Ambiental. (FIORILLO, 2005, p. 106).

2.2 Os Planos Diretores em São Luís

O primeiro plano de desenvolvimento urbano ocorreu na década de 70, como consequência de problemas gerados pela intensa migração na década de 50 e décadas seguintes, fruto de investimentos na malha viária do Estado, o que veio exigir a elaboração de um planejamento

físico-territorial para conter, controlar e direcionar o uso e ocupação do solo na cidade de São Luís, além de atender a uma recomendação do Serviço Federal de Habitação e Urbanismo (SERFHAU), que propunha aos municípios a elaboração de um *Plano de Desenvolvimento Local Integrado* – PDLI. (ESPÍRITO SANTO, 2006, p. 76).

Em 1974, foi elaborado o primeiro Plano Diretor de São Luís e sua respectiva Lei Complementar de Zoneamento, Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo Urbano, cujas diretrizes básicas apontaram três aspectos: a hierarquização das vias urbanas, a organização do espaço urbano em zonas de uso diferenciado e a preservação da paisagem. Seus objetivos eram orientar a circulação de veículos e pedestres, desenvolver a cidade de forma harmônica e garantir a proteção ao meio ambiente natural, cujos resultados se materializaram no estímulo à ocupação de certas áreas e à restrição de uso em outras. (ESPÍRITO SANTO, 2006, p. 76).

Em 1981, a Lei de Zoneamento do Plano Diretor de 1974 foi modificada, em função das demandas de espaço para habitação, ao lado da ineficácia de políticas públicas e de fiscalização para o citado Plano, além da necessidade de implementar ações direcionadas ao desenvolvimento econômico do Estado, por meio de um Distrito Industrial. (ESPÍRITO SANTO, 2006, p. 76).

As alterações da Lei de Zoneamento previram tendências que se consolidaram na década de 80, em especial o redirecionamento do uso e ocupação do solo, por intermédio de novos assentamentos populacionais, e a implantação de novo sistema urbano e de transportes na capital. O distrito industrial também se consolidou em área pré-determinada por decretos estaduais e federais, antes mesmo de ser incluído no Plano diretor de 74. (ESPÍRITO SANTO, 2006, p. 76).

Em 1992, o Poder Público Municipal revisou a sua legislação urbanística, instituindo a Lei 3.252, de 29/12/1992, conhecida como o Plano Diretor de 1992, que foi aprovado com a sua Lei Complementar de Zoneamento, Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo Urbano, no bojo do qual foram formuladas Diretrizes Gerais (Título III), contemplando políticas setoriais, entre as quais, uma específica para o Meio Ambiente.

O Título V (Das Áreas Verdes, Espaços Livres e Preservação do Meio Ambiente) instituiu o Sistema de Gestão Ambiental para a execução de sua Política de Meio Ambiente, vinculado ao sistema de Planejamento e Gestão Urbana. Para dar visibilidade ao Sistema de Gestão Ambiental foi

criado o Conselho Municipal de Meio Ambiente e seu Fundo correspondente ao órgão a ser criado por lei, que funciona como órgão executivo e de suporte técnico-administrativo do Sistema.

A Lei de Zoneamento, Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo (Lei 3.253, de 29/12/92) institui as Zonas de Proteção Ambiental (ZPAs), incluindo a ZPA 2, a qual define seus limites pela “área do entorno das bacias hidrográficas, córregos, rios, riachos, pontes, lagos e lagoas, periodicamente inundáveis pela própria bacia ou marés, que estão contidas em todo o território municipal, concluindo este perímetro”. Nessa área, situa-se o objeto de estudo do caso, ou seja, a área do Coroado.

Espírito Santo (2006, p. 80) chama a atenção para o fato de que, dentre os instrumentos aprovados com o Plano Diretor de 1992, vários seriam oferecidos posteriormente aos municípios no Estatuto da Cidade. Assim, instrumentos como *Direitos de Superfície e de Preempção*, *Direito Real de Concessão e Uso*, *Reurbanização e Urbanização Consorciadas*, *Operações Urbanas (Solo Criado)* e *Transferência do Potencial Construtivo* foram detalhados sob forma de artigos, incisos e alíneas específicas.

Entretanto, esse autor lamenta que, a exemplo de outros tantos municípios brasileiros, tais instrumentos não tenham sido eficazes nos anos subsequentes, com exceção apenas do *solo criado*², que obteve utilização na prática. A causa, segundo o autor, seria a necessidade de um mapa temático anexo ao Plano, que informaria, de modo claro, em que zonas da cidade os instrumentos deveriam ser utilizados.

Outro aspecto importante por si ressaltado foi a utilização de uma base aerofotogramétrica de 1987 para a elaboração do Zoneamento Urbano de 1992, numa época de acelerado crescimento urbano da cidade. Essa impropriedade, ao lado da inexistência de arquivos e plantas de loteamentos já aprovados, foi responsável pela ocorrência de uma série de distorções, entre as quais a imprecisão no lançamento dos memoriais de zona da referida Lei. É o caso de áreas já edificadas em 1992, que foram consideradas como áreas de proteção ambiental e vice-versa, ou seja, áreas

² Instrumento do Estatuto da Cidade definido como a área construtiva, obtida através do Instrumento Urbano da Outorga Onerosa de Construir que, segundo o Art. 134 da Lei nº 4.669/2006 (Plano Diretor em vigência no Município de São Luís) consiste na obtenção da “permissão onerosa, que o Poder Público confere ao empreendedor, para que este construa além dos coeficientes urbanísticos permitidos”.

de proteção ambiental por força de legislação superior, consideradas na Lei de Zoneamento como áreas edificáveis. Esses equívocos foram responsáveis pela correção da aludida Lei em 2000 e 2005.

A Lei 4.669, de 11/10/2006, que aprovou o novo Plano Diretor de São Luís, acrescenta, no Capítulo I, os conceitos de desenvolvimento sustentável e sustentabilidade socioambiental. O primeiro é definido como “o desenvolvimento local equilibrado e que interage tanto no âmbito social e econômico, como no ambiental, embasado nos valores culturais e no fortalecimento político-institucional, orientado à melhoria da qualidade de vida das gerações presentes e futuras” (art. 2º, III, do Estatuto da Cidade).

Já a sustentabilidade socioambiental “é entendida como o equilíbrio dos fluxos socioambientais através de um modelo de desenvolvimento economicamente eficiente, ecologicamente prudente e socialmente desejável” (art. 2º, IV, do Estatuto da Cidade).

3 AS PROMESSAS E ESPERANÇAS DO ESTATUTO DA CIDADE PARA A CONSTRUÇÃO DE CIDADES SUSTENTÁVEIS COM JUSTIÇA SOCIAL

O Estatuto da Cidade (Lei Federal 10.257, de 10/07/2001) foi criado para regulamentar a Constituição de 1988, no tocante aos artigos 182 e 183 contemplados no Capítulo II (Da Política Urbana) da Carta Magna, cabendo aos municípios a responsabilidade de implantar políticas públicas municipais que fomentem a democratização das formas de acesso ao solo urbano e à moradia.

Tais políticas, conforme dito alhures, são implementadas a partir da elaboração do Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano, cuja principal finalidade é associar as diretrizes definidas para o crescimento da cidade com o ordenamento de usos e funções do seu espaço, utilizando-se dos parâmetros definidos na legislação urbanística: Lei do Perímetro Urbano, Lei de Parcelamento da Terra e Lei de Zoneamento.

Xavier (2005, p. 15) lembra que os Planos Diretores já foram empregados em etapas do planejamento urbano no Brasil antes da década de 1980, porém com resultados incipientes na promoção de um “desenvolvimento urbano mais equânime”. E atribui alguns fatores a este insucesso, dentre os quais:

- a) ausência da participação da comunidade no processo de elaboração do instrumento, aliado à importação de modelos genéricos de cidade;
- b) fixação de parâmetros urbanísticos que não consideravam os dados e necessidades socioambientais dos lugares, ampliando a segregação espacial e excluindo a população de menor renda das áreas melhor estruturadas;
- c) a complexidade da legislação urbanística, que demandou processos demorados e dispendiosos de licenciamento de loteamentos e de edificações, contribuindo para a produção da cidade ilegal e desestimulando a participação no controle de sua aplicação.

Nesse particular, Fernandes (1998, p. 56), ao analisar as crescentes tensões entre a cidade oficial e a cidade ilegal, afirma que, além das estratégias de sobrevivência dos pobres urbanos e a mobilização social em torno de matérias urbanísticas e ambientais, dois outros fenômenos têm sido identificados nas duas últimas décadas, o aumento generalizado da pobreza urbana (estimam-se em 15 milhões o número de pessoas vivendo em regime de pobreza absoluta nas cidades³) e o aumento da violência urbana nas cidades de maior porte, que parecem estar ligadas a uma crescente organização do tráfico de drogas.

