

# RE VIS TA

DO CONSELHO  
NACIONAL  
DE PROCURADORES-  
GERAIS  
DOS MINISTÉRIOS  
PÚBLICOS  
DOS ESTADOS  
E DA UNIÃO  
CNPG



CONSELHO NACIONAL  
PROCURADORES-GERAIS

n. 1 | 2014



**RE  
VIS  
TA**

**DO CONSELHO  
NACIONAL  
DE PROCURADORES-  
GERAIS  
DOS MINISTÉRIOS  
PÚBLICOS  
DOS ESTADOS  
E DA UNIÃO**  
CNPJ

n. 1 | 2014

**CONSELHO NACIONAL DE PROCURADORES-GERAIS  
DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS DOS ESTADOS E DA UNIÃO - CNPG**

**GESTÃO 2013-2014**

**Eunice Pereira Amorim Carvalho**

*Procuradora-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios  
Presidente*

**Fábio Bastos Stica**

*Procurador-Geral de Justiça do Estado de Roraima  
Vice-Presidente da Região Norte*

**Carlos André Mariani Bittencourt**

*Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais  
Vice-Presidente da Região Sudeste*

**Paulo Roberto Jorge do Prado**

*Procurador-Geral de Justiça do Estado de Mato Grosso  
Vice-Presidente da Região Centro-Oeste*

**Gilberto Giacoia**

*Procurador-Geral de Justiça do Estado do Paraná  
Vice-Presidente da Região Sul*

**Regina Lúcia de Almeida Rocha**

*Procuradora-Geral de Justiça do Estado do Maranhão  
Vice-Presidente da Região Nordeste*

**Marcelo Weitzel Rabello de Souza**

*Procurador-Geral da Justiça Militar  
Vice-Presidente do Ministério Público da União*

**Maria de Lourdes Abreu**

*Secretária executiva do CNPG*

**Ana Luiza Lobo Leão Osorio**

*Assessora especial do CNPG*

**RE  
VIS  
TA** DO CONSELHO  
NACIONAL  
DE PROCURADORES-  
GERAIS  
DOS MINISTÉRIOS  
PÚBLICOS  
DOS ESTADOS  
E DA UNIÃO  
CNPQ

ISSN 2447-1259

R. Cons. Nac. Proc-s-Ger-s	Brasília	nº 1	p. 1-218	2014
----------------------------	----------	------	----------	------

# REVISTA DO CONSELHO NACIONAL DE PROCURADORES-GERAIS DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS DOS ESTADOS E DA UNIÃO - CNPG

Conselho Nacional de Procuradores-Gerais  
Eixo Monumental, Praça do Buriti, Lote 2, Sede do MPDFT,  
Brasília-DF CEP 70.091-900

## CONSELHO EDITORIAL

Humberto de Matos Brittes  
*Procurador-Geral de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul*

Oswaldo D’Albuquerque  
*Procurador-Geral de Justiça do Estado do Acre*

Francisco das Chagas Santiago Cruz  
*Procurador-Geral de Justiça do Estado do Amazonas*

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca do MPDFT

Revista do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos  
dos Estados e da União / Conselho Nacional de Procuradores-Gerais  
dos Ministérios Públicos dos Estados e da União. – N. 1 (2014)- . –  
Brasília: CNPG, 2014- .

Annual.  
ISSN 2447-1259

1. Direito – Periódico. I. Conselho Nacional de Procuradores-Gerais  
dos Ministérios Públicos dos Estados e da União.

CDD 340

CNPG – Todos os direitos reservados.  
Coordenação editorial: CNPG; José Renato  
Oliva de Mattos  
Assessoria: Elizangela Monteiro; Lílian Pessoa  
Capa: Segraf/MPRO  
Diagramação: Segraf/MPRO

Normalização/formatação: Segraf/MPRO  
Produção gráfica: Segraf/MPRO  
Revisão de português: Joíra Coelho Furquim

Os conceitos e opiniões expressos  
nos textos assinados são de responsabilidade  
dos autores.



Editado com colaboração do MPDFT.

## SUMÁRIO

<b>Apresentação</b> .....	9
<b>O Ministério Público do Trabalho e o acesso à justiça no Brasil</b> <i>Luís Antônio Camargo de Melo</i> .....	13
<b>MP Itinerante – Ônibus da Cidadania</b> <i>Orlando Rochadel</i> .....	26
<b>Anotações sobre a influência do congestionamento de processos no Supremo Tribunal Federal em julgados de habeas corpus</b> <i>Márcio José Cordeiro Fabel</i> .....	43
<b>Inspeção de estabelecimentos prisionais militares</b> <i>Péricles Aurélio Lima de Queiroz</i> .....	62
<b>Ativismo judicial e o problema metodológico da discricionariedade judicial para a formação de uma política criminal</b> <i>Isaac Sabbá Guimarães</i> .....	80
<b>Mandados de criminalização, Constituição e Direito Penal</b> <i>Michael Schneider Flach</i> .....	101
<b>O “Quarto de Locke”: reflexões sobre a responsabilidade penal decorrente de omissões</b> <i>José Alexandre Zachia Alan</i> .....	131
<b>Direitos Fundamentais e a Nova Lei de Organizações Criminosas</b> <i>Onofre José Carvalho Agostini; Marcos Dagoberto Cardoso Delavi; Guilherme Brito Laus Simas</i> .....	148
<b>Litígio estratégico de interesse público: desafio ao Ministério Público Brasileiro</b> <i>Antonio Henrique Graciano Suxberger</i> .....	181
<b>Asfalto Borracha: alternativa ambientalmente adequada para os pneus inservíveis</b> <i>Marcelo Azevedo Maffra; Tiago Santos e Souza</i> .....	199
<b>Mensagem de encerramento</b> .....	217



## APRESENTAÇÃO

É com o entusiasmo característico de uma estreia que o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais lança a primeira Revista do CNPG, uma publicação que reúne textos acadêmicos de membros dos Ministérios Públicos dos Estados e da União.

A iniciativa é um passo importante na valorização do saber jurídico, por meio da pesquisa e da produção acadêmica. É relevante, principalmente, como ferramenta de estímulo à busca do conhecimento e à promoção do intercâmbio de experiências funcionais e administrativas. Aliás, essa é uma das funções do CNPG, que também prima pelo aperfeiçoamento institucional, pela atuação uniforme e pela integração do Ministério Público.

Neste sentido, os artigos que compõem essa primeira edição trazem sua contribuição por meio da discussão de temas atuais e da apresentação e análise de projetos que produziram grandes resultados nas localidades onde foram implantados. Um deles é o “MP Itinerante – Ônibus da Cidadania”, apresentado pelo procurador-geral de Justiça do Estado do Sergipe, Orlando Rochadel.

Em seu artigo, ele defende que os direitos humanos e fundamentais se concretizam por meio do princípio constitucional do acesso à Justiça. A partir desse preceito, propõe a ampliação e a concretização do direito à Justiça por meio do projeto institucional “MP Itinerante – Ônibus da Cidadania”, que interioriza a atuação do Ministério Público do Estado de Sergipe.

Ainda sobre a temática do acesso à Justiça, o procurador-geral de Justiça do Ministério Público do Trabalho, Luís Antônio Camargo de Melo, contribui com o texto “O Ministério Público do Trabalho e o acesso à justiça no Brasil”. Ele defende a relação de simbiose que deve existir entre o acesso à Justiça e a defesa das relações de trabalho, atribuindo ao Ministério Público do Trabalho especial função na busca de uma sociedade justa, por meio da proteção integral dos trabalhadores brasileiros.

Em artigo intitulado “Anotações sobre a influência do congestionamento de processos no Supremo Tribunal Federal em julgados habeas corpus”, o procurador-geral de Justiça do Estado da Bahia, Márcio José Cordeiro Fabel, reflete sobre o excesso de processos na Suprema Corte. Segundo ele, nos últimos dez anos, o STF, sem descuidar do direito constitucional de locomoção, tem adotado decisões restritivas no conhecimento de habeas corpus, o que demonstra a adoção de uma política de descongestionamento processual.

“A inspeção de estabelecimentos prisionais militares”, uma das atividades extrajudiciais que foi acrescida ao Ministério Público após a Constituição Federal de 1988, é tema abordado em artigo assinado pelo subprocurador-geral de Justiça Militar, Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Nele, o autor apresenta um panorama dos antecedentes históricos do programa de inspeção desenvolvido por Promotores e Procuradores da Justiça Militar e os resultados dessa atividade com dados estatísticos.

Já o promotor de Justiça Isaac Sabbá Guimarães traz a contribuição do MPSC ao discorrer sobre o “Ativismo judicial e o problema metodológico da discricionariedade judicial para a formação de uma política criminal”. Em seu artigo, o autor procura demonstrar as raízes do ativismo judicial brasileiro, como fenômeno que tem origem em uma “deturpada” compreensão da aplicação dos princípios jusfundamentais, que colocam em destaque, por um lado, sua incongruência com a ideia de Discricionariedade Judicial, por outro, a produção de uma irreal política criminal.

Ainda na seara constitucional, o promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Michael Schneider Flach, aborda a relação entre o Direito Penal e a Carta Magna. Em seu artigo, intitulado “Mandados de Criminalização, Constituição e Direito Penal”, o autor relembra que o Direito Penal recebe influxos da Constituição que, por sua vez, contém princípios, salienta valores, seleciona objetos jurídicos, estabelece determinadas pautas e, ainda, potencialmente orienta os processos de criminalização e de descriminalização de certas condutas.

Também do Rio Grande do Sul, o promotor de Justiça José Alexandre Zachia Alan é quem assina o texto “‘Quarto de Locke’: reflexões sobre a responsabilidade penal decorrente de omissões”. O estudo trata do modelo de responsabilidade penal omissiva a partir de questionamento relacionado ao fundamento da responsabilidade por conceito moral, desafiando, num primeiro termo, a fundação da filosofia moral de Locke para, em seguida, tratar do desconforto gerado quando se leva tal compreensão às últimas consequências na seara penal.

Em artigo intitulado “Direitos Fundamentais e a Nova Lei de Organizações Criminosas”, a Lei n. 12.850/13 é examinada pelo promotor de Justiça do Estado de Santa Catarina, Onofre José Carvalho Agostini, com a contribuição de Marcos Dagoberto Cardoso Delavi e Guilherme Brito Laus Simas. Com uma leitura voltada para os direitos fundamentais, os autores delineiam e explicitam as principais inovações trazidas pela referida lei, que versa sobre organizações criminosas.

Já o promotor de Justiça do DF e Territórios, Antonio Henrique Graciano Suxberger, no artigo “Litígio estratégico de interesse público: desafio ao Ministério Público brasileiro”, propõe uma análise sobre as características do litígio estratégico de interesse público, comparando-o aos desafios postos ao Ministério Público que, segundo ele, deve guardar atuação próxima e informada por agentes não estatais, tendo em vista a consecução do interesse da coletividade.

Encerra essa publicação um estudo sobre o projeto “Asfalto Borracha: alternativa ambientalmente adequada para os pneus inservíveis”. Assinado pelo promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais, Marcelo Azevedo Maffra, e pelo analista ambiental Tiago Santos e Souza, o artigo analisa os danos ambientais e as possíveis soluções, sob a ótica da Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos e da Resolução CONAMA nº 416/09, que priorizam a reutilização e reciclagem dos pneus, em detrimento de outras formas de destinação final.

Os artigos que compõem esse primeiro volume da Revista do CNPG estão disponibilizados em meios digitais e no site [www.cnpg.org.br](http://www.cnpg.org.br). A edição impressa foi viabilizada graças à valiosa contribuição do procurador-geral de Justiça do Estado de Rondônia, Héverton Alves de Aguiar. A ele, aos integrantes do Conselho Editorial, e ao coordenador deste trabalho, o promotor de Justiça do Estado da Bahia, José Renato Oliva de Mattos, e aos autores ficam registrados agradecimentos e o reconhecimento pelo desejo de contribuir para a evolução do pensamento jurídico.

**Eunice Carvalhido**  
Presidente do CNPG



# MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO E O ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL

Luís Antônio Camargo de Melo  
Procurador-Geral do Trabalho.  
Professor de Direito do Trabalho do Centro Universitário IESB.

## RESUMO

A questão do acesso à justiça relaciona-se diretamente com a temática laboral, na medida em que ambos são direitos humanos básicos interdependentes. A ideia clássica de que o acesso à justiça se limitaria à possibilidade de acionamento dos meios jurisdicionais do Estado já está superada. Nesse contexto, a atuação do Ministério Público do Trabalho, órgão especializado do MPU que atua no âmbito das relações laborais e perante a Justiça do Trabalho, não se resume ao acionamento do Poder Judiciário brasileiro, mas engloba também uma ampla gama de ações extrajudiciais com vista a garantir o direito integral de acesso à justiça a todos os trabalhadores do país. Se por um lado a atuação judicial do *Parquet* laboral está ligada à Justiça do Trabalho, por outro, a ação extrajudicial dos Procuradores do Trabalho engloba a efetiva proteção das relações de trabalho como um todo. Quando, no âmbito judicial, o Ministério Público do Trabalho pode ser parte ou *custos legis* no processo. Deve-se observar, todavia, que é realmente no âmbito extrajudicial, com inquéritos civis e termos de ajustamento de conduta, que a atuação do Ministério Público do Trabalho destaca-se como órgão fundamental para a consagração do direito de acesso à justiça no Brasil. Diferentemente do Poder Judiciário, caracterizado pelo princípio da inércia, o Ministério Público tem como dever a busca efetiva de situações nas quais a ordem jurídica, o regime democrático ou os interesses sociais e individuais indisponíveis estejam sendo violados. Para cumprir seu papel institucional, a ação do Ministério Público do Trabalho é multifocada e multivetorial. Em suma, o Ministério Público do Trabalho tem uma postura proativa na busca pela ampliação do acesso à justiça, assentada nas ações judiciais e extrajudiciais para a garantia de direitos trabalhistas difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

## ACESSO À JUSTIÇA E RELAÇÕES DE TRABALHO

A questão do acesso à justiça toma novas proporções quando se relaciona com a temática laboral. O acesso à justiça não pode ser entendido senão por meio de seu enquadramento como direito humano básico, assim como o são os direitos laborais. A íntima relação entre esses dois conceitos não se limita ao enquadramento comum como direitos fundamentais, mas se estende uma interdependência estrita. Pode-se mesmo falar em uma simbiose.

Não há acesso à justiça se não houver respeito aos direitos trabalhistas, da mesma forma que não subsistem garantias laborais se os trabalhadores não puderem recorrer a órgãos estatais que equiparem as desiguais relações entre patrões e empregados.

Pode-se afirmar que a ideia clássica de que o acesso à justiça se limitaria à possibilidade de acionamento dos meios jurisdicionais do Estado já está devidamente superada. O conceito de acesso à justiça não é somente isso. O acesso à justiça abarca não somente o direito de postular-se a tutela jurisdicional do Estado, mas também a garantia de uma ordem jurídica e social justa. Embora não seja tarefa simples definir o que seria essa ordem justa, é possível identificar pelo menos uma de suas bases epistemológicas: uma ordem justa é aquela que possibilita a concretização do ideal de justiça social.

Indubitavelmente, para que se possa sequer vislumbrar uma ordem jurídica e social justa, que se fundamente na justiça social, a defesa das relações de trabalho é basilar. O trabalho permeia praticamente todas as interações dos indivíduos com a sociedade, e por isso a defesa das relações trabalhistas torna-se um dos principais fronts da garantia dos direitos humanos.

O Ministério Público do Trabalho, portanto, tem especial função na busca de uma sociedade justa, por meio da proteção integral dos trabalhadores brasileiros. Nesse contexto, a atuação do Ministério Público do Trabalho não se resume ao acionamento do Poder Judiciário brasileiro, mas engloba também uma ampla gama de ações extrajudiciais com vista a garantir o direito integral de acesso à justiça a todos os trabalhadores do país.

## ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

O Ministério Público do Trabalho, assim como os demais ramos do Ministério Público da União, é órgão independente e imparcial, desvinculado dos interesses parti-

culares e estatais, que busca garantir a defesa dos direitos consagrados no ordenamento jurídico brasileiro. A essencialidade do Ministério Público em um Estado democrático de direito resta consagrada no art. 127 da Constituição brasileira, ao afirmar que: “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (BRASIL, 1988).

Ao se analisar a Lei Complementar n° 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União – LOMPU), conclui-se que o Ministério Público do Trabalho é órgão especializado do MPU que atua no âmbito das relações laborais e perante a Justiça do Trabalho. Se por um lado a atuação judicial do *Parquet* laboral está ligada à Justiça do Trabalho, por outro, a ação extrajudicial dos Procuradores do Trabalho abarca a proteção das relações de trabalho como um todo.

Tanto os artigos 127 e 129 da Constituição de 1988 quanto os artigos 83 e 84 da Lei Complementar n° 75/93 expressam exemplos gerais das possibilidades de atuação judicial e extrajudicial do Ministério Público do Trabalho. Para os Procuradores do Trabalho, a ideia de acesso à justiça não se deve limitar ao acionamento da Justiça do Trabalho, mas, sim, abranger toda uma gama de possibilidades com vistas à devida implementação da legislação laboral brasileira e à proteção dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Quando, no âmbito judicial, o Ministério Público do Trabalho pode ser parte ou *custos legis* no processo. As possibilidades de atuação judicial do MPT restam basicamente consagradas no art. 83 da Lei Complementar n° 75/93<sup>1</sup>. Dentre as principais ações usadas pelo Parquet laboral como órgão agente, deve-se destacar a Ação Civil Pública (ACP).

A defesa dos denominados direitos metaindividuais, cujo destinatário é a sociedade como um todo, cabe principalmente (não exclusivamente) ao Ministério Público. Nesse sentido, a manipulação da Ação Civil Pública para a garantia de direitos trabalhistas difusos, coletivos ou individuais homogêneos é instrumento essencial aos Procuradores do Trabalho para garantir o pleno acesso à justiça no Brasil, especialmente aos indivíduos mais vulneráveis às relações desiguais entre capital e trabalho, como os miseráveis que são reduzidos à situação análoga à de escravos.

---

1 Deve-se ressaltar que o art. 83 da Lei Complementar n° 75/93 derogou, por incompatibilidade, os arts. 736 a 754 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Como órgão interveniente no processo trabalhista, o Ministério Público do Trabalho atua como fiscal da lei, na medida em que o texto constitucional define o Ministério Público como defensor da ordem jurídica. Assim, os Procuradores do Trabalho podem manifestar-se verbalmente sempre que entenderem necessário ao bom andamento do processo judicial, assim como podem pedir vista dos processos em julgamento para melhor análise. Mesmo nos casos em que atua como fiscal da lei, o Ministério Público do Trabalho pode recorrer de decisões da Justiça do Trabalho, quando entender necessário.

Após essa brevíssima análise da ação judicial dos Procuradores do Trabalho, deve-se observar que é realmente no âmbito extrajudicial que a atuação do Ministério Público do Trabalho destaca-se como órgão fundamental para a consagração do direito de acesso à justiça no Brasil. Diferentemente do Poder Judiciário, caracterizado pelo princípio da inércia, o Ministério Público tem como dever a busca efetiva de situações nas quais a ordem jurídica, o regime democrático ou os interesses sociais e individuais indisponíveis estejam sendo violados.

O labor dos Procuradores do Trabalho não se limita ao trabalho intelectual em seus escritórios nem à atuação nas salas de audiência e nos plenários dos tribunais trabalhistas. Os membros do Ministério Público devem efetivamente buscar ilícitos que deprimem o processo de formação de uma ordem jurídica e social justa e que, portanto, impedem a concretização do efetivo acesso à justiça no Brasil.

Nesse contexto, o art. 84 da Lei Complementar n° 75/93 consagrou ao Ministério Público do Trabalho um dos mais importantes instrumentos extrajudiciais de que dispõem os Procuradores do Trabalho: o inquérito civil. Este consubstancia-se em investigação para colher elementos de convicção acerca de fatos que possam ser lesões a interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Nesse contexto, o Procurador do Trabalho, de ofício ou após denúncia, busca investigar suspeitas de desrespeito aos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos no âmbito das relações laborais, podendo inclusive requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias.

Note-se que, ao final do processo investigatório e comprovada a violação de direitos trabalhistas que afetam a sociedade como um todo, o Ministério Público do Trabalho não precisa necessariamente acionar o Poder Judiciário e pode tentar solucionar extrajudicialmente a situação. Nesse sentido, destaca-se o instituto constitucional do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), por meio do qual os órgãos legitimados para a ação civil

pública, como o MPT, podem firmar com o responsável pela ameaça ou lesão aos interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos compromisso de reparação do dano, de indenização pelos danos que não possam ser reparados e de ajustamento de sua conduta às exigências legais.

## PRINCIPAIS METAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

Sem sombra de dúvidas, o principal objetivo do Ministério Público do Trabalho é a consagração ampla do direito de acesso à justiça no Brasil. Para isso, busca a consolidação de uma ordem jurídica e social justa, que se fundamente na justiça social, por meio da constante defesa das relações de trabalho.

Definido o seu fim precípua e os meios judiciais e extrajudiciais pelos quais pode cumprir sua finalidade, a ação do Ministério Público do Trabalho é multifocada e multivetorial, porquanto se busca a implementação dos direitos laborais em suas mais diferentes frentes. A análise das Coordenadorias Nacionais criadas no âmbito do MPT indicam bem os principais vetores da atuação do *Parquet* laboral.

Para fazer frente às crescentes demandas e responsabilidades delegadas aos Procuradores do Trabalho, foram criadas coordenadorias nacionais temáticas, calcadas em oito matérias eleitas como prioritárias pelo Colégio de Procuradores: erradicação do trabalho escravo e degradante; erradicação do trabalho infantil e a proteção do adolescente; combate à discriminação nas relações de trabalho; defesa da saúde do trabalhador e de um meio ambiente de trabalho sadio; combate às fraudes nas relações de trabalho; combate às irregularidades trabalhistas na Administração Pública; promoção da implementação integral da legislação trabalhista relativamente ao trabalho portuário e aquaviário e promoção da liberdade sindical. As Coordenadorias têm como objetivo principal viabilizar o exercício das atribuições institucionais dos membros do MPT, de forma harmônica e articulada, na busca da solução equânime de problemas comuns enfrentados em todas as Procuradorias Regionais.