Por outro viés, Fernandes (2003, p. 160) afirma que o Estatuto da Cidade reconheceu a crise generalizada de moradia e a proliferação de formas de ilegalidade urbana quanto aos processos de acesso ao solo e à moradia enfatizando que:

[...] a combinação da falta de políticas habitacionais adequadas com a ausência de opções suficientes e acessíveis oferecidas pelo mercado imobiliário – são ao mesmo tempo resultados e causas de vários problemas urbanos enfrentados pelos municípios.

Alfonsin (2008, p. 4) cita alguns instrumentos jurídicos contidos no Estatuto da Cidade, como a regulamentação das sanções urbanísticas e

³ FERNANDES, Edésio. Direito do Urbanismo: entre a “Cidade Legal” e a “Cidade Ilegal”. In: _____. (Org.). **Direito urbanístico**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

tributárias aos terrenos subutilizados (art. 182, § 4º) e para os instrumentos de Regularização Fundiária, como o Usucapião Coletivo e a Concessão de Uso Especial para fins de moradia, o que denota, de forma clara, “que o direito de propriedade fica subordinado ao cumprimento de sua função social”. Isso significa que a regulação do direito de propriedade, antes estritamente vinculado ao Direito Privado, passa para o âmbito do Direito Público.

Outro aspecto positivo da Lei observado pela autora é que, ao mesmo tempo em que adota uma série de instrumentos de reforma urbana, não negligencia o necessário equilíbrio entre a garantia do **direito humano à moradia** e o **direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado** nas cidades. Dessa forma, a Lei, desde seu primeiro artigo, estabelece que objetiva regular o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como o **equilíbrio ambiental**, colocando como uma das diretrizes da política urbana a ordenação e controle do uso do solo visando **evitar a poluição e a degradação ambiental**.

Maricato (2002, p.113) também afirma que a nova Lei oferece condições para a mudança histórica do direito de propriedade urbana e, portanto, para mudar o rumo do crescimento das cidades marcado pela desigualdade social. Entretanto, coloca algumas condições para que os instrumentos previstos no Estatuto da Cidade não se tornem “letra morta” ou até mesmo não venham a alimentar ainda mais a dinâmica do mercado excludente. A principal é que as Câmaras Municipais aprovem um Plano Diretor que vá contra os interesses dos proprietários fundiários e daqueles que lucram com a atividade especulativa imobiliária, os quais são normalmente integrantes dos grupos que controlam o poder local.

Isso significa que o Plano Diretor deve definir quando uma propriedade imobiliária “está subutilizada ou não utilizada e quais propriedades, nessas condições, estarão sujeitas ao parcelamento, edificação e utilização compulsórios, e aos demais instrumentos que sucedem a este quando o proprietário não atende as exigências da lei”. Por outro lado, dependendo da correlação de forças local, o Plano Diretor poderá ficar muito aquém daquilo que é permitido pelos instrumentos jurídicos fixados no Estatuto da Cidade. (MARICATO, 2002, p. 113).

As leis de zoneamento, inseridas nos planos diretores, certamente são a expressão mais forte do urbanismo modernista com a pre-

tensão, nem sempre alcançada, de dirigir de forma ordenada o uso e ocupação do solo, utilizando-se de regras genéricas e universais, que separam usos, tipologias de edifícios, padrões de ocupação do solo, níveis de circulação etc.

Esse modelo tem sido severamente criticado desde 1968, por pioneiros como Jane Jacobs e do Team X (grupo inglês que criticou a cidade funcional no 4º CIAM – Congresso Internacional de Arquitetura Moderna), além de outros que, ao longo dos anos, têm ajudado a manter “submerso” esse modelo de planejamento. No Brasil, as críticas sobre a legislação de zoneamento e sua aplicação permitem a seguinte leitura: a) a legislação está bastante descaracterizada com grande parte das edificações e seu uso, fora da lei; b) cria óbices na ampliação do mercado privado em direção a camadas de mais baixa renda; c) não leva em conta a questão ambiental; d) é de difícil compreensão e aplicação; e) desconhece as potencialidades dadas pelos arranjos locais ou informais; e f) contribui com a segregação e a ilegalidade. (MARICATO, 2002, p. 114).

Certamente, esse aspecto do zoneamento monofuncional, com todas as consequências dele advindas, está na raiz dos problemas relativos à favelização brasileira e latino-americana. Para habitarem próximo ao trabalho, as pessoas de baixa renda se instalam em áreas de baixo valor de mercado, sendo estas quase sempre situadas em locais de elevado risco, como encostas de morro e áreas sujeitas a ampliação das calhas dos rios, quando da elevação sazonal dos seus níveis, por exemplo.

Some-se a isso, o fato de que, nas grandes metrópoles globais, centros de decisão capitalista no mundo, o modelo de consumismo exacerbado de bens e serviços é exportado para as grandes metrópoles de países em desenvolvimento, onde o marketing, disseminado amplamente pela mídia, se faz presente nas populações de maior renda, mas também chega até as populações periféricas mais carentes, que não conseguem realizar seus sonhos de consumo. Tal situação favorece o aumento do fosso que separa a cidade legal (construída segundo a obediência à legislação vigente) da cidade real ou alternativa (construída através de processos precários de autogestão dos seus moradores e, em princípio, sem a menor ingerência dos poderes públicos ou privados).

Nesse particular, Maricato (2007, p. 122) entende que “a exclusão urbanística, representada pela gigantesca ocupação ilegal do solo urbano, é ignorada na representação da cidade oficial”, ou seja, que a “cidade ile-

gal” não é contemplada nas várias categorias do planejamento modernista/funcionalista, como também não se enquadra no contexto imobiliário formal/legal. A autora também afirma que a “cidade ilegal” não cabe, rigorosamente, nos procedimentos dos levantamentos realizados pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística). Lembra, ainda, do paradoxo que é o frequente desconhecimento dessa situação por parte dos órgãos municipais de aprovação de projetos, das equipes de urbanistas dos governos municipais, dos serviços públicos de expedição de alvarás e habite-se de construções e, até mesmo, a ausência desses aglomerados urbanos nas representações cartográficas. (MARICATO, 2007, p. 122).

A autora também não exclui, do rol das suas críticas, as universidades, “que são presas da conceituação reificada de arquitetura ou da representação ideológica das cidades”. Da mesma forma, sustenta que a ilegalidade é funcional para as relações políticas arcaicas, diante de um mercado imobiliário restrito e especulativo, já que as anistias periódicas visando a regularização de imóveis são “alimento fecundo da relação clientelista”. (MARICATO, 2007, p. 123).

Por outro lado, Maricato (2007, p. 123) afirma que, sob outra ótica, esse universo dos excluídos é muito disfuncional quando se trata da sustentabilidade ambiental, ou de relações democráticas e igualitárias, ou para a qualidade de vida urbana, ou, ainda, para a ampliação da cidadania. E cita aspectos negativos a ele vinculados, como a segregação territorial e seus desdobramentos – falta de saneamento ambiental, risco de desmoronamentos, risco de enchentes e violência.

Entretanto, em que pese o discurso de que o Estatuto da Cidade resolverá todos os problemas de acesso à terra urbana, o que se vê é exatamente o contrário. As populações, desejosas de ocupar espaços privilegiados pelo fácil acesso aos transportes urbanos e, por conseguinte, próximos aos centros de serviços e/ou empregos, não encontram outra opção que não seja morar em locais insalubres e de risco, onde o mercado não tem interesse de controlar.

Nesse viés, Villaça (1998, p. 45), em sua obra “Espaço Intra-Urbano no Brasil”, demonstra a tese segundo a qual é por meio da segregação que a classe dominante controla o espaço urbano, sujeitando-o aos seus interesses. E que isso se dá através da relação dialética entre tempo e espaço, sendo o primeiro (o tempo de deslocamento de seres humanos até seus locais de interesse) controlado pelo segundo, isto é, à produção do espaço

lhe é agregado um maior ou menor valor, dependendo da sua localização na rede intraurbana e do tempo que alguém leva para se deslocar no interior dessa rede.

Maricato (2005, p. 2), ao se reportar à utopia dos planos diretores, lembra que em suas viagens pelo Brasil constatou “um entusiasmo pouco crítico com o Plano Diretor especialmente vindo de lideranças sociais”. A autora, já demonstrando certo ceticismo em relação a essa panaceia milagrosa que pretende resolver os problemas urbanos e ambientais das cidades, faz a seguinte indagação: se a elaboração de um PD traz à tona uma grande lista de questões técnicas a serem solucionadas por um padrão belga ou suíço na ocupação do solo – sem levar em conta a tradição brasileira de dominação humana e exploração ambiental predatória –, o que deve ser esperado do documento resultante?

A autora ainda levanta dúvidas se o PD pode dar prioridade à demanda da moradia social reprimida, “perdida no interior dessa lista imensa”. Para corroborar suas assertivas, Maricato (2005, p. 2) cita o exemplo da “inacreditável evolução do Plano Piloto de Palmas”, que, a exemplo de Brasília e Goiânia, deixa transparecer que na cidade planejada não se encontra incluída a população de baixa renda e até mesmo parte da classe média, ainda que a mesma tenha espaço para 1 milhão de pessoas e abrigue menos de 200 mil habitantes.

São Luís também foi objeto de sua reflexão, lembrando que, enquanto o discurso é o da reabilitação do centro histórico, governos e capitais privados investem fora dele condenando-o à ruína, a exemplo de muitas capitais litorâneas brasileiras que adotam a tendência de concentrar esforços institucionais e de mercado para “a construção da sua Miami particular”. Dessa forma, os investimentos em obras vão se contrapondo ao bem intencionado planejamento urbano, “subvertendo o adequado crescimento da cidade e desorganizando o mercado de terras”.

Costa (2004, p. 200) também reforça a ideia de que o mercado é quem dita a regra do jogo ao lembrar que nas políticas urbanas recentes, nos casos de conflito pela posse da terra, a balança pende sempre para o lado do privado, em detrimento do uso público e a lógica de mercado exerce sua hegemonia sem ser submetida ao controle público. O resultado é a exclusão de grande parte da população do acesso à moradia, cuja consequência mais imediata é o fenômeno da ilegalidade urbana e seus desdobramentos, como a falta de acesso a serviços urbanos e sociais básicos

(saneamento e saúde) cada vez mais segregados, além dos espaços de convivência e urbanidade reduzidos e substituídos pelos espaços privados, de difícil acesso para as pessoas de baixa renda.

Villaça (2005, p. 8), em sua obra “As ilusões do Plano Diretor”, enfatiza a diferença entre Zoneamento e a ideia do Plano Diretor. Enquanto aquele somente se refere ao controle e uso do solo, este se trata de um instrumento muito mais abrangente, pois busca resolver os problemas fundamentais da cidade, incluindo os transportes, saneamento, enchentes, educação, saúde, habitação, meio ambiente etc. Para o autor, até mesmo aspectos vinculados ao desenvolvimento econômico e social do município devem ser abordados no contexto do Plano Diretor.

Entretanto, lembra que, entre o discurso – uma quase apologia ao Plano Diretor, pela solução miraculosa de todos os problemas urbanos – e a prática, existe uma enorme e inexpugnável distância. No caso particular de São Paulo, o autor, mediante matérias jornalísticas, relembra a grande importância atribuída ao Plano Diretor, como “um conjunto de diretrizes e ações que integrado a um imprescindível planejamento do desenvolvimento urbano, possa representar, a médio e longo prazos, soluções duradouras que iriam resolver os problemas urbanos de São Paulo”. Nesse particular, Villaça (2005, p. 10) também traz à memória que a visão propalada e endossada pelo pensamento dominante era de que os problemas de São Paulo não seriam causados pela desigualdade de riqueza e de poder político da sua população, pelo desemprego, pela miséria, pelas más condições de saneamento, de saúde, moradia e educação da maioria, mas pelo rápido crescimento da cidade, o que demonstra o enorme contrassenso do discurso do PD de então.

O autor, para reforçar a sua tese de que os planos diretores em nada têm contribuído com a qualidade de vida nas cidades, afirma categoricamente que desde o surgimento da ideia de Plano Diretor no Brasil, há sete décadas, não existe notícia de sequer uma cidade brasileira “que tenha sido minimamente pautada, mesmo que por poucos anos, por um Plano Diretor com um nível de abrangência, ambições e objetivos que ultrapassassem significativamente os de zoneamento”. (VILLAÇA, 2005, p.17).

Finalmente, o autor não consegue conter o seu descrédito com os Planos Diretores, de modo geral, ao mencionar na página de abertura da sua obra já aludida uma citação atribuída ao renomado e mundialmente conhecido Paul Singer que diz: “Os planos diretores fracassaram não só

em São Paulo, mas em todo o Brasil e América Latina. Fracassaram não só porque eram falhos, mas porque tomaram os desejos pela realidade”. (SINGER, 1995, p. 177 apud VILLAÇA, 2005, p. 2).

4 CONCLUSÃO

De qualquer modo é bom frisar que de nada adiantam instrumentos postos à disposição de lideranças políticas que não pretendam utilizá-los. Também é necessário que se considerem os aspectos orçamentários do financiamento das cidades. E, nesse campo, não bastam soluções estritamente urbanísticas e físicas. É preciso encontrar mecanismos de sustentabilidade econômica e social das cidades brasileiras. O interesse nacional em torno da reforma tributária (aliás, bastante antigo) também deve incluir a temática urbana.

Isso significa investir na democratização do acesso a condições dignas de vida urbana, facilitando o acesso à moradia, dotando as cidades de sistemas decentes de transporte público, assegurando o fornecimento permanente dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, levando as crianças da rua para a escola, qualificando os espaços comunitários com equipamentos e atividades orientadas para o lazer, além de outras medidas que devolvam ao cidadão a sua dignidade de vida.

Essas são ações que podem ser empreendidas, caso uma equitativa partilha dos recursos tributários destinados às cidades possibilite, sim, a utilização efetiva dos instrumentos que a Constituição Cidadã instituiu e o Estatuto da Cidade se propõe a torná-los aplicáveis. Por isso, os Planos Diretores não podem ser desvinculados dos Orçamentos.

As questões relativas ao Plano Diretor também se encontram imbricadas aos aspectos relacionados aos riscos, pois não é possível gerir uma cidade sem prever as consequências que certas áreas podem acarretar às populações quando indevidamente ocupadas. Entretanto, essa é uma questão que não é levada em conta quando cidades são planejadas, e, se tal ocorre, certamente aqueles que deveriam, em princípio, responsabilizar-se pelo respeito e obediência à legislação instituída e aprovada não o fazem ou simplesmente ignoram o problema. Aliás, paira a dúvida se os planejadores costumam consultar as autoridades responsáveis pela gestão

dos riscos nos municípios, quando da elaboração dos seus PDs.

O descaso com a população carente, vítima dos desastres urbanos não previstos, pode ser comprovado pela simples observação das agendas vinculadas ao modelo de desenvolvimento econômico vigente, que, em seu curso “natural”, tem sido incapaz de minimizar o impacto dos desastres, com a redução da vulnerabilidade social frente às ameaças da natureza, sendo possível constatar-se que, em nenhuma agenda de políticas públicas, materializadas por meio de planos, programas ou projetos, achasse contemplada a variável “vulnerabilidade social”.

Aqui também cabe a crítica à legislação urbana, em particular aos Planos Diretores, exigência do Estatuto da Cidade (Lei Federal 10.257/2001) para centros urbanos com população superior a 20.000 (vinte mil) habitantes. Tal legislação foi criada exatamente com a finalidade de trazer à gestão urbana um caráter mais social e humano, que fosse capaz de compensar as desigualdades na distribuição de renda, dando a todos o direito à cidade sustentável, e, para tal façanha, muitos instrumentos foram instituídos. Como se constata, esses objetivos estão distantes da realidade do cotidiano apresentados pela mídia local e nacional, com raríssimas exceções.

Outro aspecto a ser repensado é o novo papel que os gestores devem exercer nesse contexto. A velha política de clientela, ainda predominante no Brasil, é perniciosa não somente em relação à formação da cidadania, mas também no que se refere ao próprio êxito da administração pública. Por isso, caso os gestores descumpram os planos decididos coletivamente, estes serão inócuos na aplicação dos princípios de gestão democrática das cidades. Nesse caso, os mesmos devem ser responsabilizados. Diferentemente do que tem ocorrido, os planos diretores atuais, de caráter predominantemente executivo, deveriam estabelecer sanções para os casos de descumprimento imotivado, também funcionando como uma espécie de “lei de responsabilidade urbanística”.

REFERÊNCIAS

ABRAMO, Pedro. Eu já tenho onde morar...a Cidade da informalidade. In: ABRAMO, Pedro (Org). **A cidade da informalidade: o desafio das cidades lati-**

no-americanas. Rio de Janeiro: Livraria Sette Letras, FAPERJ, 2003. p. 7-12.
ALFONSIN, Betânia. **O Estatuto da cidade e a construção de cidades sustentáveis, justas e democráticas** (publicado em 29/08/2008). Disponível em: <<http://br.geocities.com/estatutodacidade/betania.doc>>. Acesso em: 26 dez. 2008.

ALVA, Eduardo Neira. **Metrópoles (in)sustentáveis**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1997. 164p.

COSTA, Heloisa; BRAGA, Tânia Moreira. Entre a conciliação e o conflito: dilemas para o planejamento e a gestão urbana e ambiental. In: ACSELRAD, Henri (Org). **Conflitos ambientais no Brasil**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. **Vade Mecum**. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. 1838 p.

CYMBALISTA, Renato. **Cidade e moradia**: desafios da gestão democrática das políticas urbana e habitacional no Brasil. São Paulo: Polis, 2005 (Cadernos Polis, Edição Especial do Fórum Social Mundial 2005). p. 20-25.