**A Coordenadoria Nacional de Combate à Exploração do Trabalho da Criança e do Adolescente** visa a garantir, com absoluta prioridade, os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, prevenindo e combatendo o trabalho infantil e regularizando o trabalho adolescente. Criada pela Portaria PGT n. 299, de 10 de novembro de 2000, a COORDINFÂNCIA foi a primeira coordenadoria instituída no âmbito do MPT para

atender às necessidades da ação articulada e resultou do compromisso assumido pelos Procuradores do Trabalho expresso na Carta de Fortaleza – Pelo Resgate da Cidadania das Crianças e dos Adolescentes que Trabalham.

O combate ao trabalho infantojuvenil é de complexidade crescente e exige do Ministério Público comprometimento máximo, atuação articulada e trabalho em parceria<sup>2</sup> com o governo e com a sociedade civil, a fim de garantir, com absoluta prioridade, à criança e ao adolescente “o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”, conforme expressa previsão no art. 227 da Constituição da República de 1988 (Princípio da Proteção Integral).

Por intermédio da Coordenadoria Nacional de Erradicação do Trabalho Infantil, o *Parquet* lança projetos para o combate das piores formas existentes de exploração da mão de obra infantil, sempre enfatizando as parcerias com entidades públicas e privadas comprometidas com a erradicação dessa chaga social (item 6.2.1.2 do Planejamento Estratégico do MPT). Entre as estratégias desenvolvidas, busca-se conscientizar a sociedade, combatendo mitos relacionados ao problema social e derrubando barreiras culturais que dificultam a efetivação dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes (item 6.2.1.3 do Planejamento Estratégico do MPT).

Resultado de Comissões Temáticas e estudos realizados na Procuradoria-Geral do Trabalho e nas Procuradorias Regionais, destinados a indicar políticas de atuação do Ministério Público no combate ao trabalho escravo e regularização do trabalho indígena, foi instituída, em 12 de setembro de 2002, por meio da Portaria nº 231, a **Coordenadoria Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo**<sup>3</sup>. Tendo em vista a observância do princípio da dignidade da pessoa humana e a plena realização da cidadania, o planejamento estratégico do Ministério Público do Trabalho define como metas principais da CNCTE

---

2 Parcerias estratégicas formadas com a Organização Internacional do Trabalho, Ministério da Educação, Ministério do Desenvolvimento Social do Combate à Fome, Ministério do Desenvolvimento Agrário, Ministério da Justiça, Ministério da Saúde, Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil, Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Secretaria Especial de Direitos Humanos, Fórum Nacional de Aprendizagem, Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Infantil, Conselho Nacional de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público, Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho, Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho, Fundo das Nações Unidas para a Infância e Adolescência, Agência Nacional dos Direitos da Infância, Frente Parlamentar dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes, Banco Nacional de Desenvolvimento Social, Associação Nacional de Magistrados, Promotores e Defensores da Infância e da Juventude, Ministério das Relações Exteriores, Conselho Nacional da Criança e do Adolescente, Comitê Intersetorial de Enfrentamento à Exploração Sexual de Criança e Adolescente, Ministério dos Esportes, Fórum Nacional dos Centros de Apoio Operacional da Infância e da Juventude dos Ministérios Públicos dos Estados, Ministério do Turismo, Escola Superior do Ministério Público da União.

3 Inicialmente denominada CNCTE – Coordenadoria Nacional de Combate ao Trabalho Escravo.

o combate ao trabalho escravo e degradante; o combate ao tráfico de seres humanos; e a proteção ao trabalho indígena.

A condição degradante de trabalho configura, ao lado do trabalho forçado, uma das mais graves formas de violação da dignidade da pessoa humana. O homem, principalmente o trabalhador simples, ao ser coisificado, negociado como mercadoria barata e desqualificada, tem, pouco a pouco, destruída sua autoestima e seriamente comprometida a sua saúde física e mental.

São notórias as ações de resgate conjuntas entre Ministério Público do Trabalho, o Ministério do Trabalho e Emprego, a Polícia Federal, entre outros órgãos, levadas a cabo pelo Grupo Especial Interinstitucional de Fiscalização Móvel<sup>4</sup>. Essas ações são expressão plena da atuação proativa dos Procuradores do Trabalho, que efetivamente buscam violações aos direitos laborais difusos, coletivos e individuais homogêneos, em prol da formação de uma ordem jurídica e social justa e, portanto, da concretização do efetivo acesso à justiça no Brasil.

**A Coordenadoria Nacional de Promoção de Igualdade e Oportunidades e Eliminação da Discriminação no Trabalho** visa ao combate à discriminação nas relações trabalhistas, seja na admissão para o emprego, no curso do contrato ou na demissão, além da promoção de igualdade de oportunidades, a fim de resguardar o pleno exercício da cidadania. São definidas como estratégia de atuação a garantia de inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho, o combate à discriminação e a promoção do direito à intimidade dos trabalhadores. A promoção da igualdade e do bem de todos, conforme consagrado na Magna Carta de 1988, consagra-se como um dos principais vetores de atuação do Ministério Público do Trabalho, na medida em que o acesso à justiça não se consolida sem a garantia de uma isonomia entre todos os cidadãos, sem discriminação por raça, cor, religião, entre outras.

**A Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes nas Relações de Trabalho**, instituída pela Portaria PGT nº 386/2003, de 30 de setembro de 2003, “surgiu pela necessidade de combater e inibir as fraudes que objetivam afastar as relações de emprego e desvirtuar a aplicação dos direitos trabalhistas previstos na Constituição, na CLT e nas demais normas de proteção ao trabalhador” (SOUZA, 2006). O Ministério Público do Trabalho também executa ações de combate a fraudes nas contratações trabalhistas como coação e lide simulada; utilização indevida do trabalho voluntário e temporário.

---

4 Instituída pela Portaria MTE 265/2002.

Em uma sociedade progressivamente mais complexa como a brasileira, as fraudes nas relações de trabalho são encontradas nos setores urbanos e rurais, públicos e privados, destacando-se como mais intensas nas cooperativas de mão de obra, nas terceirizações ilegais, nas “sociedades” de empregados, ou em outras fórmulas criativas que prejudicam o trabalhador, reduzindo ou eliminando seus direitos constitucionalmente garantidos.

Incorporado definitivamente ao cotidiano das empresas brasileiras a partir principalmente do final da década de 1970, o instituto da terceirização, com raras exceções, tem conduzido os assalariados a uma perda gradual dos direitos sociais e trabalhistas sedimentados nas Cartas Constitucionais e Texto Celetista. A esperada e propagada inovação das relações de trabalho e as vantagens resultantes da subcontratação da mão de obra não geraram para os trabalhadores os mesmos benefícios alçados pelos setores empresariais. O discurso neoliberal apenas aumentou a competição, o individualismo e a exclusão social.

De acordo com o Planejamento Estratégico do Ministério Público do Trabalho, o objetivo da Conafret é o combate às fraudes utilizadas para a descaracterização do vínculo empregatício e àquelas perpetradas nas relações de trabalho (BRASIL, 2009), com o desenvolvimento de duas estratégias básicas:

1. Combater as fraudes utilizadas para descaracterizar o vínculo de emprego (promoção de atividades extrajudiciais ou judiciais para combater a utilização indevida da terceirização, estágio, cooperativas, pessoa jurídica, trabalho voluntário, temporário, dentre outras – Item 6.5.1.1);
2. Combater as fraudes perpetradas nas relações de trabalho (promoção de atividades judiciais ou extrajudicial para combater práticas fraudulentas nas relações de trabalho, tais como coação, colusão e a lide simulada – Item 6.5.2.1). (BRASIL, 2009).

Instituída pela Portaria PGT nº 409, de 14 de outubro de 2003, a **Coordenadoria Nacional de Combate às Irregularidades Trabalhistas na Administração Pública** tem o objetivo de coibir atos de desrespeito à legislação constitucional e trabalhista pela Administração Pública, notadamente a inobservância do princípio do concurso público e a prática de atos de improbidade administrativa.

O desrespeito às normas que tratam das relações de trabalho pelo setor público traz consequências negativas não somente para a relação de trabalho estabelecida entre o Estado e o servidor, sonogando a esse trabalhador direitos inalienáveis, mas também a toda a sociedade, que se vê privada de servidores públicos motivados e capacitados. Quando o

próprio Estado é relapso quanto aos direitos de seus cidadãos, especialmente daqueles que trabalham para o próprio Estado, não se pode sequer vislumbrar uma ordem jurídica e social justa, baseada na justiça social e consubstanciada no acesso à justiça.

Nesse tocante, são estratégias basilares dos Procuradores do Trabalho, coordenados pela Conap, o combate à terceirização ilícita na administração pública, a promoção da observância do princípio constitucional do concurso público, a extinção da utilização irregular do trabalho temporário na administração pública e a repressão dos atos de improbidade administrativa, por exemplo.

Segundo a Constituição Federal do Brasil (BRASIL,1988), “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”, além de competir ao sistema único de saúde “colaborar na proteção ao meio ambiente, nele compreendido o do trabalho” (artigos 200, VIII<sup>5</sup> e 225). Além disso, a Carta Magna estabelece expressamente como direito social dos trabalhadores urbanos e rurais a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (artigo 7º, XXII).

Tais dispositivos, inclusive os adicionais de insalubridade e periculosidade, expressamente previstos no artigo 7º da Constituição Federal de 1988 (inciso XXIII), fundamentam, na lição de Gustavo Felipe Barbosa Garcia, o sistema jurídico de tutela do meio ambiente de trabalho, reconhecido pela Carta da República, em seu artigo 200, VIII, já mencionado. Todos incluídos no importante rol de Direitos Humanos Fundamentais (art. 5º, § 2º, da CF/1988), aspecto também reconhecido no âmbito internacional.

O Ministério Público do Trabalho, por sua vez, integra o conjunto de órgãos incumbidos pelo Estado para defesa de um meio ambiente laboral equilibrado, seguro, saudável e hígido (art. 129, III, CF; art. 6º, VII, “c” e “d”, art. 83, III e art. 84, II, todos da Lei Complementar nº 75/93). Em sua atuação, baseia-se o Parquet no conceito de saúde e segurança elaborado pela Organização Mundial da Saúde (OMS), nas normas da Organização Internacional do Trabalho, na Constituição Federal, na CLT, bem como nas portarias e normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego.

Justamente para fazer frente à difícil tarefa de tornar o meio ambiente do trabalho equilibrado, garantindo uma uma qualidade de vida saudável aos obreiros, o Ministério Público do Trabalho aprimorou seus instrumentos de intervenção. Assim foi criada

5 Art. 200 CF/88. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: (...) VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

a **Coordenadoria Nacional de Defesa do Meio Ambiente do Trabalho**, instituída pela Portaria PGT nº 410, de 14 de outubro de 2003, em harmonia com a nova estrutura da Instituição, substituindo a Comissão Temática Sobre Saúde e Segurança no Trabalho, cuja meta primordial era desenvolver estudos e propor estratégias de atuação na área.

A Coordenadoria tem como objetivo primordial a conjugação de esforços para harmonizar as ações desenvolvidas pelo Ministério Público do Trabalho na defesa do meio ambiente laboral, inclusive no que se refere ao relacionamento com outros órgãos e entidades, fornecer apoio técnico-científico, observadas as disponibilidades materiais e de pessoal, e integrar as Unidades de Lotação, visando ao tratamento uniforme e coordenado quanto à temática, com a escolha das estratégias de atuação institucional e das providências para implementar a legislação vigente, conforme disposto no artigo 1º do seu Regimento Interno.

A **Coordenadoria Nacional de Trabalho Portuário e Aquaviário** tem como objetivo definir estratégias coordenadas e integradas de política de atuação institucional, em consonância com o princípio da unidade, respeitada a independência funcional, visando à implementação integral da legislação trabalhista relativamente ao trabalho portuário e aquaviário. A preocupação do Ministério Público do Trabalho reside no trabalho marítimo decente, localizando-se no trabalho em embarcações (*shipping*), fluvial (*inland waterways*) e da pesca. São dois milhões e quinhentos mil os trabalhadores marítimos, sendo essa uma estimativa baseada em dados fornecidos pela Secretaria de Inspeção do Trabalho (SIT), dividindo-se em: 2 milhões de trabalhadores na pesca (pesca oceânica/industrial e comercial/costeira), 400 mil na construção naval e 100 mil na Marinha Mercante. Esse número pode ser bem maior se observarmos dados não oficiais.

É irrefutável que esses trabalhadores estão sujeitos a escalas de trabalho atípicas, com deslocamentos permanentes, privados do convívio familiar. Além disso, não têm acesso à justiça, porquanto em muitos casos as relações laborais não são formalizadas, via assinatura e registro da CTPS, inexistem patamares mínimos de segurança e saúde exigidos pela Organização Internacional de Trabalho (OIT) e a atuação dos Procuradores do Trabalho é bastante limitada, haja vista o caráter itinerante desses trabalhadores.

Esses desafios são encarados como incentivos à maior atuação do Ministério Público do Trabalho. Nesse sentido, um dos objetivos estratégicos do Parquet laboral é formar forças-tarefas em determinadas localidades, inclusive com o deslocamento de membros, peritos e servidores para diferentes unidades da Federação, a fim de realizar inspeções sobre as condições dos trabalhadores de atividades aquaviárias.

A **Coordenadoria Nacional de Promoção da Liberdade Sindical**, instituída pela Portaria PGT nº 211, de 28 de maio de 2009, tem o objetivo de garantir a liberdade e a democracia sindical, combater os atos antissindicais, assegurar o direito de greve e buscar a pacificação dos conflitos coletivos trabalhistas.

Reconhece-se que os sindicatos, em muitos casos, são a porta de entrada dos trabalhadores na luta por seus direitos. É nos sindicatos que muitos trabalhadores são informados sobre seus direitos e são amparados por advogados constituídos. É por meio dos sindicatos que, em muitos casos, o Ministério Público do Trabalho é informado sobre ameaças e violações a direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. O acesso à justiça, por assim dizer, começa nos sindicatos.

A defesa da liberdade sindical, portanto, é encarada pelo Ministério Público do Trabalho como uma fundamental base para o acesso à justiça no Brasil. Nesse âmbito, destaca-se o Projeto 200, que visa a estabelecer estratégias de atuação do MPT na promoção de representação dos trabalhadores nas empresas com mais de 200 empregados, incrementando o entendimento entre empregados e empregadores e constituindo importante mecanismo para a composição e a pacificação dos conflitos trabalhistas, com contribuições essenciais para a melhoria das condições sociais dos trabalhadores de diversos setores da economia.

## CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, deve-se reiterar que uma ordem jurídica e social justa, fundamentada na justiça social, baseia-se na defesa das relações de trabalho. As relações de trabalho permeiam praticamente todas as interações dos indivíduos com a sociedade, e nesse contexto devem ser protegidas para se garantir acesso amplo e irrestrito à justiça.

O Ministério Público do Trabalho tem função essencial para o acesso amplo à justiça por parte de toda a sociedade brasileira. A temática laboral e o acesso à justiça são direitos humanos básicos, que devem ser defendidos e ampliados continuamente. A interdependência estrita entre os dois conceitos, que podem mesmo ser considerados simbióticos, demanda a evolução conjunta de ambos.

Nota-se que o Ministério Público do Trabalho tem uma postura proativa na busca pela ampliação do acesso à justiça, tanto como órgão interveniente quanto agente. A atuação dos Procuradores do Trabalho não se resume ao acionamento do Poder Judiciário

brasileiro, mas engloba também uma ampla gama de ações extrajudiciais com vista a garantir o direito integral de acesso à justiça a todos os trabalhadores do país.

Diferentemente do Judiciário, caracterizado pelo princípio da inércia, o Ministério Público tem como dever a busca efetiva de situações nas quais a ordem jurídica, o regime democrático ou os interesses sociais e individuais indisponíveis estejam sendo violados. O labor dos Procuradores do Trabalho não se resume às quatro paredes dos seus escritórios nem das salas de audiência nem dos plenários dos tribunais trabalhistas. Os membros do Ministério Público devem efetivamente buscar ilícitos que deprimem o processo de formação de uma ordem jurídica e social justa.

Para fazer frente ao trabalho hercúleo da defesa dos direitos trabalhistas em uma sociedade forjada historicamente sobre a exploração dos trabalhadores, a ação do Ministério Público do Trabalho deve ser multifocada e multivetorial. Em face das crescentes demandas e responsabilidades, as Coordenadorias Nacionais Temáticas são fundamentais para garantir a ação efetiva, eficiente e coesa dos Procuradores do Trabalho em todo o território nacional contra os principais desafios às relações laborais brasileiras (erradicação do trabalho escravo e degradante; erradicação do trabalho infantil e a proteção do adolescente; combate à discriminação nas relações de trabalho; defesa da saúde do trabalhador e de um meio ambiente de trabalho sadio; combate às fraudes nas relações de trabalho; combate às irregularidades trabalhistas na Administração Pública; promoção da implementação integral da legislação trabalhista relativamente ao trabalho portuário e aquaviário; e promoção da liberdade sindical).

Em suma, a ação do Ministério Público do Trabalho visa a garantir o pleno acesso à justiça no Brasil, especialmente aos indivíduos mais vulneráveis às relações desiguais entre capital e trabalho. Nesse contexto, a defesa dos denominados direitos metaindividuais pelo Ministério Público do Trabalho está fortemente assentada nas ações judiciais e extrajudiciais para a garantia de direitos trabalhistas difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

## REFERÊNCIAS

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Temas atuais de direitos fundamentais**. 2. ed. Ilhéus: Editus, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Anexo. p. 1.

BRASIL. **Lei Complementar nº 75**, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Brasília, 1993.

BRASIL. Ministério Público do Trabalho – MPT. **Planejamento Estratégico**. Brasília, 2009. Disponível em: <[http://portal.mpt.gov.br/wps/wcm/connect/3b9f1e0043fd52aebc5afcc0f7180bb0/relatorio\\_MPT\\_2009\\_WEB\\_Ajustado.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=3b9f1e0043fd52aebc5afcc0f7180bb0](http://portal.mpt.gov.br/wps/wcm/connect/3b9f1e0043fd52aebc5afcc0f7180bb0/relatorio_MPT_2009_WEB_Ajustado.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=3b9f1e0043fd52aebc5afcc0f7180bb0)>.

BRITTO PEREIRA, Ricardo José Macedo de (Org.). **Ministério Público do Trabalho. Coordenadorias Temáticas**. Brasília: ESMPU, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Meio Ambiente de Trabalho – Direito, Segurança e Medicina do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: Método, 2009.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ministério Público do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2010.

MORALLES, Luciana Camponez Pereira. **Acesso à justiça e o princípio da igualdade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

SOUZA, Geraldo Emediato. **Ministério Público do Trabalho**. Coordenadorias Temáticas. Ricardo José Macedo de Britto Pereira (Org.). Brasília: ESMPU, 2006. p. 79.

# PROJETO INSTITUCIONAL “MP ITINERANTE – ÔNIBUS DA CIDADANIA” – AMPLIAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA, POR MEIO DA INTERIORIZAÇÃO DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO, COM VISTA À CONCRETIZAÇÃO DOS OBJETIVOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Orlando Rochadel Moreira  
Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe  
e Presidente do Grupo Nacional de Direitos Humanos – GNDH/CNPG.  
Bacharel em Direito e Mestre em Educação pela Universidade Federal do Estado de Sergipe.  
Autor do Livro “Políticas Públicas e Direito à Educação”, pela Editora Fórum em 2007.

## RESUMO

O presente estudo tem por objetivo abordar o tema acesso à justiça sob o ângulo de sua Teoria Geral, bem assim objetiva apresentar o Projeto Institucional “MP ITINERANTE – ÔNIBUS DA CIDADANIA”, implementado no Ministério Público do Estado de Sergipe, que visa a concretização do referido Princípio Constitucional, por meio da interiorização da atuação do Ministério Público Sergipano.

**PALAVRAS-CHAVE:** Acesso. Justiça. Ministério Público. Concretização.

## INTRODUÇÃO

O acesso à Justiça deve ser compreendido pela ciência do direito e tratado pelos seus operadores como o mais básico dos direitos humanos, verdadeiro requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda não apenas reconhecer, mas também garantir, eficazmente, os direitos de todos.

Os direitos humanos e fundamentais se concretizam por meio do Princípio Constitucional do Acesso à Justiça. Esta é a ideia central e nuclear sobre a qual se situa o Sistema Jurídico Brasileiro. As garantias constitucionais, concretizam, efetivamente, os Direitos Fundamentais por meio do Acesso à Justiça, na acepção alhures referida. Eis aí a fundamental importância da necessária efetividade deste direito.

Neste contexto, a Constituição Federal de 1988 consagrou um novo perfil ao Ministério Público brasileiro, atribuindo-lhe à defesa da ordem jurídica, do regime

democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, caput), posicionando-o como instituição constitucional de promoção social e tutela dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Desta forma, o presente artigo busca estabelecer, a princípio, um panorama doutrinário, relativo à Teoria Geral do Acesso à Justiça, para em seguida apresentar o Projeto “MP Itinerante – Ônibus da Cidadania”, desenvolvido pelo Ministério Público do Estado de Sergipe.

O projeto acima referido objetiva aproximar o cidadão do Ministério Público Brasileiro, contribuindo para divulgar a instituição e facilitar o acesso aos serviços por ela ofertados. A postura proativa que se espera do agente ministerial, catalisadora do desenvolvimento social e da efetivação dos direitos e garantias fundamentais, não mais se compatibiliza com a imagem do promotor de justiça inerte, sentado em seu gabinete à espera dos casos que impulsionarão sua atuação funcional. Ao revés, espera-se que o membro do Ministério Público venha ao encontro da sociedade, para melhor promover a defesa de seus interesses mais caros.