ESPÍRITO SANTO, José Marcelo do. Formação histórica e o processo de desenvolvimento da cidade. In: ESPÍRITO SANTO, José Marcelo (Org.). **São Luís**: uma leitura da cidade. Prefeitura de São Luís / Instituto de Pesquisa e Planificação da Cidade. São Luís: Instituto da Cidade, 2006. p. 62-87.

ESTATUTO DA CIDADE: Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. 3. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2010. 80 p. (Série legislação, n. 59)

FERNANDES, Edésio. Direito do Urbanismo: entre a “Cidade Legal” e a “Cidade Illegal?”. In: _____. (Org.). **Direito urbanístico**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. 356 p.

FIORILLO, Celso A. P. **Estatuto da cidade comentado**: Lei nº 10.257/2001: Lei do Meio Ambiente Artificial. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 204 p.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA / MUNIC. **Pesquisa de informações básicas municipais**: perfil dos municípios brasileiros. 2008.

MARICATO, Ermínia. As idéias fora do lugar e o lugar fora das idéias. In: ARANTES, Otília; VAINER, Carlos; MARICATO, Ermínia. **A cidade do pensamento único**: desmanchando consensos. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 121-192.

_____. **Brasil, cidades:** alternativas para a crise urbana. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. 204p.

_____. **O que esperar dos planos diretores?** Discurso proferido na II Conferência das Cidades. São Paulo: USP, 2005. Disponível em: <<http://www.usp.br/fau/depprojeto/labhab/biblioteca/textos/maricato-esperarplanodiretor.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2009.

MILARÉ Édis. **Direito do ambiente:** a gestão ambiental em foco. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 1280 p.

OBSERVATÓRIO DAS METRÓPOLES. **Relatório da ONU destaca as metrópoles latinoamericanas entre as mais desiguais**, 26 out. 2009. Disponível em: <<http://www.observatoriodasmetrolopoles.net>>. Acesso: 26 ago. 2010.

ROLNIK, Raquel. Instrumentos urbanísticos contra a exclusão social. In: _____; CYMBALISTA, R. (Org.). **Instrumentos urbanísticos contra a exclusão social**. São Paulo: Polis, 1997. p. 7-8.

SANTOS, Milton. **A urbanização brasileira**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2005. 176p.

TASCHNER, Suzana Pasternak. O Brasil e suas favelas. In: ABRAMO, Pedro (Org.). **A cidade da informalidade:** o desafio das cidades latino-americanas. Rio de Janeiro: Livraria Sette Letras, FAPERJ, 2003. p. 13-42.

TOBA, Marcos Maurício. Do estudo de impacto de vizinhança. In: MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando D. M. de (Org.). **Estatuto da cidade:** Lei 10.257, de 10.07.2001 – Comentários. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 225-236.

VILLAÇA, Flávio. **Espaço intra-urbano no Brasil**. São Paulo: Livros Studio Nobel, 1998. 373 p.

_____. **As ilusões do Plano Diretor**. Disponível em: <http://www.flaviovillaça.arq.br/pdf/ilusão_pd.pdf>. São Paulo: 2005. Acesso em: 24 jun. 2010.

XAVIER, Hélia Nassif (Org.). **Desafios da nova política urbana**. Rio de Janeiro: IBAM, 2005. 176 p.

O DEVER DE INDENIZAR E OS DESCUIDOS DAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE NA REALIDADE DO MARANHÃO

*Hildélis Silva Duarte Junior**
*Karyn Laisla Pereira Viana***

Resumo: Artigo de caráter exploratório com respaldo bibliográfico oriundo especialmente de dados coletados no PROCON Maranhão, objetivando analisar os descuidos das Operadoras de Planos de Saúde na Atual Realidade Jurídica do Estado, bem como a origem do dever de indenizar. As obrigações das operadoras de plano de saúde são de resultado, assumem o compromisso de prestar um serviço médico com alto padrão e confiabilidade, quando fogem deste, há um inadimplemento contratual. Enfim, é cristalina a insatisfação dos usuários de planos de saúde, fato que revela uma tendência crescente destas empresas ocuparem a liderança de reclamações junto aos órgãos de defesa do consumidor.

Palavras-chave: Danos. Planos de Saúde. Maranhão.

Abstract: Article exploratory literature to support arising especially from data collected at PROCON Maranhão, aiming to analyze the carelessness of the Operators of Health Plans in the Current Legal Reality of the State as well as the source of the duty to indemnify. The obligations of operators of private health plans are result, undertake to provide a medical service with high standards and reliability when fleeing from this, there is a breach of contract. Anyway, it's crystal clear dissatisfaction of users of health plans, a fact that reveals a growing trend these companies occupy the leadership of complaints to the organs of consumer protection.

Keywords: Damage. Health Plans. Maranhão.

* Procurador Autárquico, Conferencista, Professor e Coordenador da Pós-Graduação em Direito do Consumidor, da Universidade CEUMA, Complexo Educacional AEP/CE e ATF/PE Preparatório para Concursos, onde leciona as disciplinas de Direito do Consumidor, Direito Civil e Ética Profissional, Vice-Presidente da Comissão de Direito à Saúde - OAB/MA. Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera UNIDERP/MS. www.duartejr.com

**Graduanda em Direito do 4º período da Universidade CEUMA e Fisioterapeuta Especialista em Terapia Intensiva. E-mail: karynlaisla@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

A busca na melhoria da saúde aconteceu em diversos momentos na história do país desde a revolta da vacina até a atualidade com a finalidade de preservar o bem mais precioso do ser humano, a Saúde. (BERBICZ; RIOS, 2007).

A saúde, segundo a Constituição Federal, é um direito de todos e um dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, e ao acesso universal e igualitário, as ações e serviços para promoção, proteção e recuperação (Art. 196, 1988).

Em respeito à Norma Suprema, as Políticas Públicas de Saúde instituíram o SUS – Sistema Único de Saúde, que, segundo Paim (2009), se baseia em princípios éticos de universalidade, integralidade e equidade e pelos princípios organizacionais da descentralização, hierarquização e participação social. Mas hoje é possível observar que o Sistema Único de Saúde (SUS), responsável pela integralidade das ações de saúde no serviço público, carrega um sentimento de carência, indignação na saúde pública demonstrando, na realidade, uma utopia por parte deste.

Hoje se observa uma lacuna neste sistema, que não dispõe de uma estrutura para suprir o atendimento à população, e de forma tangencial utilizam da rede privada para complementar este direito de forma perfeitamente lícita e constitucional.

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - (2000) estimou que 25% da população do país se associa a algum plano de saúde para suprir a deficiência do sistema público. O plano, que deveria transmitir um serviço de qualidade e segurança, revela-se um caos, desamparando muitos usuários.

Dentre as principais queixas o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor destaca: cobrança de taxas abusivas, reajustes e negativas de atendimentos. Destaca ainda que os planos de saúde são os campeões de reclamações e pedidos de orientação. Só em 2005, perto de 10 mil consultas chegaram à associação via telefone, fax, carta e e-mail, além do grande número de associados que buscam pessoalmente informações na sede da organização.

O Brasil fez avanços importantes em matéria de saúde, mas também é evidente que traz consigo inegáveis problemas estruturais, que determinam profundas desigualdades sociais. (MARQUES, 2006).

Apesar de uma lei específica e de muitas resoluções de órgãos que cuidam dos assuntos de saúde na iniciativa privada ainda é possível observar inúmeros conflitos e prejuízos aos consumidores, o suficiente para provocar tantas reclamações e um sentimento de injustiça nos usuários dos planos de saúde.

Pode-se dizer, então, que a gravidade dos deslizes dos planos de saúde é um fato altamente preocupante não só para a saúde dos consumidores, como também para a sua pulsação financeira. Problemas estes que ainda não foram resolvidos pelo órgão governamental criado para cuidar do setor, a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, de que se espera um resultado coerente e compatível com os direitos garantidos pela constituição, justificando, portanto a realização desta pesquisa.

A estratégia metodológica utilizada nesta pesquisa tem caráter exploratório com respaldo bibliográfico oriundo de dados coletados em fontes do PROCON Maranhão, livros, revistas e artigos objetivando analisar os descuidos das Operadoras de Planos de Saúde na Atual Realidade Jurídica social e o dever de indenizar.

2 PLANOS DE SAÚDE NA REALIDADE JURIDICA DO MARANHÃO

Os conflitos entre as empresas e os consumidores, para Nunes (2007), vêm de muito tempo, e muitos deles ainda perduram sem solução. O setor de planos de saúde também chamado de saúde suplementar, assistência privada à saúde, surgiu e se consolidou à margem de controle do Poder Público regulado pelo artigo 197, Constituição Federal.

O objetivo principal do plano de saúde é atender a população através de assistência médica altamente qualificada e de forma acessível aos seus beneficiários, e englobando planos individuais, familiar e empresarial, com amplas coberturas, livre acesso aos médicos credenciados e atendimento em todo território nacional para casos de urgência e emergência (BOTTESINI; MACHADO, 2005). Mas o que se vê é que a finalidade está bem distante do compromisso com as ações de prevenção e ou recuperação, pois há longas carências, taxas abusivas e muitas exclusões de cobertura deixando portanto os consumidores sem proteção, revelando somente o objetivo de auferir vantagem, lucro.