Imbuído desse espírito, o Ministério Público de Sergipe, por meio do MP Itinerante, coloca à disposição da população da localidade visitada, nos gabinetes do Ônibus da Cidadania, atendimento individual e especializado por promotores e servidores da própria Comarca e por outros designados, em suas diversas áreas de atuação, notadamente, educação, saúde, meio ambiente, defesa dos direitos das crianças e adolescentes, idosos, pessoas com deficiência e outros grupos vulneráveis, controle externo da atividade policial, e defesa do patrimônio público.

Com efeito, dada a sua importância institucional na interiorização da atuação do Ministério Público Brasileiro com vista a ampliação do Acesso à Justiça, em seu sentido mais amplo, o Projeto “MP Itinerante – Ônibus Da Cidadania” recebeu, em 9 de maio de 2014, do Grupo Nacional de Direitos Humanos – GNDH/CNPG, quando da II Reunião Ordinária de 2014, ocorrida na cidade de Goiânia-GO, MOÇÃO DE APOIO, aprovada por unanimidade da plenária composta de 187 membros do Ministério Público, para a sua implementação em todo o território nacional.

Pela mesma forma, a plenária do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais – CNPG, aprovou, igualmente por unanimidade, Moção de Apoio para a implementação do projeto em todo o território nacional.

## ACESSO À JUSTIÇA E O EFEITO VINCULANTE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O acesso à justiça, enquanto direito fundamental, foi erigido ao patamar de Princípio Constitucional no Ordenamento Jurídico Brasileiro e está expresso no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, a saber:

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

(...)

LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

(...)

LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Contemporaneamente, o acesso à justiça está conectado com a noção de efetividade do processo, de atingimento de suas finalidades e de proteção jurídica efetiva, uma vez que o Poder Judiciário e as Instituições Essenciais à Justiça não mais se limitam a solucionar os conflitos, mas, para além disto, busca resolvê-los de forma rápida e eficaz.

Nesse diapasão, afirma Teori Albino Zavascki que

“O direito fundamental a efetividade do processo – que se denomina também, genericamente, direito de acesso à justiça ou à ordem jurídica justa – compreende, em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos (ZAVASCKI, Teori Albino, *Antecipação de tutela*. 2 ed. São Paulo : Saraiva, 1999, p. 64, apud ARAUJO, José Henrique Mouta. op. cit. p. 44).

Pela mesma forma, Cândido Rangel Dinamarco aduz que o

acesso à justiça é, mais do que ingresso no processo e aos meios que ele oferece, modo de buscar eficientemente, na medida da razão de cada um, situações e bens da vida que por outro caminho não se poderia obter (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 8a Ed. São Paulo : Malheiros. 2000. ISBN 85-7420-257-6. p. 283).

## Já para Luiz Guilherme Marinoni o Acesso à Justiça

(...) quer dizer acesso a um processo justo, a garantia de acesso a uma justiça imparcial, que não só possibilite a participação efetiva e adequada das partes no processo jurisdicional, mas que também permita a efetividade da tutela dos direitos, consideradas as diferentes posições sociais e as específicas situações de direito substancial (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. 4. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2000. ISBN: 85-7420-217-7. p 28).

Ademais disto, consoante alude Mauro Cappelletti, o acesso à Justiça:

(...) serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justo (CAPPELLETTI, Mauro. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 9).

Por fim, enfatiza o brilhante professor italiano que:

À medida que as sociedades do *laissez-faire* (liberalismo econômico) cresceram em tamanho e complexidade, o conceito de direitos humanos começou a sofrer uma transformação radical. A partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletida nas ‘declarações de direitos’, típicas dos séculos dezoito e dezenove. O movimento fez-se no sentido de reconhecer os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos. Esses novos direitos humanos exemplificados pelo preâmbulo da Constituição Francesa de 1946, são, antes de tudo, os necessários para tornar efetivos, quer dizer, realmente acessíveis a todos, os direitos antes proclamados. Entre esses direitos garantidos nas modernas constituições estão os direitos ao trabalho, à saúde, à segurança material e à educação. Tornou-se lugar comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos. Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção da medida em que as reformas do *welfare state* têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos. De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade é destituída de sentido, na ausência

de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

Acerca do tema Acesso à Justiça, assim já se manifestou o Supremo Tribunal Federal Brasileiro:

(...) de nada valeria a CF declarar com tanta pompa e circunstância o direito à razoável duração do processo (e, no caso, o direito à brevidade e excepcionalidade da internação preventiva), se a ele não correspondesse o direito estatal de julgar com presteza. Dever que é uma das vertentes da altissonante regra constitucional de que a ‘lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’ (inciso XXXV do art. 5º). Dever, enfim, que, do ângulo do indivíduo, é constitutivo da tradicional garantia de acesso eficaz ao Poder Judiciário (‘universalização da Justiça’, também se diz).” (HC 94.000, voto do Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 17-6-2008, Primeira Turma, DJE de 13-3-2009.)

As garantias constitucionais do direito de petição e da inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário, quando se trata de lesão ou ameaça a direito, reclamam, para o seu exercício, a observância do que preceitua o direito processual (art. 5º, XXXIV, a, e XXXV, da CF/1988).” (Pet 4.556-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 25-6-2009, Plenário, DJE de 21-8-2009).

A ordem jurídico-constitucional assegura aos cidadãos o acesso ao Judiciário em concepção maior. Engloba a entrega da prestação jurisdicional da forma mais completa e convincente possível. Omissis o provimento judicial e, em que pese a interposição de embargos declaratórios, persistindo o vício na arte de proceder, forçoso é assentar a configuração da nulidade.” (RE 158.655, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 20-8-1996, Segunda Turma, DJ de 2-5-1997).

Com efeito, o constitucionalismo processual contemporâneo preocupa-se, cada vez mais, com as garantias dos direitos fundamentais, buscando efetivá-las pelo crescimento de novos instrumentos do processo constitucional.

A proclamação que advinda da Declaração Francesa dos Direitos do Homem, em seu art. 16 (as sociedades em que a separação dos poderes não está assegurada e os direitos do homem não estão reconhecidos carecem de Constituição), torna-se cada vez mais importante para os dias de hoje.

A recepção dos Direitos Fundamentais pelas Constituições, entre os quais se encontra o Acesso à Justiça, leva-nos aos mecanismos essenciais à efetiva proteção dos mes-

mos, tornando-os eficazes.

Por outro lado, o reconhecimento dos Direitos Fundamentais não é suficiente, quando desacompanhado de garantias que assegurem a efetividade do livre exercício de tais direitos. As liberdades adquirem maior valor quando existem garantias que as tornem eficazes.

O sistema de proteção dos direitos fundamentais concretiza-se, como regra, na sua viabilização em sede jurisdicional, especialmente no âmbito do controle de constitucionalidade, notadamente por meio da aplicação do efeito vinculante às decisões.

Sobre a eficácia dos Direitos Fundamentais por meio da jurisdição constitucional exercida por juízes e tribunais, aduz José Alfredo de Oliveira Baracho que

Os Direitos Fundamentais vinculam o Legislativo, o Executivo e o Judiciário como direitos diretamente aplicáveis. É nesse sentido que a jurisdição, em suas distintas instâncias, em razão das normas constitucionais, está obrigada a imediata aplicação dos direitos fundamentais. As interpretações de uma norma ordinária não podem desconhecer o conteúdo normativo do direito fundamental. Em princípio, as instâncias dos Tribunais Ordinários estão submetidos ao juízo de verificação do Tribunal Constitucional, no que se refere à suficiente aplicação dos Direitos Fundamentais. O Tribunal Constitucional, nas suas potencialidades controladoras, examina se a jurisdição ordinária aplica corretamente os Direitos Fundamentais.

A efetivação dos Direitos Fundamentais ocorre pelos mecanismos de realização jurisdicional dos mesmos. A efetividade ou eficácia dos Direitos Fundamentais opera-se pela sua aplicabilidade real e concreta. Com isso ocorre as possibilidades reais de concretização dos direitos fundamentais a todos os cidadãos, por meio da realização e otimização dos mesmos. As normas constitucionais são dirigidas à realidade, daí que a interpretação deve ser orientada para sua efetividade, vigência prática e material. O objetivo da garantia é a realização efetiva dos direitos fundamentais. A liberdade jurídico-fundamental opera-se pelo exercício pleno da cidadania, quando em todos os momentos encontramos mecanismos para exercitá-los de maneira direta, por via jurisdicional (BARACHO, 2006. p.53/54).

Desta forma, assegura o Insigne Constitucionalista, que a efetividade prática dos Direitos Fundamentais está ligada, umbilicalmente, às questões da jurisdição constitucional, conforme atestam o “modelo europeu de Justiça Constitucional” ou pelo “Judicial review” norte-americano da constitucionalidade das leis por juízes ordinários.

Cumprе salientar, por oportuno, que esta tarefa pode ser objeto de um tribunal

único e especializado, com função principal e fundamental do controle concentrado da constitucionalidade das leis, instrumento de consolidação e garantia do sistema de Direitos Fundamentais.

A concretização dos Direitos Fundamentais, especialmente o Acesso à Justiça, está em completa sintonia com a supremacia da Constituição, porque esta é a fonte, a origem de todo o sistema jurídico. A Constituição é, propriamente, o núcleo jurídico central dos direitos do ordenamento.

De outro ângulo, o princípio da Supremacia da Constituição, por seu turno, decorrente do constitucionalismo, da hierarquia das leis, requer que todas as situações jurídicas estejam de acordo com a sua ordem, tanto na atuação positiva quanto na omissão em aplicar as normas por ela determinadas.

Nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho, Constituição é

O fundamento da coerência intrínseca do ordenamento jurídico, tanto pelo estabelecimento de regras de hierarquia e de ordenação entre as diversas fontes como pelo estabelecimento dos princípios jurídicos fundamentais a que hão de obedecer todas as demais fontes. [...] Compete à Constituição, como norma primária sobre a produção jurídica, identificar as fontes do ordenamento jurídico, ou seja, as fontes de produção normativa, e determinar a validade e eficácia de cada uma delas em relação às demais. (2002, p. 237) [...] O Estado de direito é um Estado constitucional. Pressupõe a existência de uma constituição que sirva — valendo e vigorando — de ordem jurídico-normativa fundamental vinculativa de todos os poderes públicos. A constituição confere à ordem estadual e aos actos dos poderes públicos medida e forma. Precisamente por isso, a lei constitucional não é apenas — como sugeriria a teoria tradicional do Estado de direito — uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estadual. Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de supremacia — supremacia da constituição — e é nesta supremacia normativa da lei constitucional que o primado do direito, do Estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão (1993, p. 323).

Por outro lado, todo este arcabouço jurídico, aparentemente abstrato, se concretiza por meio do Princípio Constitucional do Acesso à Justiça. Esta é a ideia central e nuclear sobre a qual se situa o Sistema Jurídico Brasileiro. As garantias constitucionais, concretizam, efetivamente, os Direitos Fundamentais por meio do Acesso à Justiça, na acepção alhures referida. Eis aí a fundamental importância da necessária efetividade deste direito.

Segundo José Afonso da Silva,

Formalmente, a igualdade perante a Justiça está assegurada pela Constituição, desde a garantia de acessibilidade a ela (art. 5º, XXXV). Mas realmente essa igualdade não existe, “pois está bem claro hoje, que tratar “como igual” a sujeitos que econômica e socialmente estão em desvantagem, não é outra coisa senão uma ulterior forma de desigualdade e de injustiça (Cf. Cappelletti, *Proceso, Ideologia e Sociedad*, p. 67). Os pobres têm acesso muito precário à Justiça. Carecem de recursos para contratar bons advogados. O patrocínio gratuito se revelou de alarmante deficiência. A Constituição tomou, a esse propósito, providência que pode concorrer para a eficácia do dispositivo, segundo o qual o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. (art. 5º LXXIV) (SILVA, 1998. 863 p.)

Por isso mesmo, devemos trazer à colação, Bobbio:

Deve-se recordar que o mais forte argumento adotado pelos reacionários de todos os países contra os direitos do homem, particularmente contra os direitos sociais, não é a sua falta de fundamento, mas a sua inexecutabilidade. Quando se trata de enunciá-los, o acordo é obtido com relativa facilidade, independentemente do maior ou menor poder de convicção de seu fundamento absoluto; quando se trata de passar à ação, ainda que o fundamento seja inquestionável, começam as reservas e as oposições.

O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político (BOBBIO, 1992).

Segundo Cândido Rangel Dinamarco:

(...) do ponto-de-vista da potencial clientela do Poder Judiciário, constituem para cada qual um fator de decepções em face de esperanças frustradas e insatisfações que se perpetuam; para a sociedade, elas impedem a realização de práticas pacificadoras destinadas ao estabelecimento de clima harmonioso entre os seus membros; para o Estado, é fator de desgaste de sua própria legitimidade e da dos seus institutos e do seu ordenamento jurídico (DINAMARCO, 2000. p. 274).

Já para Luis Henrique Garbellini

O acesso à Justiça, já devidamente consagrado nas sociedades modernas como um direito social básico do homem, enfrenta, nos dias de hoje, o problema de sua efetividade, que para Mauro Cappelletti a efetividade perfeita poderia ser expressa como a completa “igualdade de armas” – “a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças

que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos (GARBELLINI, 2011).

Desta maneira, Garbellini relaciona, exemplificativamente, os principais óbices elencados pela doutrina para ausência de efetividade do Acesso à Justiça, quais sejam: a) entraves ao acesso à justiça; b) custo do processo; c) falta de informação; d) morosidade da justiça; e) ausência de infraestrutura do Poder Judiciário e f) excesso de formalismo.

Em arremate, Garbellini, colaciona alguns instrumentos criados pelo legislador, amparado na doutrina, na busca de soluções para os entraves ao acesso à Justiça, a saber: a) assistência jurídica integral e gratuita aos carentes; b) efetividade da tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos; c) avanços tecnológicos; d) meios alternativos de pacificação social; e) reformas no código de processo civil.

Neste contexto, avulta-se, cada vez mais, a importância da atuação das instituições essenciais à justiça, notadamente do Ministério Público Brasileiro, posto que é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Firmadas estas necessárias premissas, cabe apontar que, dentre os valores fundamentais da sociedade, o acesso à Justiça é dos mais relevantes. Por sua vez, trata-se de um dos valores fundamentais da própria Democracia a preocupação com que a Justiça, em seu sentido mais amplo, seja efetivamente acessível a todos, pobres e ricos, fracos e poderosos.

Alinhado com este propósito e afinado com os anseios sociais mais caros é que o Ministério Público do Estado de Sergipe implementou o Projeto “MP Itinerante – Ônibus da Cidadania”, consoante se segue.

## **PROJETO INSTITUCIONAL “MP ITINERANTE – ÔNIBUS DA CIDADANIA” - AMPLIAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA, POR MEIO DA INTERIORIZAÇÃO DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO, COM VISTA À CONCRETIZAÇÃO DOS OBJETIVOS HUMANOS FUNDAMENTAIS**

### **INTRODUÇÃO AO PROJETO**

O estado de Sergipe possui uma área de 21.994 km<sup>2</sup> e uma população de, aproximadamente, 2 milhões de habitantes, distribuídos em 75 municípios, sem grandes concentrações demográficas em todo o seu território.

A Grande Aracaju possui os melhores indicadores sociais de Sergipe, mas, à medida que se distanciam dessa área central, as condições socioeconômicas se deterioram, notadamente no chamado alto sertão sergipano e em alguns municípios do interior do sul, centro-sul e agreste central.

De um modo geral, a lógica das disparidades entre litoral e interior encontra-se configurada no estado, existindo municípios mais pobres apenas nas extremidades norte e sul do litoral. O avanço da pobreza em direção ao interior sergipano encontra-se plenamente caracterizado, colocando em polos opostos de desenvolvimento humano a metrópole litorânea e o sertão (semiárido), que, embora seja pouco extenso, apresenta indicadores baixos para os padrões brasileiros.

Nessas regiões, muitas vezes, a justiça torna-se de difícil acesso, gerando desconhecimento por parte da população e fazendo com que a resolução dos problemas que lhe afetam continue distante.

Fica, portanto, evidenciada a necessidade de se buscar ampliar o acesso aos serviços das Promotorias nos municípios distantes e de baixas condições socioeconômicas, inclusive das periferias de Aracaju e das grandes cidades sergipanas, objetivo que o Ministério Público de Sergipe busca concretizar por meio da iniciativa em foco.

## APRESENTAÇÃO

O Projeto “MP Itinerante – Ônibus da Cidadania” foi implementado no Ministério Público do Estado de Sergipe em 2012 e tem por escopo a construção de uma nova realidade para os cidadãos residentes nas diversas comunidades carentes e sofridas do interior do Estado de Sergipe além das periferias da capital que, por desconhecerem o papel do Ministério Público, e ainda, pela falta de condições de deslocamento para centros maiores, acabam por não ter garantidos os direitos que lhes são assegurados pela Constituição Federal.

O Ministério Público do Estado de Sergipe, sensível e consciente de tais dificuldades, lançou o projeto supra, que consiste em promover o acesso à justiça, por meio da divulgação da Instituição, suas funções e formas de acesso, por meio da utilização de uma unidade móvel, que percorre os municípios mais recônditos do Estado e periferias da capital e das grandes cidades de Sergipe, levando os promotores de justiça ao encontro dessas comunidades.

Ao longo de sua existência o Projeto já percorreu 13 municípios sergipanos, atingindo um número aproximado de 480.000 habitantes, contando com uma equipe de 14 promotores de Justiça e 26 servidores envolvidos na execução dos trabalhos.

Com efeito, dada a sua importância institucional na interiorização da atuação do Ministério Público Brasileiro com vista a ampliação do Acesso à Justiça, em seu sentido mais amplo, o Projeto “MP Itinerante – Ônibus da Cidadania” recebeu, em 9 de maio de 2014, do Grupo Nacional de Direitos Humanos – GNDH/CNPG, quando da II Reunião Ordinária de 2014, ocorrida na cidade de Goiânia–GO, MOÇÃO DE APOIO, aprovada por unanimidade da plenária composta de 187 Membros do Ministério Público, para a sua implementação em todo o território nacional.

Pela mesma forma, a plenária do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais – CNPG, aprovou, igualmente por unanimidade, Moção de Apoio para a implementação do projeto em todo o território nacional.

## JUSTIFICATIVA

Apesar do contínuo processo de desenvolvimento, Sergipe ainda detém alguns indicadores negativos, comunidades de difícil acesso, pobres, carentes de infraestrutura e

planejamento, não possuidoras dos mais diversos serviços. Esse segmento populacional, na sua grande maioria, não é detentor de recursos, vivendo na pobreza e no semianalfabetismo, necessitando assim da presença efetiva do Ministério Público.

O Projeto “MP Itinerante – Ônibus da Cidadania” proporciona à Instituição consolidar a sua missão constitucional de defender os interesses mais caros da sociedade, atuando ao lado do povo de forma proativa, criando oportunidades de atendimentos aos cidadãos carentes de todo o Estado. Essa defesa só poderá concretizar-se com ações corretivas detectadas in loco, vez que à distância não seriam percebidas integralmente.

Preocupados com essa realidade, o Ministério Público do Estado de Sergipe adquiriu, com recursos próprios, 1 veículo, nominado “Ônibus da Cidadania”, que está equipado com os seguintes componentes:

- a) 7 gabinetes, sendo 6 internos e 1 externo, destinado ao atendimento a pessoas com necessidades especiais;
- b) um gerador de 12 KVA;
- c) entrada para 7 computadores, com antenas Wi-Fi para Internet e trabalhos on-line;
- d) 1 televisão de 42’ para apresentação de vídeos;
- e) banheiro;
- f) caixa d’água;
- g) cadeiras;
- h) micro-ondas;
- i) toldos;
- j) 4 impressoras.

O “Ônibus da Cidadania” vai ao encontro das comunidades, permitindo à população o acesso direto aos Promotores de Justiça e seus assessores, por meio de um atendimento célere e eficaz, propiciando igualdade de direitos a todos que necessitam.

Importante, portanto, é o papel a ser exercido pelo Ministério Público Brasileiro ao aproximar, ainda mais, a Instituição dessas comunidades, intermediando ou referendando acordos, prestando orientação à população e encaminhando as demandas relativas a outros órgãos.

## DOS OBJETIVOS DO PROJETO “MP ITINERANTE – ÔNIBUS DA CIDADANIA”

### DO OBJETIVO GERAL

Promover a cidadania e o acesso à justiça, oportunizando a comunidades residentes em locais de difícil acesso do interior do Estado e periferias da Capital e das grandes Cidades de Sergipe o atendimento direto por parte do Ministério Público.

### DOS OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- a) atender os cidadãos que necessitam dos serviços do Ministério Público, elegendos suas demandas e buscando as soluções cabíveis;
- b) encaminhar aos órgãos competentes as demandas não pertinentes à instituição, cobrando e acompanhando a sua resolução;
- c) prestar apoio logístico e efetivo, por meio do “Ônibus da Cidadania”, nas ações do projeto “Censo Social”, desenvolvido pelo Ministério Público do Estado de Sergipe, em sua missão de bem servir à população sergipana, prestando atendimento básico nas áreas de:
  - c1) Direitos Humanos, Idoso, Deficiente;
  - c2) Saúde;
  - c3) Patrimônio Público;
  - c4) Educação;
  - c5) Consumidor e Relevância Pública;
  - c6) Meio Ambiente, Urbanismo, Patrimônio Social e Cultural;
  - c7) Terceiro Setor;
  - c8) Infância e Adolescência;
  - c9) Direitos da Mulher;
  - c10) Segurança Pública.
- d) disponibilizar o “Ônibus da Cidadania” para a Escola Superior do Ministério Público do Estado e Sergipe, visando à realização de serviços previstos no Pro-

jeto “Ministério Público de Portas Abertas”, coordenado por aquela Escola, com o apoio de todos os setores da Instituição, possibilitando o deslocamento de membros e servidores do Ministério Público às escolas públicas e particulares, bem como às organizações da sociedade civil, a fim de ministrarem palestras previamente agendadas.

## **LINHAS DE AÇÃO DO PROJETO “MP ITINERANTE – ÔNIBUS DA CIDADANIA”**

São linhas de ação do projeto:

- a) identificação das comunidades a serem atendidas;
- b) diagnóstico das necessidades das comunidades e seus apelos;
- c) elaboração de Plano de Ação;
- d) atendimento individualizado;
- e) orientação social;
- f) atendimento nas áreas de Educação, Saúde, Pessoas com Deficiências e Idosos, Infância e Adolescência, Paternidade Responsável, Direito da Mulher, Consumidor, Meio Ambiente e Urbanismo, Entidades de Interesses Sociais, Atividades Cíveis e Criminais, Segurança Pública e Patrimônio Público;
- g) Atendimento às demandas provenientes do Projeto “Ministério Público de Portas Abertas”, coordenado pela Escola Superior do Ministério Público, por meio da cessão do “Ônibus da Cidadania”, possibilitando a realização dos seguintes serviços:
  - g1) Fomentar a difusão do conhecimento sobre a atuação funcional do Ministério Público do Estado de Sergipe;
  - g2) Melhorar a comunicação entre o Ministério Público e a sociedade;
  - g3) Esclarecer o discernimento do poder fiscalizatório do Ministério Público do Estado de Sergipe;
  - g4) Estimular o exercício da cidadania;
  - g5) Incentivar a participação da sociedade, apresentando os canais de acesso aos órgãos do MPSE, dirimindo suas dúvidas e recebendo sugestões.

- h) Encaminhamento de providências a indivíduos e grupos;
- i) Organização e participação de eventos;
- j) Palestras;
- k) Avaliação periódica do programa.

## **EQUIPE RESPONSÁVEL PROJETO “MP ITINERANTE – ÔNIBUS DA CIDADANIA” NO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE**

- a) Procuradoria-Geral de Justiça;
- b) Coordenadoria-Geral;
- c) Escola Superior do Ministério Público – ESMP;
- d) Centros de Apoio Operacional – CAOPS;
- e) Promotorias Especializadas;
- f) Servidores do Ministério Público lotados nas Promotorias.

## **CONCLUSÃO**

Como dito, os direitos humanos e fundamentais se concretizam por meio do Princípio Constitucional do Acesso à Justiça. Esta é a ideia central e nuclear sobre a qual se situa o Sistema Jurídico Brasileiro. As garantias constitucionais, concretizam, efetivamente, os Direitos Fundamentais por meio do Acesso à Justiça, na acepção alhures referida. Eis aí a fundamental importância da necessária efetividade deste direito.

Neste contexto, a Constituição Federal de 1988, consagrou um novo perfil ao Ministério Público brasileiro, atribuindo-lhe à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, caput), posicionando-o como instituição constitucional de promoção social e tutela dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Desta forma, o presente artigo busca estabelecer, a princípio, um panorama doutrinário, relativo a Teoria Geral do Acesso à Justiça, para em seguida apresentar, em detalhes, o Projeto “MP Itinerante – Ônibus da Cidadania”, desenvolvido pelo Ministério Público do Estado de Sergipe.

Referido projeto aproxima o cidadão do Ministério Público Brasileiro, contribuindo para divulgar a instituição e facilitar o acesso aos serviços por ela ofertados. A postura

proativa que se espera do agente ministerial, catalisadora do desenvolvimento social e da efetivação dos direitos e garantias fundamentais, não mais se compatibiliza com a imagem do promotor de justiça inerte, sentado em seu gabinete à espera dos casos que impulsionarão a sua atuação funcional. Ao revés, espera-se que o membro do Ministério Público venha ao encontro da sociedade, para melhor promover a defesa de seus interesses mais caros.

Imbuído desse espírito, o Ministério Público de Sergipe, por meio do MP Itinerante, coloca à disposição da população da localidade visitada, nos gabinetes do Ônibus da Cidadania, atendimento individual e especializado por promotores e servidores da própria Comarca e por outros designados, em suas diversas áreas de atuação, notadamente, educação, saúde, meio ambiente, defesa dos direitos das crianças e adolescentes, idosos, pessoas com deficiência, e outros grupos vulneráveis, controle externo da atividade policial, e defesa do patrimônio público.

## REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: ed. Fórum, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A Era do Direito**. Rio de Janeiro: Editora Campos, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed., Coimbra – Portugal: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22. ed. São Paulo : Malheiros Editores LTDA, 2006. ISBN 85-7420-719-5.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Bahia: JusPodium, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8. ed. São Paulo : Malheiros. 2000. ISBN 85-7420-257-6.

GARBELLINI, Luis Henrique. **Acesso à Justiça**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2911, 21 jun. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19379>>. Acesso em: 20 maio 2014.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 3. ed. Belo Horizonte: DelRey, 2002, 725p.  
ISBN: 85-7420-217-7.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 4. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1998.

TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCON, Pietro de Jesus Lora. (Org). **Reforma do Judiciário Analisada e Comentada**. São Paulo: Método, 2006. 318p.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, 565p.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, 221p.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**. 2 ed. São Paulo : Saraiva, 1999.

# ANOTAÇÕES SOBRE A INFLUÊNCIA DO CONGESTIONAMENTO DE PROCESSOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM JULGADOS DE *HABEAS CORPUS*

Márcio José Cordeiro Fabel

## RESUMO

O artigo aborda os reflexos do congestionamento de processos de *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal, como fenômeno que propicia, ao lado de decisões reconhecedoras da amplitude do direito fundamental de locomoção e de seu instrumento constitucional de tutela, julgados contraditórios e restritivos, os quais buscam sujeitar o remédio heróico, no órgão de cúpula do Judiciário brasileiro, as exigências típicas de recursos processuais, o que repercute na segurança jurídica e inibe a mais ampla defesa e a própria tutela da liberdade.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Habeas Corpus*. Direito fundamental de locomoção.

Importado da *common law*, o *habeas corpus* nacionalizou-se no Brasil e seu uso expandiu e retrocedeu na história deste país, a exemplo de um termômetro de nossas liberdades públicas, e se consolidou como garantia constitucional da pessoa física contra coações ilegais ao direito de locomoção.

O instituto do *habeas corpus* era estranho à tradição do direito lusitano e não o contemplavam as constituições que serviram de referência à Carta de 1824, razão pela qual esta não o previu. Sucessivamente, surgiu o writ no Código Criminal do Império e no Código de Processo Criminal, de 1832.

Na doutrina do Império, o *habeas corpus* era recurso propriamente dito, de rito peculiar, extraordinário. Tratando-se de “recurso extraordinário”, não se admitia seu cabimento quando previsto outro recurso para a hipótese. O Código de Processo Penal de 1941 acolheu esse pensamento.

A Constituição de 1891 condicionou o *habeas corpus* preventivo à exigência de “perigo iminente”, requisito também exigido pelas Cartas de 1934 e 1937 e, via de consequência, pelo Código de Processo Penal de 1941. Finalmente, a Constituição de 1946 dispensou a exigência da “iminência” da ameaça, o que prevalece até os dias de hoje.

A dispensa da “iminência” da ameaça ao direito de ir e vir possibilitou a evolução do *habeas corpus* como instrumento garantidor da legalidade de toda a persecução penal. Logo, passou-se a reconhecer, por exemplo, a falta de justa causa para a instauração do inquérito policial ou do processo penal, apesar de solto o suspeito ou acusado, porque a liberdade estaria, em tese, ameaçada, ainda que remotamente no tempo, por eventual constrangimento, condução coercitiva ou prisão.

Essa evolução duramente conquistada pelo *habeas corpus*, antes de significar uma possível ampliação demasiada do instituto no Brasil, revela o domínio doutrinário e jurisprudencial de uma garantia ao regime de liberdades, assegurada pela Carta de 1988 como cláusula pétrea.

No intuito de contribuir com a prevalência desse entendimento, busca-se, em julgados do Supremo Tribunal Federal, revelar a dimensão especial do *habeas corpus*, desapegado a limites estreitos dos demais institutos processuais, muito embora, também demonstrando, sua associação, não raro, a requisitos outros, estranhos a historicidade do instituto, mas em face do congestionamento de HCs em trâmite na Corte.

## **O *HABEAS CORPUS* NA PRIMEIRA REPÚBLICA: UM PERÍODO SINGULAR**

Dizia Rui Barbosa, em discurso no Senado, em 1915:

o constrangimento corporal era, sob o Império, condição sine qua non da concessão do *habeas corpus*. (...) Que fez, porém, o legislador constituinte neste regime [republicano]? Rompeu abertamente, pela fórmula que adotou na Carta constitucional republicana, com a estreiteza da concepção do *habeas corpus* sob o regime antigo. (...) Não se fala em prisões, não se fala em constrangimentos corporais. Fala-se amplamente, indeterminadamente, absolutamente, em coação e violência; de modo que, onde quer que surja, onde quer que se manifeste a violência ou a coação, aí está estabelecido o caso constitucional do *habeas corpus*. (BARBOSA, 2008).

Diferentemente de como foi conhecido no período imperial, e mesmo no direito estrangeiro, a Constituição de 1891, ao contemplar a fórmula jurídica do *habeas corpus*, fê-lo com ampla dimensão semântica, sem reduzi-lo, portanto, à garantia da liberdade de locomoção. O Supremo Tribunal Federal, a partir daí, entre as teses que ora restringiam

e ora ampliavam o *habeas corpus*, encontrou o caminho do meio, que ampararia todas as liberdades individuais nas três primeiras décadas da República: a liberdade de locomoção continuava a ser a regra do writ, o que não impediu que outros direitos individuais encontrassem tutela via *habeas corpus*, desde que a liberdade de ir, vir e ficar fosse o pressuposto necessário ao exercício desses direitos. Doutrinava-se, também, que o “direito-fim” fosse líquido, certo e incontestável e, não raramente, a inexistência de outro remédio pronto e eficaz para protegê-lo.

A “teoria brasileira do *habeas corpus*” tutelou, assim, a liberdade de imprensa, de culto, de crítica e imunidade parlamentares, questões políticas, livre exercício de profissões ou funções públicas e outros inúmeros direitos individuais.

A reforma constitucional de 1926, defendida desde a vigência da Carta de 1891, levou a termo a doutrina brasileira do *habeas corpus*, o qual retornou à concepção de garantia da liberdade de locomoção.

## **LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL E DELIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL DO *HABEAS CORPUS***

A liberdade de locomoção amparada pelo *habeas corpus* é direito fundamental estampado no inciso XV do art. 5.º da CF: “É livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.” Esse direito consiste em poder a pessoa permanecer ou residir no lugar de sua livre escolha, deambular, ir de um lugar para o outro, viajar, entrar ou sair do território nacional. Se o ir e vir se revelam pelo deslocamento na via pública, diz-se liberdade de circulação; se por meio das fronteiras nacionais, em liberdade de emigração ou imigração.

O direito fundamental de liberdade de locomoção da pessoa física independe da nacionalidade brasileira ou mesmo de residência no país; pode ser exercido por terra, mar e ar. É passível de regulamentação, pois se apresenta como norma constitucional de eficácia contida, cuja lei ordinária pode, razoavelmente, delimitar sua extensão.

A garantia constitucional do *habeas corpus* só pode ter seu cabimento afastado por expressa disposição da própria Constituição Federal. Não o exclui o estado de sítio “por comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa” (art. 137, I, CF), porque não prevista sua suspensão entre as medidas autorizadas no art. 139. A mesma certeza, porém, não permite

o estado de sítio por “declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira” (art. 137, II c/c os arts. 49, II, e 84, XIX, CF), em que a gravidade da hipótese fez a Constituição não restringir a um rol preestabelecido as garantias passíveis de suspensão (art. 138, caput). Assim, quando admissível a suspensão de qualquer garantia, poderá, ao menos em tese, ser suspensa a do *habeas corpus*, caracterizando-se a impossibilidade jurídica temporária do remédio heroico.

Afastada essa excepcionalíssima e questionável hipótese, a Constituição Federal só veda o *habeas corpus* nas punições disciplinares militares (art. 142, § 2.º), única modalidade de prisão administrativa que subsiste em nosso direito (art. 5., LXI, CF), aplicável aos integrantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, inclusive da reserva (Súmula 55 do STF) e reformados (Súmula 56 do STF) e, também, aos policiais militares e bombeiros militares, considerados forças auxiliares e reservas do Exército.

A exclusão do *habeas corpus* nas punições disciplinares militares tem origem na própria história do instituto no Brasil e seu fundamento seria a preservação dos valores da hierarquia e disciplina.

Entende-se, todavia, que somente o mérito do ato discricionário, ou seja, a justiça a injustiça da punição disciplinar não comportaria exame de *habeas corpus*. Os pressupostos de legalidade – hierarquia entre quem pune e o punido, poder disciplinar ou competência para punir, fato ligado à função militar do apenado, previsão da pena aplicada – podem ser objeto de controle pelo *habeas corpus*.

## **DAS DELIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS DO HC NA VISÃO DO STF: A QUESTÃO DA AMPLITUDE DO DIREITO DE LOCOMOÇÃO**

Considera-se não admissível o *habeas corpus* quando impetrado para superar situações de ilegalidade contra direitos que têm na liberdade de locomoção condição de seu exercício, como, por exemplo, o de ir ou permanecer em determinado templo religioso ou de exercer função pública. Aqui, o que se reafirma é a tutela ao direito de locomoção como objeto do *habeas corpus*. Porém, no HC 90.617-6 PE (BRASIL, 2007), relator ministro Gilmar Mendes, 2.<sup>a</sup> Turma do STF, deferiu-se a ordem para suspender os efeitos da decisão do STJ no que concerne à imposição do afastamento do cargo, determinando, exclusivamente, o retorno do paciente à função de desembargador estadual, tendo em vista o excesso de prazo na instrução criminal.

Em sentido oposto à excepcionalidade apontada, e apenas para confirmá-la como tal, menciona-se o HC 94.154, rel. min. Joaquim Barbosa:

O real objetivo do impetrante é afastar a inabilitação do paciente para o exercício de funções públicas, que o impediria de participar do próximo pleito eleitoral. Ausente ameaça ao direito de ir e vir. O habeas corpus não pode se transformar em panacéia para quaisquer objetividades jurídicas, devendo restringir-se à garantia do direito de locomoção, que não está em jogo, na hipótese. A irresignação do paciente somente poderia ser objeto, se observados todos os seus pressupostos, de revisão criminal. (BRASIL, 2008).

Igualmente, tem-se decidido que “medida de segurança, consistente em portal eletrônico (detector de metais), não configura entrave ao exercício profissional da advocacia”, e não “constitui ameaça à liberdade de locomoção”, não podendo a matéria ser apreciada em sede de *habeas corpus* (BRASIL, 2004).

No que se refere à admissibilidade do habeas corpus nos casos de quebra de sigilos fiscal e bancário, o STF o admite quando seu destino é o de fazer prova em procedimento penal. O tribunal tem admitido seu cabimento para impugnar decisão que autoriza as referidas quebras de sigilo em procedimento criminal, tendo em vista a possibilidade de estes resultarem em constrangimento à liberdade do investigado. Exemplo: HC 96.056/PE (BRASIL, 2011), rel. min. Gilmar Mendes.

Precedente importante está no HC 107.701, rel. min. Gilmar Mendes, julgamento em 13 de setembro de 2011, Segunda Turma:

Habeas Corpus. Direito do paciente, preso há quase dez anos, de receber a visita de seus dois filhos e três enteados. Cognoscibilidade. Possibilidade. Liberdade de locomoção entendida de forma ampla, afetando toda e qualquer medida de autoridade que possa em tese acarretar constrangimento da liberdade de ir e vir. (...) Direito de visitas como desdobramento do direito de liberdade. Só há se falar em direito de visitas porque a liberdade do apenado encontra-se tolhida. Decisão do juízo das execuções que, ao indeferir o pedido de visitas formulado, repercute na esfera de liberdade, porquanto agrava, ainda mais, o grau de restrição da liberdade do paciente. (BRASIL, 2011).

Nesse último julgado, resta claro o entendimento, à unanimidade da Segunda Turma do STF, de que a liberdade de locomoção deve ser compreendida de forma ampla, afetando toda e qualquer medida de autoridade que possa em tese acarretar constrangimento

da liberdade de ir e vir.

Desse modo, o direito de visitas seria desdobramento do direito de liberdade, até porque só se estaria falando em direito de visitas porque a liberdade do apenado encontrava-se cerceada. A decisão impugnada, portanto, do juízo de execuções penais, ao indeferir o pedido de visitas, repercutiria na esfera de liberdade, pois agravaria, ainda mais, o grau de restrição da liberdade do paciente.

O julgado anterior pode suscitar, para alguns, a dúvida se o *habeas corpus* mostra-se idôneo para solver controvérsia cível. Na ação de improbidade administrativa, vale citar o HC 100.244-AgR, rel. min. Eros Grau, bem como o HC 90.378, rel. min. Marco Aurélio, respectivamente:

O habeas corpus é meio processual destinado à proteção do direito de ir e vir ameaçado por ilegalidade ou abuso de poder. Daí a impropriedade desse instrumento processual para solver controvérsia cível. Ainda que se admita que a ação de improbidade administrativa tem natureza penal, não há como trancá-la em habeas corpus, porquanto as sanções previstas na Lei 8.429/1992 não consubstanciam risco à liberdade de locomoção. (BRASIL, 2009).

O habeas corpus não é meio hábil para questionar-se aspectos ligados quer ao inquérito civil público, quer à ação civil pública, porquanto, nesses procedimentos, não se faz em jogo, sequer na via indireta, a liberdade de ir e vir. (BRASIL, 2009).

Nesses casos, parece que mais preciso seria dizer da impropriedade de o *habeas corpus*, não por versar controvérsia cível, pois nela pode estar subsumida, de algum modo, a potencialidade de restrição física, a exemplo das execuções alimentícias, de conhecimento geral, ou até mesmo o direito de visitas (como visto mais acima), mas por não afetar, a questão controvertida, o direito de locomoção, nem mesmo indiretamente, em razão do caráter das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa.

Quanto ao segundo julgado citado, merece ainda dizer que o *habeas corpus* pode, eventualmente, servir, sim, para questionar aspectos ligados ao inquérito civil público, a exemplo de condução coercitiva do investigado, ou mesmo na ação civil pública, uma ameaça de prisão civil. A regra, todavia, é que esses procedimentos não repercutem, a rigor, na liberdade física da pessoa.

Para finalizar esse ponto, cita-se o exemplo do *habeas corpus* para questionar a licitude da prova obtida mediante quebra de sigilo bancário. Se essa controvérsia, o sigilo das

informações bancárias, tem natureza cível, é algo indubitável, mas a decisão que a afasta repercute, de algum modo, na produção probatória, que poderá, reflexivamente, afetar a liberdade de locomoção.

## **DAS DELIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS DO HC NA VISÃO DO STF: AINDA A QUESTÃO DA AMPLITUDE DO DIREITO DE LOCOMOÇÃO**

O precedente a seguir revela como o STF passa a compreender amplamente o direito de locomoção – HC 96.328 (BRASIL, 2010), rel. min. Cezar Peluso: “O regime disciplinar diferenciado é sanção disciplinar, e sua aplicação depende de prévia instauração de procedimento administrativo para apuração dos fatos imputados ao custodiado.” Inicialmente, reforça-se que uma medida administrativa ou mesmo a falta do devido procedimento administrativo na execução da pena, pode afetar, diretamente, o direito de locomoção. Todavia, o que mais chama a atenção, no caso, como se verá, é o reconhecimento do direito de locomoção em mera perspectiva ou projeção temporal:

Ante o exposto, julgo prejudicado o pedido, mas concedo habeas corpus de ofício, determinando que a sanção disciplinar já cumprida pelo paciente não produza efeitos na eventual apreciação de pedido de progressão de regime ou de outro benefício durante a execução da pena. (BRASIL, 2010).

Do caso a seguir (objeto da Súmula Vinculante 14), observa-se que a ampla defesa técnica pode ser objeto de *habeas corpus*, ou seja, que o direito de locomoção, como fim, não dispensa, através de sua garantia constitucional, os meios técnicos necessários para a sua melhor efetivação – HC 88.190, rel. min. Cezar Peluso:

Advogado. Investigação sigilosa do MPF. Sigilo inoponível ao patrono do suspeito ou investigado. Intervenção nos autos. Elementos documentados. Acesso amplo. Assistência técnica ao cliente ou constituinte. Prerrogativa profissional garantida. Resguardo da eficácia das investigações em curso ou por fazer. Desnecessidade de constarem dos autos do procedimento investigatório. Habeas corpus concedido. Inteligência do art. 5º, LXIII, da CF; art. 20 do CPP; art. 7º, XIV, da Lei 8.906/1994; art. 16 do CPPM; e art. 26 da Lei 6.368/1976; Precedentes. É direito do advogado, suscetível de ser garantido por habeas corpus, o de, em tutela ou no interesse do cliente envolvido nas investigações, ter acesso amplo aos elementos que, já documentados em procedimento investigatório

realizado por órgão com competência de polícia judiciária ou por órgão do Ministério Público, digam respeito ao constituinte. (BRASIL, 2006).

Na questão seguinte, todavia, parece ter incorrido o STF numa fundamentação contraditória, ao negar seguimento a *habeas corpus* que buscou conferir efeito suspensivo a recurso, sob a justificativa de que o remédio deve se destinar à tutela da liberdade de locomoção.

*Habeas corpus*. Impetração para dar efeito suspensivo a recurso. Inadmissibilidade. Inexistência de ameaça ou lesão a direito de ir, vir ou ficar. Remédio destinado à tutela da liberdade de locomoção. Pedido indeferido in limine. Precedente. Aplicação do art. 5º, LXVIII, da CF. Agravo prejudicado por fato superveniente. Habeas corpus não é remédio processual adequado para obtenção de efeito suspensivo a recurso. (BRASIL, 2009).