As discrepâncias nos sistemas de Saúde acabam prejudicando os brasileiros, seja pelo grande número de convênios quebrados por dificuldades financeiras seja pelas principais queixas de consumidores que não conseguem marcar consultas, exames e cirurgias. (LOUREIRO, 2007).

São inúmeros os incômodos sofridos pela população. É visível que no país há um aumento significativo de usuários de planos de saúde que não conseguiram autorização das empresas para internação em leitos de UTI de clínicas e hospitais conveniados ou ainda em situações de emergência e ou urgência que não são atendidos pelos planos de saúde. (SOUZA, 2008).

Por outro lado, existem ainda as reclamações quanto ao tempo de carência dos planos, reajustes de mensalidades e os descredenciamentos de médicos, hospitais e laboratórios, o que coloca os conveniados num cenário de constante insegurança e deteriora gravemente o serviço essencial previamente pago.

O Governo federal, em busca de medidas e ações de saúde, editou e publicou em 3 de junho de 1998 a Lei 9.656, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde, a fim de regular tal setor, e criou através da Medida Provisória n.º 1.928, reeditada pelas Medidas Provisórias n.º 2.003-1 e 2.012, todas de 1999, e posteriormente convertida na lei 9.961 de 28 de janeiro de 2000, a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, que atua em todo o território nacional como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde. (GREGORI, 2007).

Segundo dados da ANS, 96% utilizaram o plano nos últimos 24 meses e 64% tiveram algum problema. Entre os mais apontados estão demora na marcação de consultas (53%), médico descredenciado (30%), demora na autorização da consulta (25%), falta de médicos nas especialidades (20%).

Por outro lado, a Idec é a mais importante associação de consumidores e, desde 1987, trabalha para promover a educação, a conscientização, a defesa dos direitos do consumidor e a ética nas relações de consumo, com total independência política e econômica. E a partir desta, a população começou a entender que o direito à saúde está na lei e, por isso, as ações contra o poder público e privado estão aumentando graças aos trabalhos das associações e órgãos responsáveis que através da mídia e de boletins informativos buscam passar constantes informativos à população.

Em busca destes direitos o cidadão ludovicense encontra apoio na Procuradoria de Proteção e Defesa do Consumidor do Maranhão (PROCON) e por meio do poder Judiciário. O órgão funciona como auxiliar do Poder Judiciário e seu principal objetivo é tentar solucionar, previamente, demandas entre consumidor e fornecedor ou prestador de serviços, seja por um serviço mal prestado ou por um risco à saúde, e assim se necessário direcionar a lide para o Juizado Especial Cível, onde este exerce jurisdição.

Diante de tantos abusos e inconformismos é possível observar uma população que cada vez mais luta por seus direitos. Essa busca por direitos é compatível com Canotilho (2000), que declara que o cidadão está mais antenado sobre o seu papel em buscar um atendimento com mais dignidade e urbanidade.

Fato esse, comprovado nos resultados da pesquisa do PROCON-MA, que constatou que os números de reclamações em geral aumentaram significativamente se comparados com os anos anteriores, conforme gráfico 1 abaixo.

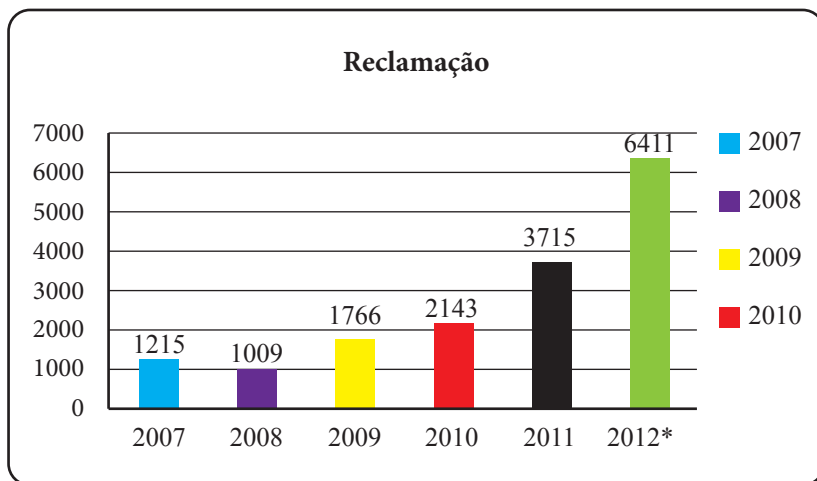


Gráfico 1 – Reclamação Fonte: PROCON-Maranhão

Por outro lado, acrescenta Martins (2007) que as denúncias aumentaram consideravelmente, não só em função das ocorrências, mas também devido ao conhecimento que a população adquire em relação ao

importante papel fiscalizador dos conselhos de classe e ao próprio exercício da cidadania. Em relação às reclamações direcionadas apenas às operadoras dos planos de saúde, segundo dados do PROCON-MA, observa-se um crescente aumento. Em 2011 eram apenas 326/6411 reclamações; até outubro deste ano duplica esta realidade em 741/24873. Vale ressaltar que estes números ainda são pequenos referentes ao universo de deslizes provocados por estas empresas junto aos consumidores. Talvez o número ainda tímido de reclamações seja resultado do medo dos usuários de ingressar com uma ação na área da saúde e ou de ficar por anos lutando na justiça.

De acordo com o PROCON-MA, os principais problemas enfrentados pelos consumidores de planos de saúde são a negativa de cobertura ou dificuldade para marcação de consultas, exames e cirurgias de qualquer grau de complexidade ou cancelamentos efetuados no momento da realização do procedimento, o descredenciamento de estabelecimentos e profissionais de saúde sem a substituição por outros equivalentes e sem a comunicação prévia aos consumidores conforme determina o artigo 17, parágrafo 1º da Lei 9.656/1998, quadro que se reflete na triste realidade do Maranhão quanto ao direito à saúde.

Contudo, observa-se que as relações entre os usuários e as operadoras de planos de saúde ainda preocupam órgãos e entidades responsáveis e principalmente o Código de Defesa do Consumidor. Situações que revelam uma deterioração e bagunça generalizada nos planos de saúde e na vida dos conveniados que em vez de buscar soluções na maioria das vezes se vinculam a mais problemas.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PLANOS DE SAÚDE

Sabe-se que a saúde é um direito incontestável, garantido por lei, seja pelo Código de Defesa do Consumidor, pela lei que regulamenta os planos de saúde, resoluções da Agência Nacional de Saúde Suplementar ou pelas jurisprudências dos Tribunais Superiores.

Devido à grande discussão nos serviços de planos privados de assistência à saúde, segundo Gregori (2007), foi criada a Lei 9.656 que, pela primeira vez no Brasil, regulamentou os serviços oferecidos pela saúde suplementar. De um lado tem-se uma população em busca de seus direitos

e de outro as próprias empresas de seguro reivindicando uma legislação vigente e clara.

A regulamentação feita tem a qualidade evidente de garantir os direitos do consumidor através das condições do contrato; contrato de referência, com coberturas de todas as doenças, sem prejuízo da escolha pelo consumidor de contratos diferenciados, compatíveis com suas necessidades e condições pessoais; criação de obrigações para as operadoras no tocante aos produtos oferecidos e quanto à fiscalização de sua situação econômico-financeira, com vistas a assegurar o cumprimento futuro dos compromissos assumidos. (LOUREIRO, 2007).

No século XXI, com os constantes avanços surge a necessidade de preservar valores que são cada vez mais raros e, por isso, valiosos no mundo atual, segurança, previsibilidade e proteção contra riscos futuros, valores que no mercado de trabalho são oferecidos através dos planos e seguros privados de saúde, os quais possibilitam transferência legal de riscos futuros envolvendo a saúde do consumidor e de seus dependentes a serem suportados por empresas de assistência médica, cooperativas ou seguradoras, prometendo segurança e previsibilidade, face ao pagamento constante e reiterado das mensalidades. (MARQUES, 1986).

Os planos de saúde, segundo Gregori (2007) são formalizados mediante contrato de adesão da parte consumidora, sendo as cláusulas estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor. Dentre as principais características dos contratos de plano de saúde, é importante ressaltar sobre sua onerosidade: o consumidor deverá pagar pelos seus serviços, pela aleatoriedade, pela extensão das prestações de forma variável, pelo caráter sinalagmático entre as partes e obter uma relação contratual duradoura.

As obrigações das operadoras de plano de saúde são de resultado, já que assumem o compromisso de prestar um serviço médico com alto padrão e confiabilidade; quando fogem deste, há o descumprimento contratual.