A possível contradição da fundamentação do julgado parece estar na afirmação do que o *habeas corpus* não se presta a imprimir efeito suspensivo a recurso. Ora, para proteger o direito de locomoção, sua finalidade última, inúmeras e incontáveis são as possibilidades de providência, cabendo ao impetrante identificá-las no caso concreto ao magistrado, dosá-las nos limites constitucionais. A contradição parece se revelar ainda mais quando a providência buscada – imprimir efeito suspensivo a recurso, além de habitual no direito processual brasileiro, ostenta uma carga decisória mínima ao que costumeiramente se alcança via *habeas corpus*, desde invalidação de decisões e cassações de prisão a, até mesmo, a extinção da punibilidade, exemplificadamente.

Finalmente, o próximo case revela a compreensão (da amplitude) do *habeas corpus* como meio adequado para autorizar conduta, em tese, típica, à época, o aborto eugênico, embora tenha se declarado, ao final, prejudicado pelo nascimento e morte do feto. O relator, min. Joaquim Barbosa, entendeu que a antecipação do parto poderia não só ser autorizada pelo Judiciário, mas que o *habeas corpus* garantiria a liberdade da mãe, ao optar pelo procedimento terapêutico – HC 84.025, rel. min. Joaquim Barbosa:

Habeas corpus preventivo. Realização de aborto eugênico. Superveniência do parto. Impetração prejudicada. Em se tratando de habeas corpus preventivo, que vise a autorizar a paciente a realizar aborto, a ocorrência do parto durante o julgamento do writ implica a perda do objeto. Impetração prejudicada.

(...) Em primeiro lugar, ressalto que, neste caso concreto, estamos diante

de uma situação peculiar em que estão em flagrante contraposição o direito à vida, num sentido amplo, e o direito à liberdade, à intimidade e à autonomia privada da mulher, num sentido estrito.

Em outras palavras, busca-se, no presente habeas corpus, a tutela da liberdade de opção da mulher em dispor de seu próprio corpo no caso específico em que traz em seu ventre um feto cuja vida independente extra-uterina é absolutamente inviável. (BRASIL, 2004).

Apenas para registro, ressalta-se que a questão de fundo do HC anterior – constituir fato típico ou não a interrupção da gravidez de feto anencéfalo, alcançou resolução na ADPF 54/DF, rel. min. Marco Aurélio. (BRASIL, 2012).

### **HABEAS CORPUS E RECURSO SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO NO STF**

A Súmula 691 do STF, aprovada em sessão plenária de 24 de setembro de 2003, com precedentes apontados entre 1994 e 2001, enuncia que: “Não compete ao STF conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar (BRASIL, 2003).”

Evitar a “supressão de instância” foi a razão da súmula, uma vez que o *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário constitucional, diretamente impetrado contra decisão liminar indeferitória no STJ, significaria, em outras palavras, o HC per saltum.

Nos precedentes da súmula e mesmo em processos posteriores, a exemplo do HC 88.864-9 SP, sobressai a divergência do ministro Marco Aurélio:

O habeas corpus é uma ação constitucional de envergadura maior, e o é porque inerente a um princípio constitucional explícito, implícito, e diria próprio ao direito natural, que é o princípio-base da vida: a liberdade. Não sofre o habeas corpus qualquer peia. Contenta-se a ordem jurídica com o concurso de três elementos, envolvido aí o próprio Estado-Juiz: o primeiro, ter-se como configurada uma ilegalidade; o segundo, o cerceio ou a ameaça - contenta-se a ordem jurídica constitucional com a simples ameaça de cerceio à liberdade de ir e vir; e o terceiro, para chegar-se ao objeto buscado pelo habeas corpus, a existência ainda de um órgão a que se possa recorrer. O Supremo Tribunal Federal é a última trincheira do cidadão, considerado o habeas corpus. Não importa que se trate de um ato a revelar ilegalidade, contrário à lei, constante de decisão definitiva ou, e eu diria com maior razão, sob o ângulo de adequação do habeas corpus, de ato precário e efêmero, mas com repercussão incrível,

como a revelada neste processo [...]. (BRASIL, 2005).

Entretanto, já diante de uma outra preocupação, o próprio ministro Marco Aurélio reavalia sua posição de divergência – HC 109.393, rel. min. Marco Aurélio:

Recurso ordinário em habeas corpus. Pronunciamento do STJ. Nova impetração. Uma vez julgado pelo STJ o recurso ordinário formalizado em processo revelador de impetração, o acesso ao Supremo faz-se em via das mais afuniladas – mediante recurso extraordinário e não nova impetração.

[...] Em época na qual não havia a sobrecarga de processos hoje notada – praticamente inviabilizando, em tempo hábil, a jurisdição –, passou-se a admitir o denominado habeas substitutivo do recurso ordinário constitucional previsto contra decisão judicial a implicar o indeferimento da ordem. Com isso, atualmente, tanto o Supremo quanto o Superior Tribunal de Justiça estão às voltas com um grande número de habeas corpus – este Tribunal recebeu, no primeiro semestre de 2012, 2.181 habeas e 108 recursos ordinários e aquele, 16.372 habeas e 1.475 recursos ordinários. Raras exceções, não se trata de impetrações passíveis de serem enquadradas como originárias, mas de medidas intentadas a partir de construção jurisprudencial. (BRASIL, 2012).

E, finalmente, o ministro Marco Aurélio busca um caminho do meio, em que se garanta uma flexibilização da Súmula 691 do STF – HC 115.168 - rel. min. Marco Aurélio:

Habeas corpus – Julgamento por Tribunal Superior – Impugnação. A teor do disposto no art. 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de habeas corpus, a implicar a não concessão de ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do habeas corpus.

Habeas corpus. Substitutivo do recurso ordinário constitucional. Liberdade de locomoção atingida na via direta. Adequação. Sendo objeto do habeas corpus a preservação da liberdade de ir e vir atingida diretamente, porquanto expedido mandado de prisão ou porque, com maior razão, esta já ocorreu, mostra-se adequada a impetração, dando-se alcance maior à garantia versada no art. 5º, LXVIII, da Carta de 1988. Evolução em óptica linear assentada anteriormente.

Sensibiliza a comunidade jurídica e acadêmica a circunstância de o recurso ordinário seguir parâmetros instrumentais que implicam a demora na submissão ao órgão competente para julgá-lo. Isso acontece especialmente nos Tribunais de justiça e Federais, onde se aponta que, a rigor, um recurso ordinário em habeas corpus tramita durante cerca de três a quatro meses até chegar ao Colegiado, enquanto o cidadão permanece preso, cabendo notar que, revertido o quadro, a liberdade, ante a ordem

natural das coisas, cuja força é inafastável, não lhe será devolvida. O habeas corpus, ao contrário, tem tramitação célebre, em razão de previsão nos regimentos em geral.

Daí evoluir para, presente a premissa segundo a qual a virtude está no meio-termo, adotar a óptica de admitir a impetração toda vez que a liberdade de ir e vir, e não somente questões ligadas ao processo-crime, à instrução deste, esteja em jogo na via direta, quer porquanto expedido mandado de prisão, quer porque já foi cumprido, encontrando-se o paciente sob custódia. (BRASIL, 2013).

Todavia, a posição majoritária do Supremo, ainda parece ser a de prestígio à essência da Súmula 691, como se observa no case abaixo – HC 118.032, rel. min. Dias Toffoli:

Segundo a jurisprudência contemporânea do Supremo Tribunal, é inadmissível o habeas corpus que se volte contra decisão monocrática do relator da causa no STJ não submetida ao crivo do colegiado por intermédio do agravo interno, por falta de exaurimento da instância antecedente.

Como visto, volta-se esta impetração contra decisão singular da Ministra Assusete Magalhães no REsp n.º 1.223.814/MS, a qual não foi submetida ao crivo do colegiado competente por intermédio de agravo regimental, o que configura o não exaurimento da instância antecedente. Ressalvo meu entendimento pessoal quanto à admissibilidade do habeas corpus nessas hipóteses. Contudo, aplico a jurisprudência contemporânea da Corte sobre o tema. (BRASIL, 2014).

Observa-se, portanto, o prestígio da Súmula 691 como regra, sob o argumento de que sua inaplicabilidade acarretaria supressão de instância, diante do não exaurimento da instância antecedente. Da decisão liminar do STJ, inadmitindo o HC ou indeferindo liminar, dever-se-ia agravar, regimentalmente, para, em seguida, apresentar o recurso ordinário constitucional. Mesmo procedimento em caso das demais decisões monocráticas dos ministros da Corte Especial.

Esse entendimento seria mitigado, mediante concessão excepcional de *habeas corpus* de ofício, ou mesmo de admissibilidade do HC originário, em hipótese de “flagrante ilegalidade” ou “flagrante violação à liberdade de locomoção”.

Ainda assim, sobre a “flagrante ilegalidade”, ecoam, até hoje, as palavras de ressalva do ministro Sepúlveda Pertence no HC 85.185-1 SP, tribunal pleno, rel. min. Cesar Peluzo, e HC 86.864-MC SP, tribunal pleno, rel. min. Carlos Velloso, respectivamente:

Homenageio os advogados do meu país: nenhum deles deixará de falar

que a “sua ilegalidade” é flagrante. E vamos tornar inócua a Emenda Constitucional 22. (BRASIL, 2005).

Nós estamos, realmente, é nos dando o direito de avocar habeas corpus em início de tramitação, em qualquer lugar do Brasil, para lhe examinarmos o mérito. (BRASIL, 2005).

O pano de fundo da manutenção ou rigidez da súmula parece ser, de fato, o congestionamento de habeas corpus nos tribunais superiores, em detrimento do recurso ordinário constitucional. A reflexão há de ser, também, matemática. Deixar de conhecer do HC originário resultará no aumento proporcional do recurso ordinário constitucional respectivo. Possivelmente, seria substituir “seis” por “meia dúzia”, mas se atenderia melhor ao “rigor formal”, embora com grave prejuízo à efetividade do bem jurídico protegido. Se a redução de um não implicar, todavia, o aumento proporcional do outro, mas, sim, a redução de ambos, desencorajando, de algum modo, a utilização do habeas corpus, diminuiríamos, sim, o número de processos no Tribunal, mas a que preço? Logo, em matéria de *habeas corpus*? Fica, aqui, a reflexão...

Finalmente, recorrer a chavões como “exaurimento de entrância” para condicionar o uso do remédio heroico não seria associar a ação de habeas corpus a pressupostos recursais? O *habeas corpus* não é recurso!!! E o recurso ordinário constitucional, como qualquer recurso, é uma mera faculdade...

### **HABEAS CORPUS E AINDA SUA DELIMITAÇÃO PELO STF POR REGRAS RECURSAIS E DE DESCONGESTIONAMENTO PROCESSUAL**

O Supremo tem sido firme, embora com divergências, no sentido de não condicionar o habeas corpus a recursos extraordinários das decisões dos tribunais inferiores, como se infere da ementa abaixo – HC 110.947, rel. min. Cármen Lúcia:

Habeas Corpus. Constitucional. Controvérsia sobre o cabimento de habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça impetrado contra acórdão de tribunal de justiça que transitou em julgado pela não interposição de recurso especial. Ato contrário à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. (BRASIL, 2012).

O que parece ser preocupante, e não tão raro, infelizmente, é a invocação, em julgados relativamente recentes do STF, de pressupostos para o *habeas corpus* como de interpo-

sição ou admissibilidade de recurso ordinário ou extraordinário da decisão impugnada, ou ainda de prequestionamento, a exemplo do que se observa até mesmo da ementa abaixo, HC 110.152, rel. min. Cármen Lúcia:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. IMPUTAÇÃO DO DELITO DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. 1. CONTROVÉRSIA SOBRE O CABIMENTO DE HABEAS CORPUS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA IMPETRADO CONTRA ACÓRDÃO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE TRANSITOU EM JULGADO PELA NÃO INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL. ATO COATOR EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2. IMPETRAÇÃO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PELA QUAL SE PRETENDIA A REDUÇÃO DA PENA BASE FIXADA NA CONDENAÇÃO DO PACIENTE, INVIÁVEL EM HABEAS CORPUS. 1. Este Supremo Tribunal assentou não ser possível o conhecimento de habeas corpus quando não interposto o recurso cabível para provocar o reexame da matéria objeto da impetração. Precedentes. 2. Não se presta o habeas corpus para realizar novo juízo de reprovabilidade, ponderando, em concreto, qual seria a pena adequada ao fato pelo qual condenado o Paciente. Precedentes. 3. Ordem denegada. (BRASIL, 2012).

O discurso de restrição ao uso do *habeas corpus* (abusivo?) sustenta-se no “excessivo volume de impetrações” – HC 96.760-AgR, rel. min. Luiz Fux:

(...) a garantia constitucional do habeas corpus vem sendo banalizada, tendência que se reflete no excessivo volume de impetrações perante esta Corte, motivo pelo qual a jurisprudência vem restringindo a sua admissibilidade, assentando não caber Habeas Corpus: a) Nas hipóteses sujeitas à pena de multa (Súmula 693 do STF); b) Nas punições em que extinta a punibilidade (Súmula 695 do STF); c) Nas hipóteses disciplinares militares (art. 142 § 2 da CRFB), salvo para apreciação dos pressupostos da legalidade de sua inflição; d) Nas hipóteses em que o ato atacado não afeta o direito de locomoção; vedada a aplicação do princípio da fungibilidade; e) Nos afastamentos dos cargos públicos por questões penais ou administrativos; f) Na preservação de direitos fundamentais que não a liberdade da locomoção de ir e vir, salvo manifesta teratologia e influência na liberdade de locomoção; g) Contra decisão de relator de Tribunal de Superior ou juiz em writ originário, que não concede o provimento liminar, porquanto erige prejudicialidade no julgamento do próprio *meritum causae*; h) Contra decisão de não conhecimento de writ nos Tribunal de Superior uma vez que a cognição meritória do habeas corpus pelo STF supressão de instância; salvo ma-

nifesta teratologia ou decisão contrária à jurisprudência dominante ou pela Corte Suprema. [sic] (BRASIL, 2011).

Há delimitações consolidadas ao longo dos anos que parecem mais harmônicas com a construção histórica do *habeas corpus*, a exemplo das hipóteses enumeradas a seguir – HC 69.780, rel. min. Celso de Mello:

A ação de *habeas corpus* constitui remédio processual inadequado, quando ajuizada com objetivo (a) de promover a análise da prova penal, (b) de efetuar o reexame do conjunto probatório regularmente produzido, (c) de provocar a reapreciação da matéria de fato e (d) de proceder à revalorização dos elementos instrutórios coligidos no processo penal de conhecimento. (BRASIL, 1992).

O que se nota, pois, é que o excesso de *habeas corpus* impetrados na Suprema Corte tem levado o órgão de cúpula do Judiciário brasileiro a, sem prejuízo das delimitações históricas e consentâneas com a natureza, objeto e procedimento do *habeas corpus*, tentar restringir seu acesso, não raro associando a requisitos típicos de recursos extraordinários.

## CONCLUSÕES

A história do *habeas corpus* no Brasil, particularmente, na compreensão de seu objeto pelo Supremo Tribunal Federal, sofreu alterações ao longo dos anos da República, dilatando-o ou restringindo-o, como reflexo do regime de liberdades no país.

A liberdade de locomoção como direito fundamental da pessoa física e o *habeas corpus* como seu principal instrumento processual de tutela, encontram no Supremo Tribunal Federal, seja como órgão de cúpula do Sistema, seja pela repercussão de seus julgados, o ambiente difusor de seus significados, alcance e delimitações.

O Supremo Tribunal Federal, ao tempo em que busca tutelar, com amplitude e eficiência, o direito constitucional de locomoção, oxigenando-o, tem enfrentado, há pouco mais de dez anos, decisões contraditórias e mesmo restritivas no conhecimento de *habeas corpus*, sujeitando-o a regras “recursais” e “extraordinárias”, em nítida política de descongestionamento processual.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Eduardo Ubaldo. **A constitucionalização do habeas corpus**: dos debates jurídicos às decisões do Supremo Tribunal Federal na primeira república brasileira, p. 15. Monografia (Bacharelado e Licenciatura em História), Universidade de Brasília, Brasília, 2008. Disponível em: <[http://bdm.bce.unb.br/bitstream/10483/6734/1/2013\\_EduardoUbaldoBarbosa.pdf](http://bdm.bce.unb.br/bitstream/10483/6734/1/2013_EduardoUbaldoBarbosa.pdf)>. Acesso em: 20 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Habeas Corpus** nº 100.244 SP, Segunda Turma, Brasília, DF, Relator Ministro Eros Grau, 24 de novembro de 2009. Disponível em: <[http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=ACHYPERLINK "http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608253"&HYPERLINK "http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608253"docID=608253](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=ACHYPERLINK%20http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608253&HYPERLINK%20http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608253)>. Acesso em: 22 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Habeas Corpus** nº 95.147-3 DF, Segunda Turma, Brasília, DF, Relator Ministro Cezar Peluso, 12 de maio de 2009. Disponível em: <[http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=ACHYPERLINK "http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=599240"&HYPERLINK "http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=599240"docID=599240](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=ACHYPERLINK%20http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=599240&HYPERLINK%20http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=599240)>. Acesso em: 22 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Habeas Corpus** nº 96.760 RJ, Primeira Turma, Brasília, DF, Relator Ministro Luiz Fux, 06 de setembro de 2011. Disponível em: <[http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=ACHYPERLINK "http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628046"&HYPERLINK "http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628046"docID=628046](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=ACHYPERLINK%20http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628046&HYPERLINK%20http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628046)>. Acesso em: 02 jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental** nº 54 DF, Plenário, Brasília, DF, Relator Ministro Marco Aurélio, 12 de abril de 2012. Disponível em: <[http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TPHYPERLINK "http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334"&HYPERLINK "http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334"docID=3707334](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TPHYPERLINK%20http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334&HYPERLINK%20http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334)>. Acesso em: 24 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** nº 107.701RS, Segunda Turma, Brasília, DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, 13 de setembro de 2011. Disponível em: <[http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TPHYPERLINK "http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1845891"&HYPERLINK "http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1845891"docID=1845891](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TPHYPERLINK%20http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1845891&HYPERLINK%20http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1845891)>. Acesso em: 22 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** nº 109.393 PI, Primeira Turma, Brasília, DF, Relator Ministro Marco Aurélio, 06 de novembro de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TPHYPERLINK> “<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3207225>”&HYPERLINK “<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3207225>”docID=3207225>. Acesso em: 24 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** nº 110.152 MS, Primeira Turma, Brasília, DF, Relatora Ministra Cármen Lúcia, 08 de maio de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TPHYPERLINK> “<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2208403>”&HYPERLINK “<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2208403>”docID=2208403>. Acesso em: 02 jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** nº 110.947 RS, Primeira Turma, Brasília, DF, Relatora Ministra Cármen Lúcia, 29 de maio de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TPHYPERLINK> “<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2202041>”&HYPERLINK “<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2202041>”docID=2202041>. Acesso em: 24 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** nº 115.168 BA, Primeira Turma, Brasília, DF, Relator Ministro Marco Aurélio, 21 de maio de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TPHYPERLINK> “<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4003623>”&HYPERLINK “<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4003623>”docID=4003623>. Acesso em 24 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** nº 118.032 MS, Primeira Turma, Brasília, DF, Relator Ministro Dias Toffoli, 04 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TPHYPERLINK> “<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5312612>”&HYPERLINK “<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5312612>”docID=5312612>. Acesso em: 24 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** nº 69.780-1 SP, Primeira Turma, Brasília, DF, Relator Ministro Celso de Mello, 01 de dezembro de 1992. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2869780.NUME.+OU+69780.ACMS.%29HYPERLINK> “<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2869780.NUME.+OU+69780.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/n9sdeq>”&HYPERLINK “<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2869780.NUME.+OU+69780.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/n9sdeq>”base=baseAcord

aosHYPERLINK “

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** nº 84.025-6 RJ, Tribunal Pleno, Brasília, DF, Relator Ministro Joaquim Barbosa, 04 de março de 2004. Disponível em: <[BRASIL. Supremo Tribunal Federal. \*\*Habeas Corpus\*\* nº 84.179 SP, Segunda Turma, Brasília, DF, Relator Ministra Ellen Gracie, 14 de setembro de 2004. Disponível em: <\[BRASIL. Supremo Tribunal Federal. \\*\\*Habeas Corpus\\*\\* nº 85.185-1 SP, Tribunal pleno, Brasília, DF, Relator Ministro Cezar Peluso, 10 de agosto de 2005. Disponível em: <\\[BRASIL. Supremo Tribunal Federal. \\\*\\\*Habeas Corpus\\\*\\\* nº 86.864-9 SP, Tribunal Pleno, Brasília, DF, Relator Ministro Carlo Velloso, 20 de outubro de 2005. Disponível em: <\\\[BRASIL. Supremo Tribunal Federal. \\\\*\\\\*Habeas Corpus\\\\*\\\\* nº 88.190 RJ, Segunda Turma, Brasília, DF, Relator Ministro Cezar Peluso, 29 de agosto de 2006. Disponível em: <\\\\[---

R. Cons. Nac. Proc-s-Ger-s\\\\]\\\\(http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=382091”docID=382091”>. Acesso em: 22 jun. 2014.</a></a></p></div><div data-bbox=\\\\)\\\]\\\(http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80231”docID=80231”>. Acesso em: 24 out. 2014.</a></a></p></div><div data-bbox=\\\)\\]\\(http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=358733”docID=358733”>. Acesso em: 24 jun. 2014.</a></a></p></div><div data-bbox=\\)\]\(http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79507”docID=79507”>. Acesso em: 21 jun. 2014.</a></a></p></div><div data-bbox=\)](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384874”docID=384874”>. Acesso em: 22 jun. 2014.</a></a></p></div><div data-bbox=)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** nº 90.378 RJ, Primeira Turma, Brasília, DF, Relator Ministro Marco Aurélio, 13 de outubro de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=ACHYPERLINK> “<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605429>”&HYPERLINK “<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605429>”docID=605429>. Acesso em: 22 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** nº 90.617-6 PE, Segunda Turma, Brasília, DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, 30 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=ACHYPERLINK> “<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=513647>”&HYPERLINK “<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=513647>”docID=513647>. Acesso em: 21 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** nº 94.154 RJ, Primeira Turma, Brasília, DF, Relator Ministro Joaquim Barbosa, 24 de junho 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=ACHYPERLINK> “<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=548629>”&HYPERLINK “<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=548629>”docID=548629>. Acesso em: 21 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** nº 96.056 PE, Segunda Turma, Brasília, DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, 28 de junho 2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TPHYPERLINK> “<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1968638>”&HYPERLINK “<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1968638>”docID=1968638>. Acesso em: 21 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** nº 96.328 SP, Segunda Turma, Brasília, DF, Relator Ministro Cezar Peluso, 02 de março de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=ACHYPERLINK> “<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609901>”&HYPERLINK “<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609901>”docID=609901>. Acesso em: 22 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Habeas Corpus** nº 86.864-9 SP, Tribunal pleno, Brasília, DF, Relator Ministro Carlos Velloso, 20 de outubro de 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=ACHYPERLINK> “<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80231>”&HYPERLINK “<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80231>”docID=80231>. Acesso em: 24 jun. 2014.

MIRANDA, Pontes de; ALVES, Vilson Rodrigues. **História e prática do habeas corpus: direito constitucional e processual comparado**. Campinas: Bookseller, 1999. t.1

SOUZA, Luiz Henrique Boselli de. A doutrina brasileira do habeas corpus e a origem do mandado de segurança – análise doutrinária de anais do Senado e da jurisprudência histórica do Supremo Tribunal Federal. **Revista de informação legislativa**, v.45, n.177, p.75-82, jan./mar. 2008. Disponível em: <[http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160190/Doutrina\\_habbeas\\_corpus\\_177.pdf?sequence=7](http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160190/Doutrina_habbeas_corpus_177.pdf?sequence=7)>. Acesso em: 22 jun. 2014.

# INSPEÇÃO DE ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS MILITARES

Péricles Aurélio Lima de Queiroz  
Subprocurador-Geral de Justiça Militar  
Membro do Ministério Público Militar. Integra a Câmara de Coordenação  
e Revisão, como coordenador (2013-2015).

## RESUMO

Este trabalho aborda a atuação Ministério Público Militar na inspeção de prisões militares. Para tanto, investiga os antecedentes históricos desse trabalho, examinando fatos acerca das prisões militares na Colônia e no Império, a legislação pertinente ao tema, a disciplina e a hierarquia naqueles estabelecimentos. O artigo também examina a prisão disciplinar e prisão judicial nas Forças Armadas. A inspeção de prisões militares e as atividades extrajudiciais do MPM, com estatísticas, são abordadas, após essa contextualização do tema.

**PALAVRAS-CHAVE:** Prisões militares. Inspeção de prisões militares. Atividades extrajudiciais do MPM.

## INTRODUÇÃO

As atividades extrajudiciais dos membros do Ministério Público experimentaram notável acréscimo após a Constituição da República de 1988. Isso também ocorreu no âmbito do Ministério Público Militar, remodelado com a Lei Complementar n. 75/1993<sup>1</sup>. Dentre tais atividades, destacam-se duas de proeminência para a sociedade: a investigação direta conduzida sob a presidência de membro do Parquet das Armas e a inspeção de prisões militares. Este artigo pretende ocupar-se do segundo tema, apresentar os antecedentes históricos, o programa de inspeções desenvolvido por promotores e procuradores de Justiça Militar e os resultados dessa atividade.

---

1 Lei Orgânica do MPU: Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993.

## ORIGENS DO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR

Criado em 1920<sup>2</sup>, na reforma da Justiça Militar reclamada desde o Império, o MP Militar alcançou projeção na Constituição de 1934. “O Ministério Público, nas Justiças Militar e Eleitoral, será organizado por leis especiais (...)”<sup>3</sup>. Embora a primeira Constituição da República (1891) fizesse referência ao cargo de Procurador-Geral da República, deixou de mencionar especificamente a instituição ministerial. A Carta de 1946 dispôs que “a lei organizará o Ministério Público da União, junto a Justiça Comum, a Militar, a Eleitoral e a do Trabalho” (BRASIL, 1946)<sup>4</sup>. Por consequência do mandamento constitucional, no início da década seguinte, o Ministério Público da União recebeu seu Estatuto (BRASIL, 1951), cuja vigência prolongou-se até 20 de maio de 1993, data da lei atual.

Dois meses depois de ser criado, já havia empossado promotores militares em todas as Auditorias nos estados e no Distrito Federal. “O quadro inicial contava 46 membros, incluindo o procurador-geral” (QUEIROZ et al., s/d). Cumpria-se aspiração da classe jurídica e política brasileira, sobretudo de parlamentares como Rui Barbosa e de juristas como Clóvis Beviláqua. Desde 1865 planejava-se criar o cargo de promotor de justiça criminal militar, proposto pela Comissão de Legislação do Exército. Enviado o projeto à Assembleia, todavia, não teve andamento.

## ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Estudos históricos referem antigos textos legais a respeito das prisões militares e do tratamento de presos. Nelas, também se abrigava o militar acusado de crime comum. Aviso de 31 de maio de 1777 estabelecia que soldados que cometessem crimes comuns deveriam ser “conservados nas prisões militares à disposição de magistrados civis” (AMARAL, 1862, p. 29). No período anterior ao Império, militares condenados podiam sofrer desterro para colônias nas Índias e na África. No país, eram encarcerados em fortalezas, fortes e quartéis de difícil acesso, notabilizando-se o presídio de Fernando de Noronha. Comumente removiam-se presos militares das províncias para locais distantes, notabilizando-se as Fortalezas da Laje e de Santa Cruz, no Rio de Janeiro, e o Forte de São Caetano, em Salvador (URBIM, 2003, p. 66 e 75).

2 Código de Organização Judiciária e Processo Militar. Decreto n. 14.450, de 30 de outubro de 1920.

3 Artigo 98, da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934.

4 Artigo 125 Constituição do Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946.

Situações de conflito interno, quando a população carcerária militar subitamente elevou-se, ocasionaram a adoção de prisões flutuantes. Na Guerra dos Farrapos (1835-1845) fundeu-se o Navio Presiganga no Rio Guaíba, em Porto Alegre-RS, local de internamento de presos. Na Revolução Federalista de 1893, o governo da União a utilizou para o isolar presos civis e militares ao largo da Ilha de Santa Catarina. Dificultava a fuga e resolvia rapidamente o local para internação de presos. Em 1904 e 1910, o governo da República transformou navios-piquetes em prisões flutuantes, com a finalidade de transportar presos desterrados para a Amazônia (SILVA, 2010), permanecendo embarcados no destino por longos períodos de tempo.

No ano de 1964, o autodenominado governo revolucionário fez uso de prisões flutuantes para segregar presos políticos. Rebocou para a baía de Santos-SP o navio-prisão Raul Soares, nele internando presos provisórios enquanto os submetia a investigação penal, recaindo a população carcerária em líderes sindicais marítimos. Segundo Vladimir P. de Freitas, “presos políticos passaram meses nas proximidades da Ilha Barnabé” (FREITAS, 2012) embarcados no Raul Soares, atracado do final de abril a outubro de 1964. No Rio de Janeiro, pôs em serviço o velho navio Princesa Leopoldina, requisitado da Companhia Lloyd de Navegação, atracado na Ilha das Cobras. Ao final da II Guerra Mundial na Europa, tornou-se célebre o caso dos transatlânticos alemães Cap Arcona e Deutschland, transformados em prisões flutuantes para mais de 5 mil homens cada um deles. Ambos foram bombardeados e colocados a pique, engrossando as estatísticas de crimes de guerra.

A inspeção de prisões militares esteve na rotina dos quartéis desde o Século XVIII, principalmente para assegurar o estado de higidez dos militares. Usos e costumes da caserna orientavam preservar a saúde e a capacidade física do condenado militar para recebê-lo apto depois do cumprimento da pena. Por esse motivo, e não por razões humanitárias, dispensavam-se cuidados de saúde ao preso, evitando-se ainda a propagação de doenças e epidemias, sobretudo o cólera.

Atribuía-se o encargo aos cirurgiões militares e oficiais de linha do Exército<sup>5</sup>. Decreto Imperial n. 1.900, de 7 de março de 1857, que regulamentou o Corpo de Saúde do Exército, refere como dever dos médicos “a revista das prisões militares”: “(...) Deve ser feita a revista interna das ditas prisões, e se conformarão com as precauções que aquelas autoridades (comandantes) tomarem a bem da segurança das prisões” (AMARAL, 1862, p. 29).

---

5 Tropas de Primeira Linha: tropas regulares, oficiais pagos. Arquivo Nacional. Memória da Administração Pública Brasileira.

Provisão de 8.10.1829, promulgada por ordem imperial, prescrevia aos comandos a “nomeação de Oficiais para inspeção de prisões militares e civis nas comarcas”. Na metade dos anos 1800, havia no país aproximadamente uma dezena de presídios militares, para um efetivo não superior a 30 mil homens no Exército e na Armada. A Guerra da Tríplice Aliança (1865-1870) elevou o efetivo militar brasileiro para 82.271 homens, sendo no total mobilizados 154.996 homens, segundo a historiadora Lilia Schwarcz (2001, p. 303).

A severa disciplina militar imposta com base nos Artigos de Guerra (1763) exigia numerosas dependências para a prisão de militares, chegando a formar companhias correicionais a exemplo de outros países. Somente no ano de 1886, anotaram-se 7.526 prisões por indisciplina no Exército e na Armada<sup>6</sup>.

A legislação sobre prisões militares continuou uma colcha de retalhos, regulada por provisões, decretos, resoluções e avisos. Em 1865 criou-se, no âmbito do Ministério da Guerra, a Comissão de Exame da Legislação do Exército, composta por juristas e militares. Sete anos depois, dentre vários textos e códigos, essa Comissão apresentou o “Projeto de Regulamento para Prisões Militares”. Continha inovações como a separação de presos por classes de acordo com a pena; o trabalho no presídio e o pagamento aos presos; a frequência de visitas; assistência religiosa; e a lotação de “professor de ensino primário, médico e capelão” (BRASIL, 1943).

## JUSTIÇA E DISCIPLINA NAS FORÇAS ARMADAS

Não existe força armada que possa dispensar, no contexto de seu sistema de justiça e disciplina, dependência prisional para custodiar presos disciplinares e de justiça.

O regime castrense, apoiado na hierarquia e na disciplina, estrutura-se no sistema de ordens legais – doutrinariamente conhecido como baionetas inteligentes (baïnettes intelligentes), oposto à teoria da baioneta cega, “em que não há possibilidade de recusa de obediência à ordem superior”. “O militar só pode e deve desobedecer a ordem direta de superior hierárquico, em matéria de serviço, sem incorrer no crime de insubordinação, se ela tem por objeto a prática de ato manifestamente criminoso”. Para Alexandre Reis, “o objeto da ordem deve ser instantâneo e indubioso conhecimento quanto à criminalidade do ato ordenado, não se exigindo maiores reflexões do subordinado” (CARVALHO, s/d).

---

6 Fonte: Fundação Getúlio Vargas. CPDOC.

Se para o Direito a “segurança jurídica” revela-se na expectativa de estabilidade do sistema legal, para as Forças Armadas a “segurança militar”, segundo conceito do jurista alemão Hermann Heller (1891-1933), representa a intransigência do regime de disciplina.

Nas Forças Armadas há quase certeza de que as ordens serão obedecidas. Isso porque a hierarquia e a disciplina - que se transformaram num segundo hábito pelo treinamento e são o cimento da estrutura militar, permitem a cada um que entra em ação saber que a obediência às ordens é a condição para que o menor número de vidas seja sacrificado na operação. (FERREIRA, 2000, p. 24).

Qualquer que seja a natureza da transgressão ao regime – disciplinar ou penal, apurá-la é dever e atribuição do comandante, que pode delegar para oficiais, por tempo certo e caso específico. Ocorre na instauração do inquérito policial militar (IPM) e na realização de sindicância. Aplicar a sanção disciplinar é atribuição do comandante. Portanto, recolher o militar à prisão disciplinar depende de sua ordem, que deve ser fundamentada no regulamento disciplinar e publicada em Boletim Interno<sup>7</sup>. Excepcionalmente, a prisão pode ser imediata “para preservação da disciplina e do decoro da instituição” (BRASIL, 2002, 1983 e 1975).

Tendo por base princípios constitucionais de hierarquia e disciplina<sup>8</sup>, as Forças Armadas possuem seus Regulamentos Disciplinares. A matriz constitucional coloca o servidor militar em regime estatutário diferenciado, de ordens, hierarquia e disciplina. Exige-lhe capacidade física permanente, eficiência profissional e habilidades específicas que não são cobradas dos servidores civis, como o manuseio de armas, munições e explosivos, operação de material bélico, dedicação integral e exclusiva ao serviço, etc.

A disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo. (BRASIL, 1980).

Em tal ambiente de trabalho, onde se viceja profuso número de convenções, costumes e práticas castrenses, a ocorrência de transgressão disciplinar resulta na imposição de sanções, depois de apurada a falta, observados os princípios de ampla defesa no processo

---

7 Regulamentos Disciplinares do Exército (RDE), da Marinha (RDM) e da Aeronáutica (RDAer): Decretos nºs 4.346 26.8.2002), 88.545 (26.7.1983 e 76.322 (22.9.1975).

8 Art. 143 da Constituição da República.

administrativo. As três Forças prescrevem sanções de prisão simples e prisão rigorosa de 1 a 30 dias, entre outras penalidades administrativas que iniciam com a advertência verbal e terminam com a expulsão. A preservação do regime disciplinar é dever do Comando, e se traduz em fator impositivo para a manutenção da hierarquia e disciplina, com reflexos no moral, na eficiência e na condição da tropa como força militar organizada.

A ocorrência de delito militar, culposo ou doloso, enseja a prisão em flagrante do agente ou a instauração de Inquérito Policial Militar. A gravidade da conduta delituosa pode ser causa para decretação da prisão preventiva, por “exigência da manutenção das normas ou princípios de hierarquia e disciplina militares, quando ficarem ameaçados ou atingidos com a liberdade do indiciado ou acusado”<sup>9</sup>. A lei determina que “os militares deverão prender quem for insumisso ou desertor, ou seja encontrado em flagrante delito”<sup>10</sup>.

A prisão judiciária dá-se por flagrante delito, condenação ou mandado da autoridade judiciária militar – juiz-auditor, Conselho de Justiça e Superior Tribunal Militar, e nos casos do crime de deserção, quando a lavratura do Termo de Deserção pelo Comando “sujeita desde logo o desertor à prisão”<sup>11</sup>. Insumissos também estão sujeitos à prisão, mas não são recolhidos ao cárcere e têm o quartel por menagem.<sup>12</sup>

## CADEIA MILITAR

As Forças Armadas brasileiras possuem efetivo de 339.365 homens e mulheres militares – Marinha: 65.528, Exército: 204.744 e Aeronáutica: 69.093, além de 20.269 civis, distribuídos no território nacional e exterior (BRASIL, 2012). A Estratégia Nacional de Defesa prevê, até o ano de 2030, acréscimo de 104.349 militares e 45.006 civis. Constitui a segunda força militar em efetivo das Américas e a primeira da América do Sul, superada apenas pelos Estados Unidos (1.414.000 militares).

O sistema de escalão e funcionalidade nas Forças Armadas estrutura-se em Organizações Militares.<sup>13</sup> Somam-se 1.326 organizações militares das Armas, dos Serviços e de diversas especialidades, além de estabelecimentos de ensino e formação, centros de

9 Artigo 253, alínea “e”, do Código de Processo Penal Militar.

10 Artigo 243, do Código de Processo Penal Militar.

11 Artigos 243 e 452 do Código de Processo Penal Militar.

12 Artigo 464 do Código de Processo Penal Militar.

13 RISG/Exército Brasileiro. Portaria n. 816, de 16.12.2003. Art. 13. As OM são organizações do EB que possuem denominação oficial, QO e QCP. Art. 14. Unidade é a OM da F Ter cujo comando, chefia ou direção é privativo de oficial superior, podendo ser denominada regimento, batalhão, grupo, esquadrão de aviação, parque ou depósito.

pesquisa e tecnologia: 662 no Exército, 355 na Aeronáutica e 309 na Marinha.<sup>14</sup> Desse total, 356 dispõem de estabelecimento carcerário<sup>15</sup> próprio. De acordo com estatística da Corregedoria do MPM, em maio de 2014, estavam recolhidos nas cadeias castrenses 521 militares, sendo 331 presos disciplinares e 190 presos à disposição da Justiça.

O xadrez, cela ou cadeia militar, também denominado bailéu, na Marinha, constitui-se em recinto específico para manter presos disciplinares e presos da Justiça, exclusivamente militares. Civis, em nenhuma hipótese, podem ficar presos em quartéis. A praça condenada a mais de dois anos de prisão é excluída e cumpre pena no sistema prisional comum. Enquanto recolhido à prisão militar, o preso está sob a jurisdição da Justiça Militar da União, não sendo aplicável a Lei de Execuções Penais<sup>16</sup>.

Das três Forças, apenas a Marinha mantém um Presídio Militar destinado a presos judiciais. Situa-se na Ilha das Cobras, Rio de Janeiro. Em 1976 o Exército desativou sua unidade penitenciária na Fortaleza de Santa Cruz da Barra (RJ). Desde então, não dispõe de um sistema penitenciário, mas mantém instalações carcerárias nas unidades militares para receber presos do seu efetivo, o que também ocorre em unidades da Aeronáutica.

A dependência carcerária geralmente situa-se no anexo do corpo da guarda, local de alojamento e permanência da guarnição de serviço, imediatamente subordinada ao sargento comandante da guarda e sob a autoridade do oficial de dia. Contudo, a responsabilidade sobre o preso é do comandante<sup>17</sup> da Organização Militar, cumprindo-lhe prover condições razoáveis de ocupação, alimentação, assistência médica, odontológica, psicológica e religiosa, além da regularidade de visitas e acesso ao advogado.

## INSPEÇÃO CARCERÁRIA DO MP MILITAR

Quartéis das Forças Armadas possuem dependência carcerária para confinar presos disciplinares e de justiça. O poder de prender, isto é, de aplicar a sanção de prisão, é inerente ao exercício do Comando: incumbe-lhe apurar a transgressão e sancionar o transgressor, prender quem se encontrar em flagrante delito e cumprir determinações da Justiça. A lei lhe confere os poderes de polícia judiciária militar que permitem efetuar a prisão em flagrante delito nos casos de crime militar<sup>18</sup>. Por conseguinte, a existência de

14 Dados fornecidos pelo Centro de Comunicação Social do Exército Brasileiro, Gabinete do Comandante da Marinha e Centro de Comunicação Social da Aeronáutica em julho de 2014.

15 Relação das Organizações Militares que dispõem de Instalações Prisionais, Corregedoria do MP Militar. Julho/2014.

16 Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 – Artigo 2º, parágrafo único.

17 Comandante refere-se também ao Chefe ou Diretor, variando de acordo com a natureza da organização militar.

18 Artigos 7º e 8º, do Código de Processo Penal Militar.

cadeia em aquartelamentos é ditada pela necessidade da atividade castrense, inserida no sistema de preservação da lei, da hierarquia e da disciplina, ao dispor-se de um local específico para a segregação do infrator. Nos deslocamentos e nas operações – em marchas e estacionamentos da tropa, fora da sede da guarnição, compete ao comandante designar o local de prisão<sup>19</sup>.

Se o estado da disciplina é sensível ao talento e habilidade do comandante, isso não ocorre com fatos que configuram crime previsto no Código Penal Militar. Notadamente a conduta dolosa é precipitada por situações individuais, sob circunstâncias imponderáveis. Delitos contra o patrimônio e contra a pessoa, uso de drogas proibidas, crimes contra o serviço e contra a administração militar, insubordinação, recusa de ordens e abandono de posto, além da deserção, figuram como principais crimes nos quartéis. Não obstante o estado moral da tropa e seu preparo, e o controle exercido por superiores hierárquicos, tais comportamentos acontecem ao arrepio das medidas de disciplina e hierarquia. Nesses casos, os poderes de intervenção policial conferidos por lei ao comandante para lavrar o Auto de Flagrante, ou a prisão por prática de crime militar próprio<sup>20</sup>, exigem local adequado para segregar o infrator na própria Unidade.

Portanto, a disponibilidade de instalações prisionais para o encarceramento do infrator nas Forças Armadas – seja por transgredir o Regulamento Disciplinar, devido à prática de crime previsto no Código Penal Militar, seja por ordem de autoridade judiciária militar – reclama o efetivo acompanhamento dessa atividade de polícia judiciária pelo Ministério Público Militar.

A História do MP Militar registra atuação prisional desde episódios da Revolução de 1930 e da Revolução Constitucionalista de 1932. Conforme relato do promotor militar Amador Cysneiros do Amaral (1934), promotores foram levados a assumir a Direção de Presídios Militares e Campos de Prisioneiros. A repetição de abusos com presos, no período conturbado de 1930-1932, sugeriu ao Governo Provisório alterar o Código de Justiça Militar em 1934, para atribuir ao “Promotor Militar zelar pela observância das regras gerais de direito das gentes e das Convenções de Genebra de 1929...” (BRASIL, 1934).

Pode-se dizer que, até 1988, o MP Militar ocupou-se preponderantemente da persecução penal na Justiça Militar e da assistência à investigação policial realizada por meio do Inquérito Policial Militar. A partir do final da década de 1990, dirigiu sua atenção à proteção do patrimônio histórico e cultural, do meio ambiente, ao controle de salubri-

19 Cf. Regulamentos Disciplinares do Exército, da Marinha e da Aeronáutica.

20 Ressalva do artigo 5º, inciso LXI, da Constituição da República.

dade em estabelecimentos fabris, às condições dos hospitais, etc., no âmbito da jurisdição militar. Para cumprir essas atribuições, passou a dispor da Investigação Preliminar<sup>21</sup> e do Inquérito Civil. Desenvolveu sobremaneira a investigação direta, perdendo o IPM sua primazia de levar à Justiça a notícia da infração penal.