A responsabilidade civil contratual, segundo Diniz (2006), surge do inadimplemento de uma obrigação e a moderna doutrina conceitua a responsabilidade civil como uma obrigação derivada de assumir as consequências de um fato, podendo ser classificada em razão da culpa e quanto à natureza jurídica da norma violada. Quanto ao primeiro critério a responsabilidade é dividida em objetiva e subjetiva e em razão do segundo ela pode ser dividida em responsabilidade contratual e extracontratual.

A teoria da responsabilidade civil subjetiva está ancorada em três alicerces: a culpa, o dano e o nexo causal, significando que a vítima de um dano, para obter indenização, precisa demonstrar a culpa do ofensor e nexo causal entre a conduta daquele e o dano. Logo aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia cause dano a outrem, cabe a reparação. No tocante à responsabilidade objetiva, haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (MARQUES, 2007).

Entende-se ainda que a responsabilidade contratual está baseada no adimplemento da obrigação pactuada entre as partes, e a extracontratual aquela que se origina da prática de um ato ilícito por pessoa capaz ou incapaz, da violação de um princípio geral de direito, visto que não há vínculo anterior entre as partes, por não estarem ligadas por uma relação obrigacional, logo caberá à vítima provar a culpa do agente.

Neste contexto, Gregori (2007) afirma que a responsabilidade das operadoras de planos de saúde incorpora nos casos de defeitos e ou vícios do negócio jurídico, pois além de fornecedoras são também prestadoras de serviços. O Código do Consumidor, em seu artigo 14, é claro quando declara que o prestador de serviço responde de forma objetiva pela reparação dos danos causados aos consumidores pelos defeitos relativos aos serviços prestados e pelas informações insuficientes ou inadequadas sobre a fruição e os riscos do serviço.

Por exercer uma atividade comercial, a empresa enquadra-se no conceito de fornecedor, que para Souza (2008) é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, ou seja, um paciente ao remunerar o plano de saúde mensalmente, em troca de prestação de serviço, configura-se consumidor.

Deste modo, Marques (2006) revela que a aplicação do CDC exerce grande papel no setor da saúde suplementar, pois ele é um instrumento nivelador, que busca um equilíbrio na relação de consumo dentro dessa atividade econômica, partindo do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor hipossuficiente e de seus direitos básicos à efetiva prevenção de danos patrimoniais e morais.

Segundo Nunes (2007), a responsabilidade civil objetiva das operadoras de plano de saúde engloba a teoria do risco, que significa respon-

sabilidade pelo dano, compreendidos os eventos incertos e futuros inesperados, mas, temidos ou receados que possam trazer perdas ou danos. Por essa teoria, evidencia-se que todo prejuízo é imputado ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de se cogitar da ideia de culpa. Pode o agente estar sujeito a reparar o prejuízo independentemente de culpa, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem.

Neste contexto, a probabilidade da ocorrência de fato lesivo pode vir a ocorrer no exercício de uma atividade profissional, ou seja, a responsabilidade civil é oriunda da atividade ou profissão exercida no lesado, trazendo-lhe diminuição da capacidade produtiva ou privando-o dessa capacidade. Surge obrigação legal de reparar os danos ou perdas resultantes dos acidentes de trabalho que se comete ao empregador, independentemente da existência da culpa por parte deste. (SOUZA, 2008).

Esta modalidade, segundo Fouri Neto (1998), revela um dos grandes problemas gerados por erro médico; não é o nosso foco, mas é importante ressaltar que vincula a responsabilidade das operadoras dos planos de saúde perante os consumidores, por eventuais erros médicos e falhas na prestação de serviços nas clínicas e nos hospitais conveniados. Enquanto protegidos por lei, há a existência de uma obrigação solidária não só entre os fornecedores diretos dos serviços, mas entre todos os envolvidos que têm a obrigação de oferecer a qualidade e segurança nos serviços prestados. Os artigos 24 e 25, do Código de Defesa do Consumidor, são transparentes quando declaram o dever imperativo de qualidade que se estende a todos que estão na cadeia de fornecimento, impondo a solidariedade de todos os fornecedores, inclusive as operadoras (parágrafo único do art. 7º do CDC).

A prestadora de serviços de plano de saúde, segundo Stoco (2010), é responsável, concorrentemente, pela qualidade do atendimento oferecido ao contratante em hospitais e por médicos por ela credenciados. Logo, quando não possuir médicos em número suficiente para atender uma especialidade, deixou de cumprir o que se comprometera no contrato, revelando um confronto na obrigação ora pactuada em que o consumidor com quadro de urgência e ou emergência tenha que aguardar por meses, com evidente risco de vida, para ser atendido por médico conveniado. O plano de saúde é parte legítima passiva em ações que visam a apurar a responsabilidade do profissional por ela credenciado, pois é responsável pelo

serviço prestado, tendo direito de ingressar com ação regressiva contra o profissional, desde que prove a culpa do mesmo.

A entidade privada de assistência à saúde, que associa interessados através de planos de saúde e mantém hospitais ou credencia outros para a prestação de serviços a que está obrigada, segundo Souza (2008), têm responsabilidade solidária pela reparação dos danos decorrentes de serviços médicos ou hospitalares credenciados.

A maioria dos contratos dos serviços de planos de saúde são por adesão. Suas cláusulas muitas vezes não se harmonizam com o princípio da boa-fé objetiva e com as regras do Código de Defesa do Consumidor. Logo ao perceber que não houve previsão ou cobertura contratual legal, ou a recusa da operadora em fornecer seus serviços, sejam eles medicamentos e/ou tratamentos, pode implicar a operadora no dever de indenizar.

Em busca de solucionar estes conflitos, a jurisprudência é clara ao dizer quanto ao reajuste anual, aos contratos novos individuais/familiares, que devem ser aprovados pela ANS e previstos no contrato. Com relação ao atendimento negado por atraso no pagamento, é admitido somente suspensão do atendimento ou cancelamento do contrato se o consumidor atrasar mais de 60 dias, desde que notificado previamente até o 50º dia. Não se admite ainda a validade da cláusula de exclusão de pagamento de seguro de reembolso de despesa com internação hospitalar, quando, apesar da internação, não houver a cirurgia (3ª CC - TJRS, 30.09.1992, AC 592070528).

Em casos de descredenciamento de hospital, laboratório, médicos e outros serviços o plano de saúde deve substituir o hospital por outro equivalente e comunicar aos consumidores e à ANS com pelo menos 30 dias de antecedência. Caso o consumidor esteja internado e o descredenciamento ocorrer por vontade do plano de saúde, o hospital deverá manter a internação e a operadora arcará com as despesas até a alta hospitalar. Com relação ao descredenciamento de laboratórios e profissionais, bem como os referentes a contratos antigos, a rede credenciada deve ser mantida, a não ser em situação excepcional. Neste caso, os consumidores deverão ser previamente avisados, com substituição do profissional ou estabelecimento por outro do mesmo nível. (GONÇALVES, 2000).

Julgou-se inadmissível a exigência de apresentação de guia de internação subscrita por médico credenciado, até 24 horas depois da in-

ternação de urgência determinada por médico não credenciado; se o paciente é atendido por médico particular e nessa situação é internado, é mais do que evidente que nenhum outro médico credenciado interferirá ou assinará requisição de guia, criando-se um impasse que, como bem salienta o julgador, viola a essência do contrato (AC da 14ª CC - TJSP, na AC 222589-2/3, de 08.03.1994).

Se o segurado procura hospital conveniado com o plano de saúde, considerou-se abusiva a cláusula que condicionava a cobertura ao atendimento por médico credenciado, a cláusula VI, nº 8º, do mesmo plano de saúde exclui da obrigatoriedade do ressarcimento tratamento e exame de qualquer espécie por médicos não credenciados, mas, como se pode concluir, trata-se de verdadeiro artifício malicioso utilizado pelo plano de saúde, porquanto ao credenciar determinado hospital está aceitando o tratamento por médicos a este vinculados, e não seria possível ao autor ficar procurando médico que se dispusesse a atendê-lo nesse hospital (AC 223.242-2/8, 18ª CC - TJSP, de 09.05.1994).

Diante da longa espera enfrentada para realizar consulta, exame ou cirurgia, a ANS editou a Resolução Normativa nº 259, estabelecendo prazos máximos para que o usuário tenha acesso aos procedimentos que seu plano lhe dá direito. A limitação do número de dias de internação não foi aceita pela 15ª CC - TJSP, na AC 222.217-2/7, em ac. de 22.02.1994, porque a norma contratual há de ser respeitada, sob pena de chegar-se ao absurdo de impor ao próprio paciente que limite a extensão do seu mal ou que estabeleça o prazo da sua internação.

Quanto aos contratos de seguro ou de assistência excluem, de modo geral, a cobertura para o tratamento dos pacientes afetados pelo vírus da AIDS. A 18ª CC - TJSP considerou que, já estando sendo prestada a assistência, ela deve de qualquer modo continuar, na medida em que a suspensão de tratamento médico do paciente aidético, como notório, implica abreviação da morte, reservado à seguradora o direito de, na ação principal, uma vez acolhida a sua tese de exclusão, cobrar-se das despesas efetuadas (MS 231.992-2, de 29.03.1994).