A partir dos anos 2000, a atividade de correição ordinária recomendou intensificar a atuação extrajudicial dos Órgãos de execução, com ênfase à investigação direta e à inspeção carcerária nas Unidades Militares da área territorial de atribuições<sup>22</sup>. Em 1999, haviam sido realizadas apenas sete visitas em cadeias militares em todo o país, por ocasião da presença de promotor de Justiça Militar em quartéis do Exército (BRASIL, 1934), segundo registro da Procuradoria de Justiça Militar em Bagé-RS.

Em maio de 2002, o procurador de Justiça Militar em Santa Maria, Osmar Machado Fernandes, instaurou Procedimento Administrativo de Verificação de Prisões Militar – PAVPM e, com essa iniciativa, inaugurou a atividade no âmbito do MP Militar, de modo programado, sistemático e formalmente registrado em autos. Na Portaria de abertura, consignou:

(...) Para o fim de verificar as instalações físicas das prisões e o efetivo exercício dos direitos constitucionais dos presos disciplinares e a disposição da justiça nas Unidades Militares subordinadas ao Comando da 3ª Divisão de Exército, 6ª Brigada de Infantaria Blindada, 1ª Brigada de Cavalaria Mecanizada, Artilharia Divisionária/3 e Base Aérea de Santa Maria<sup>23</sup>. (BRASIL, 2002).

As Procuradorias de Justiça Militar de Santa Maria e Bagé, cidades onde estão instalados importantes Comandos – Divisão de Exército, Brigadas e Base Aérea, e área do Comando do Distrito Naval na cidade de Rio Grande, com jurisdição territorial em dois terços do Rio Grande do Sul, podem ser consideradas precursoras na atividade de inspeção carcerária militar. No estado gaúcho está aquartelado o maior efetivo do Exército depois do Rio de Janeiro, cerca de 30 mil homens e mulheres, servindo em dezenas de Guarnições, principalmente estacionadas na faixa de fronteira sul. A presença do promotor de Justiça Militar no quartel, que ocorria mais frequentemente para acompanhar

21 Resolução n. 30, de 24 de agosto de 1999, do Conselho Superior do Ministério Público Militar.

22 Relatórios de Correição Ordinária nas Procuradorias de Bagé, Santa Maria e Porto Alegre no ano 2000: XVI. Orientação Técnica e Recomendações. 1.3 Recomendar que se estabeleça programa periódico de visita às prisões existentes nas Unidades Militares da Guarnição, e se obtenha informações sobre as condições dos xadrezes em OM de outras localidades”.

23 Procedimento Administrativo de Verificação de Prisão Militar – PJM /Santa Maria. 3 mai 2002. Procedimento presidido pelo Procurador de Justiça Militar Dr. Osmar Machado Fernandes, tendo como secretário o servidor Josué Senra Costa. Arquivo da PJM.

diligências e inquéritos, concretizou-se no plano administrativo para verificar de forma específica e metódica as condições da prisão e dos presos.

Na decisão de arquivamento proferida pelo procurador de Justiça Militar, constaram as observações e impressões recolhidas:

Cabe ressaltar que os membros do Ministério Público Militar foram muito bem recebidos pelos Comandos das Unidades Militares visitadas, tendo se constatado que as instalações físicas das prisões atendem as especificações previstas na legislação vigente, sendo respeitados os direitos dos presos (...). Todos os detalhes das referidas inspeções constam nas atas juntadas neste procedimento (...). Assim, não se constatou qualquer irregularidade nas prisões que estão em funcionamento nas Organizações Militares sediadas na área de atribuição da Procuradoria de Justiça Militar em Santa Maria. (BRASIL, 2002, p. 179)

Havia dificuldade, igualmente, para inspecionar as prisões existentes fora da sede, como a falta de previsão orçamentária do custeio. Ainda hoje, em outras regiões do país distâncias consideráveis erigem-se em obstáculos ao deslocamento de membros do MPM, como acontece na Região Amazônica, no Pantanal e no Nordeste. Há prisões a serem inspecionadas que se situam cerca de 1.000 quilômetros em linha reta da sede – Manaus, por exemplo, cujo deslocamento depende de aeronave militar ou viagem de muitos dias por meio fluvial. Tabatinga: 1.100 km; Benjamin Constant: 1.121 km e Guajará-Mirim: 1.397 km.

Desde 2007 a Procuradoria-Geral disponibilizou o montante de R\$ 471.735,01 destinado ao pagamento de diárias e passagens para membros no exercício de inspeção carcerária fora da sede<sup>24</sup>. Para o ano de 2015, o Conselho Superior aprovou dotação orçamentária no valor de R\$ 450.794,00 exclusivamente para inspeções carcerárias e diligências<sup>25</sup>. É preciso considerar que a concentração de Unidades Militares ocorre na sede das Regiões Militares, capital de Estado ou áreas metropolitanas, onde estão localizadas as Procuradorias de Justiça Militar.

Órgão revisor da intervenção funcional, a Câmara de Coordenação e Revisão do MPM, composta por três membros, delibera a respeito do arquivamento de procedimentos extrajudiciais e inquéritos<sup>26</sup>. Considerando que a inspeção carcerária consiste em atividade extrajudicial, instaura-se Procedimento Administrativo de Verificação de Prisão Militar – PAVPM. Depois de concluído e em caso arquivamento, é remetido para esse colegiado, distribuído a Relator, discutido e apreciado em sessão pública, dando-se publi-

24 Dados fornecidos pela Direção-Geral da Secretaria do Ministério Público Militar (Brasília-DF), em junho de 2014.

25 Proposta Orçamentário do MPM para o ano de 2015. Departamento de Orçamento e Finanças.

26 Artigos 132 a 136 da Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993.

cidade da ementa na imprensa oficial.

Nos últimos dois anos, dos 365 Procedimentos Administrativos de Verificação de Prisão Militar autuados na Câmara<sup>27</sup>, apenas 5 deixaram de ser homologados em face da necessidade de diligências complementares. A inspeção realizada no âmbito do MPM atende integralmente ao roteiro estabelecido pelo Conselho Nacional do Ministério Público – Res. 56 (BRASIL, 2010), e inclui, ainda, frequentemente, registro fotográfico e planta de engenharia, análise das Normas Específicas da Guarnição – NGA, entrevista com presos e recomendações ao Comando. Desse modo, enquanto a validação dos dados de inspeção compete à Corregedoria do MPM, cabe à Câmara de Coordenação e Revisão pronunciar-se a respeito do arquivamento do procedimento administrativo no qual, além dos dados da inspeção, estão juntados todos os documentos, despachos e decisões do membro sobre essa atividade extrajudicial.

No período de janeiro de 2012 a maio de 2014, foram realizadas 643 inspeções carcerárias no MP Militar, média de 12 visitas por membro, considerando que, até dezembro de 2013, o quadro de primeiro grau apresentava defasagem de 11 Promotores do total de 66 membros lotados nas Procuradorias de Justiça Militar<sup>28</sup>. Pois bem, o número representa 41,5% das inspeções carcerárias civis realizadas por membros dos Ministérios Públicos dos estados, do Distrito Federal e MP Federal em março de 2013.

Relatório do Sistema Prisional divulgado pelo CNMP, em junho de 2013, apontou a realização de 1.598 inspeções carcerárias anuais em todo o país, no mês de março daquele ano, em estabelecimentos para presos comuns – penitenciárias, presídios, cadeias públicas, colônias agrícolas e institutos, hospitais e sanatórios, abraçando uma população carcerária de 448.969 presos, 48% acima da capacidade de ocupação (CNMP, 2013) permitida. Desse quantitativo, observou-se que 780 não dispunham de cama e 365 nem sequer ofereciam colchões, significando que elevada parcela da população carcerária repousava diretamente no piso das celas. Impensável aceitar que essa situação pudesse ocorrer em uma prisão sob administração das Forças Armadas!

Das 643 inspeções de dependência carcerária situadas em área sob Administração Militar, menos de 5% exigiram medidas imediatas de correção e, na maioria delas, para algum conforto. Isto é, 95% das cadeias visitadas se apresentavam na conformidade legal. Todas possuíam camas – de madeira, metal ou alvenaria – colchões e demais acessórios.

27 Relatórios de Distribuição da Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Militar. Brasília-DF, julho de 2014.

28 O Quadro do MPM é de 79 membros: 13 subprocuradores-gerais, 22 procuradores de Justiça e 44 promotores de Justiça Militar.

Constatou-se que um pequeno número não oferecia água aquecida para banho, o que foi recomendado na inspeção. Algumas cadeias foram reformadas por notificação do MP, cuja recomendação acelerou o aporte de verbas pelo escalão superior. Os alimentos fornecidos ao preso, em três refeições diárias<sup>29</sup>, são da mesma qualidade e quantidade servida no Rancho das praças. Em todas as prisões não faltam locais para o banho de sol, permitido na frequência diária a depender unicamente de condições climáticas.

A assistência médica, odontológica e psicológica é a disponível aos demais militares do quartel onde se acha o preso. Alguma inconstância verificou-se na prestação da assistência religiosa, pois apenas as guarnições maiores dispõem de Capelania. De qualquer sorte, o serviço religioso é prestado ao preso por ocasião da visita do Capelão ao quartel, ou quando por ele solicitada. Dentre as atribuições do Capelão Militar incumbe-lhe “dar particular assistência a doentes e presos”<sup>30</sup>. Facilita-se o acesso do preso à família, ao advogado e ao Defensor Público. Na região Sul, principalmente, cobra-se a necessidade de proteger o preso das baixas temperaturas, exigindo aquecimento para banho e vedação das aberturas. Não houve registro de celas solitárias ou de isolamento. Outra preocupação ocorre com equipamentos sanitários e instalações elétricas, para que não ofereçam perigo de uso indevido.

Acolhendo sugestão do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais – CNPG, no sentido de averiguar “a disciplina da revista de visitantes nas unidades de privação de liberdade”<sup>31</sup>, o 6º Ofício da Procuradoria de Justiça Militar no Rio de Janeiro instaurou procedimento investigatório, em maio de 2012, para apurar “a revista pessoal, impondo a nudez dos visitantes dos presos, em razão da inexistência de equipamentos de revista eletrônica complementares ao detector de metais” no Presídio da Marinha<sup>32</sup>. Considerada vexatória, a prática já havia sido constatada pelo MPM, que recomendara sua supressão. Contudo, a direção<sup>33</sup> do estabelecimento alegou que a conduta era “aplicada nos presídios federais” com amparo em portaria do Departamento Penitenciário Federal e resolução da Secretaria de Administração Penitenciária do Rio de Janeiro<sup>34</sup>. Justificou que no “presídio são custodiados internos que podem ser considerados de alta periculosidade, que respon-

29 Refeições no quartel para o pessoal de serviço e presos: café da manhã, almoço e jantar. O pessoal de serviço recebe também uma refeição quente à noite – ceia.

30 RISG/Exército Brasileiro. Artigo 67, inciso II.

31 Ofício n. 59, de 5.3.2012, do Presidente do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados e da União – CNPG. Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos.

32 Procedimento Investigatório Criminal n. 33-09.2012.1106. 6º Ofício da PJM/RJ. Protocolo MPM/DDJ n. 1667/2014.

33 Ofícios n. 315/PM-MB, de 10.04.2012, e 374/PM-MB, de 30.04.2012, do Diretor do Presídio da Marinha.

34 Portaria n. 157, de 5.11.1997 – Departamento Penitenciário Federal e Resolução n. 330, da Secretaria de Administração Penitenciária do Rio de Janeiro.

dem pelos mais diversos delitos, incluindo homicídio e envolvimento com milícias”. São presos à disposição da justiça comum.

No decorrer da investigação, e por recomendação do Ministério Público, a autoridade naval revogou a revista pessoal de visitas aos presos naquelas condições e instalou equipamentos eletrônicos – portal, detentor manual e banco detentor. Também o Ministério Público Federal atuou nessa investigação instaurando inquérito civil<sup>35</sup>, ao final arquivado em face das medidas adotadas pela Administração Militar.

A decisão de arquivamento proferida em procedimento administrativo de inspeção carcerária, contendo as principais observações recolhidas na inspeção e recomendações do Ministério Público, é encaminhada ao Comando para ciência e, se for o caso, adotar as providências cabíveis.

Comandos editam ordens para o tratamento do preso. Elas traduzem prescrições da Constituição, leis e regulamentos diversos. São denominadas Normas Gerais de Ação – NGA. De fácil acesso e consulta disponível ao pessoal de serviço incumbido da guarda, sintetizam, objetiva e claramente, as principais condutas para o tratamento com o preso.

É preciso observar que o militar preso conserva os direitos e prerrogativas da sua graduação ou posto, submetido ao regime de hierarquia e disciplina. Os recintos da prisão para cabos e soldados devem ser separados daqueles para sargentos e subtenentes. Sargentos cumprem pena disciplinar em dependências da Subunidade e Oficiais têm direito à prisão especial em sala de Estado-Maior<sup>36</sup>, enquanto não condenados definitivamente, e permite-se-lhes cumprir pena disciplinar no domicílio.

O status militar impõe ao preso manter a disciplina no local da prisão. Se infringida, o sujeita à sanções. Não se tem notícia de rebelião em prisões militares, de maus-tratos ou violência contra presos. São raras as apreensões de drogas em poder do preso. Não há registro de fuga ou amotinamento. Compete ao oficial de dia visitar a prisão com seu sucessor ao assumir o serviço, “assegurando-se da presença dos presos e das condições da prisão”, e ao sargento comandante da Guarda cabe “examinar, cuidadosamente, as condições de segurança das prisões, em especial o tocante aos presos condenados ou sujeitos a processo no foro militar ou civil”<sup>37</sup>.

A evasão de preso somente configura fato típico no caso de violência contra a pes-

35 Inquérito Civil n. 1.30.001.006912/2012-32 – 53º Ofício da Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão. Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro.

36 Artigo 242, alínea ‘f’, do Código de Processo Penal Militar e Artigo 295, inciso V, do Código de Processo Penal Militar.

37 Artigos 193 (IV) e 213 do Regulamento Interno e dos Serviços Gerais – RISG. Port. n. 816, de 16.12.2003. Exército Brasileiro.

soa ou arrombamento da prisão. Pune-se penalmente o arrebatamento de preso “a fim de maltratá-lo” e o amotinamento “perturbando a disciplina do recinto da prisão”<sup>38</sup>.

O cenário das cadeias militares é totalmente diverso do ambiente encontrado nos estabelecimentos penitenciários comuns. Instaladas em áreas dentro dos quartéis, estão sob vigilância contínua de vários profissionais ao mesmo tempo. Submetem-se à ação do Comando e escalão superior, da autoridade judiciária militar e do Ministério Público Militar. Não se pode falar em excesso de presos, mas ociosidade das instalações. O preso nelas permanece períodos breves – geralmente em detenção provisória. Ao contrário do estabelecimento penitenciário comum, o ocupante da cela militar é sazonal para período de cumprimento de prisão disciplinar ou por determinação da justiça em custódia provisória, ou execução da pena detentiva inferior a dois anos.

## CONCLUSÕES

Pode-se dizer que a visita prisional no âmbito do MP Militar atende por completo as exigências e recomendações estabelecidas na Resolução n. 56/2010 do CNMP, sendo materializada em procedimento administrativo de natureza extrajudicial – PAVPM. Especificidades do estamento militar, a rigidez de ordens e a existência da cadeia de comando, o controle traduzido no sistema de hierarquia e disciplina, usos, costumes, tradições, regulamentos e leis revelam as diferenças entre o estabelecimento prisional destinado ao preso comum e a dependência carcerária existente nas organizações militares.

Ao concluir o Procedimento Administrativo da primeira inspeção documentada no MPM, o procurador de Justiça Militar de Santa Maria-RS destacou “que os trabalhos durante as visitas de inspeção nas prisões serviram para estreitar o relacionamento entre Membros do Ministério Público Militar e os Comandantes de OM, difundindo as atribuições do MPM de controle externo da polícia judiciária militar, bem como para dirimir dúvidas existentes no meio militar... como a aplicação da Lei n. 8.210/84 referente aos deveres e direitos dos presos, detenção... comunicação da prisão visitas e banho de sol aos presos”<sup>39</sup>.

A atividade extrajudicial de inspeção carcerária proporciona aproximação e integração do membro do Ministério Público Militar com autoridades detentoras do poder de polícia judiciária militar, os Comandantes de Organização Militar. Permite verificar a ade-

---

38 Artigos 180, 181 e 182 do Código Penal Militar.

39 Procedimento Administrativo de Verificação de Prisão Militar – PAVPM. PJM/Santa Maria – fls. 179.

quação das instalações, tratamento dispensado ao preso, observância dos seus direitos e da sua dignidade e reafirmar normas legais de proteção que devem ser dispensadas ao militar submetido ao encarceramento, seja por motivo disciplinar ou ordem judicial. Servidor de perfil legalista por formação, dever de ofício e convicção profissional, a autoridade militar reconhece e compreende perfeitamente a relevante atribuição conferida ao Ministério Público Militar nessa atividade.

A realidade carcerária na jurisdição das Forças Armadas revela a adequação das instalações de prisão destinadas a preso disciplinar e preso judicial, e o cumprimento das normas constitucionais, legais, portarias e resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, resoluções do Conselho Superior do MPM e recomendações da Corregedoria, além das prescrições regulamentares do Exército, da Marinha e da Aeronáutica.

Exceto quanto ao Presídio da Marinha, a exigir visita mensal por se tratar de organização militar especializada, a inspeção em periodicidade anual dos 356 estabelecimentos penais castrenses permite o efetivo controle externo pelo Ministério Público Militar.

Ministério Público da União  
Ministério Público Militar  
Corregedoria

#### Quantitativo de presos sob custódia da administração militar

	PROCURADORIA DA JUSTIÇA MILITAR	NÚMERO DE ORGANIZAÇÕES MILITARES	PRESOS DISCIPLINARES	PRESOS DE JUSTIÇA
01	BAGÉ	41	18	7
02	BELÉM	18	4	8
03	BRASÍLIA 1º OFÍCIO	9	37	24
04	BRASÍLIA 2º OFÍCIO	6	11	11
05	CAMPO GRANDE	28	3	17
06	CURITIBA	34	32	16
07	FORTALEZA	9	3	4
08	JUIZ DE FORA	22	18	10
09	MANAUS	36	27	1
10	PORTO ALEGRE	15	11	4
11	RECIFE	28	33	15
12	RIO DE JANEIRO 1º OFÍCIO	6	8	2

13	RIO DE JANEIRO 2º OFÍCIO	5	10	2
14	RIO DE JANEIRO 3º OFÍCIO	5	20	17
15	RIO DE JANEIRO 4º OFÍCIO	5	3	3
16	RIO DE JANEIRO 5º OFÍCIO	11	1	1
17	RIO DE JANEIRO 6º OFÍCIO	18	23	23
18	SALVADOR	9	19	5
19	SANTA MARIA	23	7	4
20	SÃO PAULO	28	43	16
	TOTAL	356	331	190

PRESOS DISCIPLINARES	331
PRESOS DE JUSTIÇA	190
TOTAL	521

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Amador Cysneiros. **Código de Justiça Militar**: reformado e comentado. Rio: Veiga, 1934.

AMARAL, Antônio José. **Indicador da Legislação Militar**. Rio: Tipografia Diário do Rio de Janeiro, 1862.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. **Decreto n. 24.803**, de 14 de julho de 1934.

BRASIL. **Estatuto dos Militares**. Lei n. 6.880, de 9 de dezembro de 1980.

BRASIL. Exército Brasileiro. **Regulamento Interno e dos Serviços Gerais – RISG**. Portaria n. 816, de 16.12.2003.

BRASIL. **Lei n. 1.351**, de 30 de janeiro de 1951.

BRASIL. **Regulamento Disciplinar da Aeronáutica**. Decreto n. 76.322, de 22.9.1975.

BRASIL. **Regulamento Disciplinar do Exército**. Decreto n. 4.346, de 26.8.2002.

BRASIL. **Regulamento Disciplinar da Marinha**. Decreto n. 88.545, de 26.7.1983.

BRASIL. Ministério Público Militar. **Relatórios de Correição Ordinária** – 2000. Corregedoria do Ministério Público Militar.

BRASIL. Ministério Público Militar. **Relatórios de Distribuição**. Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Militar, 2014.

BRASIL. **Arquivo de Direito Militar**. Rio: Imprensa Nacional, 1943, Ano II, n. 2.

BRASIL. Ministério da Defesa. **Livro Branco de Defesa Nacional**. Brasília, 2012.

BRASIL. Ministério Público Militar. **Memória Histórica do Ministério Público Militar**. Brasília, 2012.

BRASIL. Ministério Público Militar. **Decisão de Arquivamento**. Procedimento Administrativo de Verificação de Prisão Militar – Promotoria de Justiça Militar de Santa Maria – PJM /Santa Maria. p. 179. 27.8.2002.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução n. 56, de 22.06.2010.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução n. 80, de 18.10.2011.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Visão do Ministério Público sobre o Sistema Prisional Brasileira. Relatório da Comissão do Sistema Prisional, Controle Externo da Atividade Policial e Segurança Pública**. Brasília. 2013. Disponível em: <[http://www.cncmp.mp.br/portal/images/portal-2013/noticias/2013/Sistema%20Prisional\\_web\\_final\\_2.pdf](http://www.cncmp.mp.br/portal/images/portal-2013/noticias/2013/Sistema%20Prisional_web_final_2.pdf)>.

BRASIL. Imprensa Nacional. **Arquivo de Direito Militar**. Rio: 1943, Ano II, n. 2, p. 9/21.

CARVALHO, Alexandre Reis. **Do Crime**: imputabilidade e concurso de agentes. IESDE Brasil. Inteligência Educacional e Sistemas de Ensino. Curitiba. Disponível em: <[http://www.bureaudecursos.com/sites/default/files/pdfdemo/direito\\_penal\\_militar\\_02.pdf](http://www.bureaudecursos.com/sites/default/files/pdfdemo/direito_penal_militar_02.pdf)>.