É muito comum cláusula abusiva que permita à entidade de assistência rescindir unilateralmente o contrato, utilizada quando o paciente avança na idade ou começar a aparentar doenças. A 19ª CC - TJSP, na AC 292.337-2/6, considerou inválida a cláusula que permitia os planos de saúde a extinção unilateral do contrato de cobertura de serviços médicos,

ainda durante o período de carência. Já a extinção do contrato por falta de pagamento das prestações somente pode ocorrer depois de constituído o devedor em mora, pois as cláusulas contratuais devem ser interpretadas em favor do consumidor (AC 18ª CC - TJSP, AC 233.323-2/6, de 09.05.1994).

As reclamações dos consumidores insatisfeitos, segundo Marques (2000), só tendem a aumentar depois de a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) ter autorizado um reajuste de até 7,93% para os planos individuais contratados a partir de janeiro de 1999 ou adaptados à lei nº 9.656/98, causando assim um impacto no orçamento familiar, mas para esta situação suplicam-se as autoridades competentes para analisarem ao caso concreto.

Acredita-se então que, no Judiciário, estes são os principais conflitos que tiram o Estado da Inércia em busca de solucionar estes problemas, compatível com Kramer (2007).

Destaca ainda que a maioria dos casos que chegam aos plantões dos tribunais brasileiros é de consumidores lutando contra planos de saúde em situações de emergência.

Enfim, é clara a insatisfação dos usuários de planos de saúde, fato que revela uma tendência crescente destas empresas ocuparem a liderança de reclamações junto aos órgãos de defesa do consumidor.

É interessante ressaltar que muitas conquistas foram obtidas pelos consumidores em relação às restrições e abusos destes sistemas de planos de saúde, mas muitos precisam ser conquistados e garantidos e várias diretrizes devem ser adotadas pelos órgãos competentes em busca de solucionar tal questão.

4 CONCLUSÃO

O dever de indenizar das operadoras de planos de saúde surge a partir da recusa da empresa em fornecer seus serviços, sejam eles por internação, consultas, medicamentos e tratamentos ou por falhas na prestação destes e erros médicos.

Para tal, o cidadão ludovicense pode procurar a Procuradoria de Proteção e Defesa do Consumidor do Maranhão (PROCON), que funciona como auxiliar do Poder Judiciário e seu principal objetivo é tentar solucionar, previamente, demandas entre consumidor e fornecedor ou

prestador de serviços, seja por um serviço mal prestado ou por um risco a saúde, e assim direcionar a lide para o Juizado Especial Cível, onde este exerce jurisdição e resolver a lide.

É notável que a gravidade dos deslizamentos dos planos de saúde é um fato altamente preocupante para a Saúde de seus usuários. Diante disso a população aguarda das autoridades competentes uma solução diante desta lamentável realidade social.

Vale ressaltar que cogita-se uma adequação da organização do Judiciário Brasileiro frente à essas demandas cada vez mais frequentes, a fim de promover maior precisão e celeridade na apreciação dos atos que afetam tão importante bem jurídico.

Conclui-se, portanto que os planos de saúde violam as normas preestabelecidas no nosso País e diante desta devemos buscar os nossos direitos para que se possam cumprir tais regras.

Contudo, recomendam-se, outros estudos nesta área, para dirimir os conflitos a fim de beneficiar cada vez mais a relação entre os usuários e as operadoras de planos de saúde e assim ampliar a base científica das evidências do direito do consumidor.

REFERÊNCIAS

BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. **Lei dos planos e seguros de saúde**: comentada artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BRASIL. Lei 9.656, de 3 de junho de 1998. **Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde**. 1998.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.

BERBICZ, Rafael Baggio; RIOS, Rodrigo Sánchez. **Fraudes em planos de saúde e seus reflexos na manutenção do sistema e beneficiários**. 2007. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2007.

_____. **INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA**. Pesquisa sobre usuários de planos de saúde. IBGE, 2000. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>>. Acesso em: 29 out. 2012.

_____. **AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. (Brasil).** Agência Nacional de Saúde Suplementar. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br>>. Acesso em: 20 out. 2012.

PROGRAMA ESTADUAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR (Maranhão). Gerência de Proteção e Defesa do Consumidor do Maranhão. Disponível em: <www.procon.ma.gov.br>. Acesso em: 10 out. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O problema da responsabilidade do Estado por atos lícitos. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco**, Pernambuco, n. 10, p. 26-31, jan./dez. 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva 2006.

GREGORI, Maria Stella. **Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **O consumidor dos Planos de Saúde**. IDEC, 2005. Disponível em: <www.idec.org.br/>. Acesso em: 20 out. 2012.

FOURI NETO, Miguel. **A responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

KRAMER, Ana Cristina. O Poder Judiciário e as ações na área de saúde. **Revista Doutrina**, São Paulo, n. 15, 2007.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **Responsabilidade civil nos planos e seguros de saúde**. São Paulo: Saraiva. 2007.

MARQUES, Claudia Lima. Expectativas dos consumidores nos planos e seguros privados de saúde e os atuais projetos de lei. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, n. 20, p. 71-87, 2000.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS, Leonardo Resende. Operadores do direito e mudança social. **Revista Themis**, Fortaleza, n. 6, 2000.

NUNES, Rizzatto. O código de defesa do consumidor e os planos de saúde: o que importa saber. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, v. 48, p. 85-88, 2003.

PAIM, Jairnilson. **O que é o SUS**. São Paulo: Fiocruz, 2009.

SOUZA, Neri Tadeu Câmara. Responsabilidade civil dos planos de saúde. **Revista Jornal Jurid**. Brasília, v. 32, 2008.

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

**DISCURSOS
INSTITUCIONAIS**

DISCURSO – II ENCONTRO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO MARANHÃO*

Senhoras e Senhores,

O direito à educação básica é uma das prioridades da ação institucional e interinstitucional do Ministério Público Maranhense, assim como meta prioritária do Ministério Público Brasileiro no Conselho Nacional de Procuradores-Gerais do

Ministério Público dos Estados e da União (CNPJ), por meio da Comissão Permanente da Educação (COPEDEC), em atuação conjunta com o Ministério da Educação.

Partindo dessa premissa, o principal objetivo deste Encontro é a troca de ideias, experiências e a qualificação de todos aqueles que, assim como os membros do Ministério Público, atuam na defesa deste direito básico e imprescindível para o desenvolvimento social.

A educação básica, como cediço, é o alicerce para a transformação de uma nação. Quando satisfatória, seus reflexos redundam, positivamente, em todos os seguimentos sociais, inclusive na economia e na geração de renda.

A propósito, segundo pesquisa recente, a partir da análise de habilidades cognitivas e do desempenho escolar de alunos em 40 países, realizada por uma das mais respeitadas consultorias sobre sistemas de ensino no mundo, a americana EIU – Unidade de Inteligência Econômica, o Brasil ocupa o penúltimo lugar no *ranking* sobre a qualidade da educação, na frente, apenas, da Indonésia. Neste *ranking*, vale ressaltar, a Finlândia e a Coréia do Sul ocupam os primeiros lugares.

* Pronunciado pela Procuradora-Geral de Justiça do Estado do Maranhão, Dr^a. Regina Lúcia de Almeida Rocha, em 12/03/2013, durante a abertura do “II Encontro Estadual de Educação do Ministério Público do Maranhão”, cujo tema foi “Desenvolvimento local, transparência e controle: o desafio da nova gestão municipal”.

Outrossim, no Relatório elaborado pela Unesco – Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, em 2012, sobre o Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (IDEB) em 128 países, o Brasil aparece na 88ª posição, atrás de países como Honduras (87ª) e Equador (81ª), bem menos desenvolvidos, assim como dos nossos vizinhos e parceiros de comércio Argentina (38ª), Uruguai (39ª) e Chile (51ª), países estes onde os índices de violência são baixíssimos se comparados com os indicadores brasileiros, levando-nos a concluir que há uma nítida relação entre educação e segurança pública.

Apesar dos avanços nos últimos anos, o certo é que o IDEB do Brasil, como um todo, ainda é preocupante.

No Maranhão, assim como nos demais Estados brasileiros, um dos algozes à oferta de uma educação de qualidade é o desvio dos recursos a ela destinados.

Com efeito, segundo demonstram as pesquisas, o IDEB se mostra tanto mais crítico nas localidades onde há maior grau de desvio de verbas públicas. Daí por que, sobretudo neste ponto, o Ministério Público não pode tergiversar para a fiscalização da aplicação correta desses recursos, o que inclui não só a proposição das ações cabíveis, quando necessário, como, também, o envide de esforços voltado ao rápido deslinde destas ações, para que as políticas públicas educacionais, no mais curto espaço de tempo possível, possam se tornar efetivas.

Logo, para que tais indicativos, nada satisfatórios, venham a melhorar, é primordial que cada qual cumpra a parte que lhe compete para a implementação de uma educação de qualidade.

Por isso, é de suma importância que, neste Encontro, sejam assumidos compromissos, bem assim traçadas estratégias e metas para tal consecução.

Não tenho dúvida de que deste conclave, em face do comprometimento dos que aqui se fazem presentes, sairão propostas que contribuirão efetivamente para a concretização do direito fundamental a uma educação de qualidade.

Permito-me finalizar esta breve mensagem citando Immanuel Kant, para quem “*o homem não é nada além daquilo que a educação faz dele.*”

Muito obrigada.

DISCURSO – IV ENCONTRO COM GESTORES PÚBLICOS*

Senhoras e Senhores,

A união de esforços entre Órgãos destinados ao exercício do controle sobre os atos de gestão pública, para a discussão de temas importantes com os novos administradores, eleitos em 2012, é uma atitude genuinamente democrática do Ministério Público Estadual e do Tribunal de Contas do Estado, a demonstrar a preocupação destas Instituições para com tais gestores, objetivando prevenir problemas relacionados à aplicação dos recursos públicos.

Em verdade, a parceria com o TCE já rendeu bons resultados em outras oportunidades, a exemplo do programa “Contas na Mão”, ajudando a difundir por todo o nosso Estado a cultura da transparência e da participação popular na gestão pública, com excelentes resultados práticos, inclusive no âmbito jurídico, derivados da doutrina e jurisprudência locais favoráveis à execução, pelo Ministério Público, de imputação de débitos e multas aplicados em acórdãos da Corte de Contas Estadual.

Portanto, senhores gestores, a experiência demonstra que quando Órgãos e representantes destes unem seus ideais, de forma verdadeira, em prol da efetivação e manutenção de um Estado de Democrático de Direito e de JUSTIÇA, é possível sair da retórica e do discurso demagógico para a materialização de ações.

Em sendo assim, um assunto importante que será debatido e que deve ser um dos principais interesses da gestão pública municipal é o desenvolvimento local. Para isto, a participação do SEBRAE - Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas, neste evento, vai contribuir de forma expressiva para o incremento do desenvolvimento municipal, em parceria com as Prefeituras e as Câmaras Municipais, posto que este, no Maranhão, tem sido uma mola propulsora do empreendedorismo, ge-

* Proferido pela Procuradora-Geral de Justiça do Estado do Maranhão, Dr^a. Regina Lúcia de Almeida Rocha, durante a abertura do IV Encontro de Gestores Públicos, em 22/05/2013, cujo tema foi “*Educação de qualidade: direito de todos os maranhenses*”.

rando emprego e promovendo a dignidade. Aliás, onde prevalece o trabalho e a geração de renda há, em contraponto à violência, mais bem-estar social, facilitando, assim, a atuação do poder público, que aplicará menos para conter a criminalidade e investirá mais em benefícios para a população.

Do ponto de vista do Ministério Público do Maranhão, posso afirmar, na qualidade de Procuradora-Geral de Justiça, que a nossa maior expectativa em relação aos novos gestores – tanto aos aqui presentes quanto aos que não puderam comparecer – é a PROIBIDADE nas suas administrações. Desejamos, sim, que, ao invés de um expressivo número de ações civis públicas por ato de improbidade administrativa ajuizadas, o Ministério Público se regozije de pouquíssimas ações dessa natureza propostas, em razão do sucesso de Administrações Públicas cumpridoras de seus deveres.

Para alcançar tal desiderato, no tocante à transparência na gestão fiscal, o Ministério Público, não só tem instruído o cidadão acerca das ferreamentas administrativas e jurídicas a seu dispor, como tem promovido audiências públicas nos municípios, palestras etc., mostrando à sociedade que a participação popular na gestão pública é garantida por lei e que os gastos públicos devem ser amplamente divulgados para que o povo saiba como está sendo aplicado o dinheiro público.

Afora isso, o princípio da transparência e controle na gestão dos recursos públicos garante tanto à sociedade o poder de fiscalizar, exercendo sua cidadania, quanto possibilita à Câmara de Vereadores o exercício do seu papel constitucional na fiscalização do Poder Executivo.

A difusão da cultura da transparência fiscal, portanto, requer dos gestores uma nova postura, em especial, na aplicação dos recursos públicos.

É certo que não é tarefa fácil cuidar da coisa pública, gerindo algo que pertence a todos. Contudo, os senhores, a partir do momento em que se elegeram, já devem ter ponderado sobre tamanha responsabilidade.

Por fim, desejo que todos obtenham o máximo de aproveitamento deste Encontro, pois estou convicta de que investir na interação e capacitação de gestores públicos é acreditar que a prevenção é sempre o melhor caminho contra possíveis desvios nos gastos públicos.

Muito obrigada.

DISCURSO – REINAUGURAÇÃO DO MEMORIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO MARANHÃO*

Senhoras e Senhores,

Há um antigo dito popular que estabelece: “*Povo sem memória é um povo sem história. E um povo sem história está fadado a cometer no futuro os mesmos erros do passado*”.

O Memorial do Ministério Público faz parte do programa permanente intitulado “Programa Memória Institucional do Ministério Público do Estado do Maranhão”, que foi criado pela Resolução nº. 04/2004, do Colégio de Procuradores de Justiça, na gestão do então Procurador-Geral de Justiça Dr. Raimundo Nonato de Carvalho Filho. Desde então, passamos a ter um espaço, situado na Rua do Giz, na Praia Grande, para exposição de objetos, obras de arte e documentos que evocam a história da Instituição. Há no seu acervo, por exemplo, o quadro “O julgamento da Baronesa”, pintado por Luís Moraes, na técnica óleo sobre tela, retratando a atuação de Celso Magalhães – patrono do Ministério Público do Maranhão – durante o julgamento da Baronesa de Grajaú, Anna Rosa Vianna Ribeiro, acusada de matar um jovem escravo de sua propriedade, nos idos de fevereiro de 1877, bem assim documentos valiosíssimos, como o ato de nomeação do primeiro Promotor Público do Estado do Maranhão, Francisco Correia Leal, além de outras peças históricas, como mobília, vestimentas talares e fotografias, todas importantíssimas para a preservação da nossa história institucional.

Dito Programa, agora retomado, faz jus à história do Ministério Público Maranhense – este um dos mais antigos do Brasil – e coincide com a evolução histórica, política e jurídica do nosso Estado e do nosso País.

É motivo de orgulho para o nosso Ministério Público ter em sua história nomes como Clóvis Beviláqua – que iniciou a carreira como Promotor Público da Comarca de Alcântara – e Celso Magalhães – que, dada

* Pronunciado pela Procuradora-Geral de Justiça do Estado do Maranhão, Dr^a. Regina Lúcia de Almeida Rocha, em 09/08/2013, durante a “*Reinauguração do Memorial do Ministério Público do Estado do Maranhão*”.

a sua atuação corajosa, destacada e marcante, à época do exercício de sua função de Promotor Público, foi erigido a patrono da Instituição.

Essas trajetórias exemplares, aqui lembradas, devem servir de referencial, para que, no futuro, a atuação ministerial de hoje também possa ser lembrada, com orgulho, por aqueles que nos sucederão.

Logo, mais não precisa ser dito, em face desse inestimável patrimônio cultural e histórico, o qual merece ser preservado, para que se possa concluir que o Memorial do Ministério Público é fundamental para esta e para as próximas gerações, razão por que está sendo agora reativado, para nosso goáudio, em local efetivamente apropriado e acessível à visitaçáo para toda a comunidade.

Por fim, aproveito para parabenizar o Promotor de Justiça Dr. Washington Luiz Maciel Cantanhêde e as servidoras Maria dos Remédios Ribeiro dos Santos e Maria Édula Marçal Lima, que estiveram desde o começo, no ano de 2004, trabalhando em prol deste Memorial, assim como a ex-servidora Joana Angélica de Araújo, que, conquanto não esteja mais na Instituição, desenvolveu um importante trabalho de Curadoria de todo o acervo.

Cumprimento, outrossim, a nova Comissão que, sob a Coordenação do Procurador de Justiça Dr. Raimundo Nonato de Carvalho Filho, tem a importante função de zelar pelo rico patrimônio aqui reunido, composta pelos Promotores de Justiça Dr. Washington Luiz Maciel Cantanhêde, Dr. Cláudio Luiz Frazão Ribeiro e Dr^a. Ana Luíza Almeida Ferro, e, ainda, pelos servidores Maria dos Remédios Ribeiro dos Santos (Coordenadora de Documentação e Biblioteca) e Francisco Colombo Lobo (Coordenador de Comunicação), bem assim pelos Procuradores de Justiça aposentados Dr. João Raymundo Leitão e Dr. Reinaldo Campos Castro, estes Membros Honorários da aludida Comissão.

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 ideias 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.: (98) 3219-1656 - Fax.: (98) 3219-1657
E-mail: biblioteca@mpma.mp.br