FERREIRA, Oliveiros S. **Vida e Morte do Partido Fardado**. SP: Ed. Senac, 2000, p. 24.

FREITAS, Vladimir Passos de; MORAIS, Ivy Sabina Ribeiro; AMARAL, Thanmara Espínola. **O Poder Judiciário no regime militar**. Simplíssimo, 2012. Disponível em: <<https://app.box.com/s/aa1345323dc3452b0189>>.

ROMEIRO, Jorge Alberto. **Curso de Direito Penal Militar**. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **As Barbas do Impetrador: D. Pedro II, um monarca dos trópicos**. São Paulo: Cia. das Letras, 2001.

QUEIROZ, P. et al. **O MPM e o Contexto Político de sua criação: 30 de outubro de 1920**. Projeto Memória – MPM. Disponível em: <<http://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2013/10/MPM-93-artigo.pdf>>.

SILVA, Francisco Bento. **A Pátria dos Proscritos: prisões e desteros no Acre em 1904 e 1910**. Tese de Doutorado. Programa de pós-graduação em História da Universidade Federal do Paraná. 2010.

URBIM, Carlos. **Os Farrapos**. Porto Alegre: Editora Zero Hora, 2003.

# ATIVISMO JUDICIAL E O PROBLEMA METODOLÓGICO DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL PARA A FORMAÇÃO DE UMA POLÍTICA CRIMINAL

Isaac Sabbá Guimarães

Promotor de Justiça no estado de Santa Catarina. Doutor em Direito pela Università Degli Studi di Perugia (Itália).

Doutor em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Mestre em Ciência Jurídica por Coimbra (Portugal).

## RESUMO

Este artigo pretende demonstrar as raízes do Ativismo Judicial brasileiro, como fenômeno proporcionado pela deturpada compreensão da aplicação dos princípios jusfundamentais, colocando em destaque, por um lado, sua incongruência com a ideia de Discricionariedade Judicial, por outro, a produção de uma irreal política criminal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ativismo Judicial. Discricionariedade. Política Criminal.

## Introdução

A última onda (vague) de constitucionalização moderna, a quarta, segundo Hauriou, terá ocorrido após a Segunda Guerra Mundial, sendo conseqüente do movimento de descolonização (HAURIOU, 1968, p. 79). Depois disso, parece haver um declínio do constitucionalismo, que coincide, por um lado, com o processo de transformações econômicas do século XX que dão os contornos da Globalização; por outro, quem sabe como fator amalgamado a este, o fenômeno associa-se à crise do Estado, que, agigantado em suas funções de satisfação do bem-estar social, já não atua somente por meio do poder político, mas cede espaço às intervenções de políticas não governamentais. Sob este aspecto, o Estado será um ente político bem mais complexo do que definiu Kelsen ao preconizar a teoria da interação, segundo a qual o Estado seria resultante da unidade social e da unidade jurídica (KELSEN, 2005, p. 265): a abertura (circunstancial e necessária) aos espaços transnacionais de política, Direito e economia, enfraquecem algumas das bases estabelecidas na Constituição, como a ideia de soberania, e, claro, as próprias instituições, como o legislativo.

Diante de um legislativo cooptado pela circunstância política – que, aliás, atinge inclusive a ideia de democracia em razão de não se verem quadros ideológicos e progra-

máticos bem definidos entre os partidos políticos –, que desemboca na apatia, senão no imobilismo, os juízes nacionais têm engrossado as fileiras contramajoritárias, atuando em áreas que, a rigor, competiriam ao Congresso, mas sob os pretextos da emergência e da discricionariedade que é ínsita à judicatura. Para preencherem os espaços vazios deixados nas leis ou pela falta delas, os juízes servem-se do instrumentário principiológico abrigado na Constituição não apenas para decretarem a inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais, mas, também, para criarem normas positivadas em suas decisões, um Direito ex novo e paradigmático para novas decisões, as quais avançam sobre a política criminal, cada vez mais localizável nos tribunais do no Congresso.

Pretendendo dar maior força argumentativa à sua política criminal, os tribunais e penalistas, muitos dos quais também pertencentes ao mundo da práxis jurídico-judicial, denunciam o Direito Penal simbólico<sup>1</sup>, a existência de alarmismo da mídia quanto à criminalidade (SOUZA, 2008, p. 22) e um ambiente de democracia material que não admite medidas restritivas de liberdade (a menos que de forma excepcionalíssima), mas, ao invés, propicia uma viragem liberal rumo às garantias individuais da liberdade (ROSA, 2011, 2. ed., p. 5 e ss), quando não uma mais agressiva política descriminalização (KARAM, 2007, p. 128-144). Isto tudo tem algum cabimento se levarmos em conta a simplificação da política criminal levada a efeito pelo legislador (que atua sem o arrimo de uma bem fundamentada criminologia para criar soluções emergenciais), o sensacionalismo da imprensa (que vive de notícias e fatos capazes de aumentar o número de leitores e a audiência dos telespectadores) e as bases de nossa Constituição em princípios de cariz axiológico (que advêm de incontestáveis valores humanitários). Mas esta é apenas uma das perspectivas de se entender a complexa teia fenomênica (que ao fim e ao cabo deságua num complexo sistema social<sup>2</sup>), a todas as luzes político-ideologicamente engajada.

Nosso intuito aqui não é estabelecer uma crítica contra o engajamento político-ideológico de juízes e tribunais (até porque isso pressuporia nossa adesão a alguma ideologia), mas, antes, tentar descobrir os pontos de contato entre Ativismo Judicial e Discricionariedade, estabelecendo marcos epistemológicos para as duas categorias. Os pontos críticos (de desacerto metodológico) serão descobertos por meio da dialética entre ativis-

---

1 No Brasil, o desembargador Alberto Silva Franco, amparado em Antonio García-Pablos, opõe-se ao recurso de Leis penais pelos legisladores, que pretendem mais produzir uma impressão tranquilizadora para o público, do que criar mecanismos efetivos de resolução do problema criminal. FRANCO, Alberto Silva. Do princípio da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Fasc. 2º, abr.-jun. 1996, p. 182-183. Também, SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. *Dogmática penal e poder punitivo*. Novos rumos e redefinições. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2001, p. 60 e ss.

2 Aliás, reconhecido por Alexandre de Moraes da Rosa, op. cit., p. 5.

mo e o sistema jurídico vigente e a política criminal debuxada pela experiência jurídico-jurisprudencial moderna.

A investigação, o tratamento dos dados e a elaboração do relato sob a forma de artigo são realizados com base no método indutivo, e as técnicas utilizadas são a do referente, a de categorias e de conceitos operacionais. As categorias utilizadas terão seus conceitos operacionais descritos ao longo do trabalho.

## ASPECTOS EPISTEMOLÓGICOS ACERCA DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

A antiga compreensão do juiz como *la bouche de la Loi*, própria do sistema jurídico preconizado pela *École de l'exégèse*, quando o positivismo reduzia a concretização do Direito à interpretação da Lei, levada a efeito pela subsunção do fato à regra legal – e, portanto, a realização do Direito processava-se por meio de silogismos –, não será suficiente para as concreções normativas – as que se verificam nas decisões judiciais. Em primeiro lugar, porque a expressão do Direito por meio de regras legais sujeita-se à polissemia, e dificilmente o jurista encontrará exatidão, um sentido preciso para a mítica e propalada vontade da Lei. Não é demais lembrarmos, a propósito disso, que os vocábulos substantivavam-se de forma variegada consoante os jogos de linguagem em que se encaixam; além do que, adquirem novas conotações a cada arrasto histórico, que ou os desgasta, ou enriquece-os pela agregação de outros significados<sup>3</sup>. Em segundo lugar, temos de considerar que as leis são fragmentárias, não podendo abranger a totalidade de situações com importância jurídica determinadas pelos fenômenos humanos. Disso já se haviam dado conta os legisladores franceses que redigiram o Code Napoleon (1804), em cujo art. 4º reconheceram a possibilidade de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei, o que requererá do juiz outros expedientes para dizer o Direito, tarefa da qual não se pode eximir<sup>4</sup>. Isto quer-nos indicar que o juiz, ao positivar uma norma jurídica, concreta e para um caso individuado

3 Em SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. Compreensão da vontade do Direito: um problema da filosofia da linguagem. MPMG Jurídico. V. 20, 2010, p. 20, lê-se: “as palavras, ou o agrupamento delas em razão da semelhança de função que desempenham na linguagem (formando o que Wittgenstein chamou de semelhanças de família), se associam a novos sentidos (se falarmos de boa-fé, na comunicação jurídica, o termo variará de extensão semântica consoante o jogo de linguagem em causa; e a boa-fé será avaliada, v.g., segundo a maior ou menor capacidade de comportamento ético da pessoa sub examen numa ação); de forma que os jogos de linguagem não se sujeitem a uma fixidez de parâmetros, mas, ao invés, vão aderindo a outras circunstâncias da comunicação humana (inclusive sociolinguísticas).” V., também, WITTGENSTEIN, Ludwig. Tratado lógico-filosófico. Investigações filosóficas. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002 (há boas edições brasileiras das Investigações filosóficas).

4 *Art. 4º. Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.*

– elaborando uma norma casuística, portanto –, opera hermeneuticamente, procurando o melhor sentido para as normas normadas pelo legislador, de caráter genérico e abstrato. Ou, segundo uma visão da metodologia jurídica, os juízes transpõem as regras abstratas e genéricas positivadas em lei, positivando normas para casos concretos e individuados em suas sentenças.

A fixação da premissa de que o juiz não encontra soluções prontas e acabadas na lei, seja em razão de suas imperfeições linguísticas, seja por que o ordenamento jurídico é, *tout court*, fragmentário, leva-nos a admitir que o ofício judicante só será possível se aceitarmos uma figura de magistrado diversa do ser autômato, o que executa seu mister mecânica e burocraticamente. Por outras palavras, a interpretação das normas jurídicas e sua transposição do âmbito abstrato e genérico para o da concreção e individualização do Direito, exige que se estabeleça uma esfera de liberdade para a atuação do juiz que, dispondo da prerrogativa-dever de decidibilidade, há de chegar ao resultado mais adequado, necessário e razoável para a questão problemática. Essa é a prerrogativa da Discricionariedade Judicial.

Mas isso não quer dizer que o juiz, tal como um *Deus ex machina*, possa irromper no processo com uma decisão de todo em todo inusitada e original. A liberdade para interpretar e criar a norma positiva não equivale, pois, a um poder ilimitado. A atuação judicial e a bondade<sup>5</sup> das decisões devem ser aferidas, por um lado, internamente ao desenvolvimento decisório, de modo que se evidencie o cabimento da norma casuisticamente positivada dentro de limites legalmente estabelecidos; e, por outro, externamente, onde a decisão produz seus efeitos, devendo ela manifestar um bonum, a expressão daquilo que é jurídica e eticamente aceitável. Assim, nesta primeira aproximação à categoria, podemos dizer que Discricionariedade Judicial “es un cierto margen de libertad en la toma de decisiones” (LIFANTE VIDAL, n. 25, 2002, p. 417). Desta forma, o juiz que, v.g., na operação de dosagem de pena de um réu condenado, verificar a concorrência dos requisitos descritos no art. 44 do Código Penal (pena privativa de liberdade atribuível ao fato não superior a quatro anos, correspondente a crime não cometido com violência ou grave ameaça; ou, se o crime for culposo; se a culpabilidade e circunstâncias pessoais indicarem a adequação da substituição da pena), substituirá a pena privativa de liberdade por uma ou mais restritivas de direitos; e sua escolha, em forma de norma positiva concreta e individualizada, recairá sobre aquelas descritas no art. 43, CP (prestação pecuniária, perda de bens e valores, pres-

---

5 O termo aqui empregado, em parte apoiado na acepção moral de Tomás de Aquino, é relacionado com a noção de justiça do ato.

tação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana).

A noção acima descrita, no entanto, contempla uma das formas de encarar-se a Discricionariedade Judicial, que se refere à possibilidade de escolha entre várias alternativas; todas elas possíveis e, em caso de aplicação, juridicamente válidas. Neste sentido, a Discricionariedade convergirá para a ideia de poder ou faculdade de escolher sobre uma de duas ou mais soluções possíveis (LIFANTE VIDAL, 2002, n. 25, p. 417). Além desta, Lifante Vidal (2002, n. 25, p. 417-418), arrimada em Dworkin, destaca que, diante da falta de padrões jurídicos que se prestem a guiar a decisão judicial, pode pensar-se na discricionariedade em sentido forte. Neste sentido, a decisão não se vinculará a qualquer padrão precedente, embora, em nosso entender, deva guardar correspondência com a noção de juridicidade.

O quadro categorial exposto, induz-nos a admitir a Discricionariedade Judicial do *civil law*, como se vê nos sistemas jurídicos da Europa continental e do Brasil, e a do sistema *common law*, notoriamente anglo-americano. Se neste modelo de Direito a liberdade concedida ao juiz faz parte de uma cultura jurídica forjada desde o século XIII, surgindo como problema metodológico cuja complexidade se radica especialmente no âmbito dos *hard cases*, no outro, as características conceituais de Discricionariedade Judicial, a liberdade, a indeterminação do Direito e o poder, formarão o sistema problemático a ser enfrentado por uma metodologia que pretenda fixar as bases seguras da atividade jurisdicional. Os problemas adquirem maior dimensão quando se percebem distintos movimentos político-jurídicos que ou demonstram certa rebeldia à interpretação e aplicação de normas legais, como se vê entre os que advogam o alternativismo jurídico e os juizes para a democracia, ou claramente postulam a passagem do nosso modelo de Direito para o *common law*, num entendimento algo naïf sobre o caráter da Súmula vinculante, tudo, claro, em nome de uma atividade judicial que contribua “para o progresso social da sociedade (sic), fazendo avançar o Direito no rumo da liberdade, igualdade e fraternidade” (MARQUES, S/D).

Para uma tentativa de dissolução do problema metodológico, impende, inicialmente, sublinhar que a liberdade – ou, como Castanheira Neves prefere, desvinculação (NEVES, 1995, p. 534) – não quer simplesmente significar uma atuação judicial despegada de qualquer limite ou referencial de inerente juridicidade. Ou seja, queremos dizer que a Discricionariedade deriva de uma liberdade relativa, na medida em que se deve aferir os

contornos de juridicidade da decisão judicial. Parece-nos, neste sentido, fugir completamente dos limites de Discricionariedade a decisão na qual o juiz estabelece uma solução que conflitue com leis, princípios e costumes sedimentados numa cultura jurídica<sup>6</sup>. O problema que aqui surge, então, é o de saber qual é a medida de liberdade concedida ao juiz, de modo que suas decisões convirjam para a realização do Direito.

Castanheira Neves especula um arranjo metodológico para o problema da liberdade (na discricionariedade) a partir da contraposição de desvinculação à ideia de vinculação (do juiz à norma regradada em lei). Ora, por este critério, o juiz estaria irremediavelmente preso ao processo lógico-subsuntivo de aplicação da lei. Então,

Decisão juridicamente vinculada é a decisão a proferir mediante a aplicação subsuntiva de uma norma legal, e juridicamente desvinculada a decisão que houver de reconhecer-se como válida (juridicamente válida) embora não tenha sido subsuntivamente deduzida, directa ou indirectamente, de uma norma legal, ou, em termos mais amplos, de uma norma jurídica. (NEVES, 1995, p. 534).

Este será, portanto, um critério negativo de Discricionariedade. Ou, de outra forma, o contrário de Discricionariedade. Mas ao indicar esta referência conceitual para a categoria, o jurisfilósofo conimbricense adverte-nos que a falta de vinculação da Discricionariedade Judicial não significa “um espaço vazio de Direito”, ou que as decisões emanadas pelo recurso a essa prerrogativa não se projetam “para além do domínio coberto pelo direito, pois [...] a decisão discricionária surge no seio da ordem jurídica e como modo jurídico de juízo ou de conduta – só que com conteúdo em si não jurídico, por não ter sido ele obtido pela imediata aplicação de critérios jurídicos.” (NEVES, 1995, p. 535). Por outras palavras, o ato de Discricionariedade Judicial não deriva imediatamente de critério legal, mas não pode – não deve – renunciar por completo às determinações político-jurídicas da Lei, nela encontrando o estabelecimento de seu fundamento e limites (NEVES, 1995, p. 536). O art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Lei nº 4.657/42), v.g., concede uma área de liberdade discricionária, dispondo que, em caso de omissão da Lei, “o juiz decidirá

6 No início de 2014, causou (justificada) celeuma a decisão de um juiz de Brasília que, considerando ser a cannabis sativa uma droga recreativa, absolveu o réu acusado de tráfico ilícito de drogas. O magistrado faz expressa menção à Portaria 344/98, da ANVISA, que estabelece o controle sobre medicamentos e substâncias, considerando tratar-se de “um ato administrativo que restringe direitos, [carecendo] de qualquer motivação por parte do Estado e não justifica os motivos pelos quais incluem a restrição de uso e comércio de várias substâncias, em especial algumas contidas na lista F, como o THC, o que, de plano, demonstra a ilegalidade do ato administrativo.” Numa palavra, não concorda que a Portaria do órgão do Ministério da Saúde inclua a maconha entre as drogas proibidas, apesar de, pela sistemática penal, aquele regramento preencher a norma penal em branco contida no art. 33, da Lei 11.343/06. COUTINHO, Felipe. Juiz considera maconha ‘recreativa’ e absolve traficante. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/01/1404517-juiz-considera-maconha-recreativa-e-absolve-traficante-confesso.shtml>>. Acesso em: 16.03.2014.

o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito” (BRASIL, 1942); a individualização da pena, segundo dispõe a Constituição, será regulada por Lei (art. 5º, XLVI), cabendo ao juiz fazer a escolha (discricionária) daquela que seja adequada e necessária para dar cumprimento ao objetivo preventivo-especial do Direito Penal, dosando-a proporcionalmente ao grau de culpabilidade do réu.

Em segundo lugar, temos de considerar que, pelo critério de contraposição de vinculação à desvinculação, vamos encontrar, no primeiro caso, uma área de decidibilidade restrita a uma só solução jurídica, depreendida pelo processo subsuntivo da regra legal; ao passo que, nos casos de autorizada e fundada Discricionarietà, o órgão decisor encontrará várias alternativas, ou várias possibilidades de decisões válidas, autorizadas por norma legal. “Todas elas – esclarece Castanheira Neves – seriam para essa norma juridicamente equivalentes, já que cada uma dessas decisões era uma sua realização possível, surgindo assim perante elas (por parte da norma) como que uma situação de indiferença jurídica a implicar que qualquer das decisões fosse válida, que se oferecessem todas como juridicamente válidas” (NEVES, 1995, p. 537). Se é assim, então teremos de convir que o poder Discricionário Judicial concede uma liberdade para fazer-se uma opção dentre as várias alternativas possíveis.

Por fim, esta liberdade para a escolha de uma decisão dentre várias possíveis não se confunde com um puro arbítrio. O juiz, antes de escolher aleatoriamente a solução para o problema jurídico, fará sua opção sobre aquela que, equacionada segundo os estalões de juridicidade ou de Direito, tenha aceitabilidade e efetividade não apenas no mundo jurídico, mas na comunidade. Por este motivo, será lícito afirmar, com Castanheira Neves, que a liberdade discricionária implica uma desvinculação do juiz a uma solução única alcançável pela subsunção, mas não “uma desvinculação perante o direito ou do jurídico em geral; assim, pode dizer-se que a Discricionarietà Judicial será “uma liberdade para o cumprimento do dever”; o que significa dizer que a atuação judicial estará vinculada ao cumprimento do dever” um dever que encontraria o seu fundamento numa intencionalidade à ordem jurídica, ou mesmo ao direito, o qual a decisão discricionária, a seu modo, também haveria de realizar” (NEVES, 1995, p. 537). Assim, em razão do caráter preventivo-especial da pena, seria um completo absurdo para os padrões do sistema jurídico-penal em vigor que, v.g., o juiz, usando de seu poder discricionário, aplicasse menor carga de (res)sociação à condenação do réu agente de prática delituosa flagrantemente abjeta e contrastante com os valores de uma comunidade.

## CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS PROBLEMAS JURÍDICOS E ATIVISMO JUDICIAL

A última onda de constitucionalização, iniciada após a Segunda Guerra Mundial consolida o modelo de Constituição que não apenas encarta os direitos fundamentais individuais e sociais, mas, também, princípios fundamentais com fortes traços ontológicos e axiológicos. As Constituições alemãs, imbuídas do humanismo jurídico reconhecido pela Declaração dos Direitos do Homem, inscrevem a dignidade da pessoa humana; a portuguesa, de 1976 abre a fundamentação do Estado com princípios, o que, de forma parecida, veremos na Constituição espanhola, de 1978. Não é diferente o que se vê na Constituição Cidadã, responsável por implantar as bases de redemocratização do Brasil, caracterizada, por um lado, pela abstenção estatal de intromissão na área de liberdade individual, que entra em direta concordância, v.g., com os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, da universalidade e da tolerância; caracterizando, em suma, a ideia de liberdade negativa (o *liberty from*, formulado por Isaiah Berlin) (1998, p. 220-231), significando que se deve atribuir às pessoas o Direito de estar livre de (intromissões estatais). Por outro lado, nossa Constituição também avança sobre a previsão de Direitos sociais, aqueles que dependem das prestações estatais e vão conformar a ideia de liberdade positiva (ou, segundo a formulação de Berlin, *liberty to*) (1998, p. 231-236), ou seja, a liberdade para a autorrealização.

A ideia constitucional de liberdade é complexa. Implica a concessão de autonomia para o homem, que se realiza pela não intervenção do Estado na esfera da individualidade, mas, também, pela atividade estatal naquelas áreas fundamentais para o aperfeiçoamento – educação, saúde, previdência, segurança, acesso à Justiça etc. Os valores integrantes dessa intenção político-jurídica de realização do homem (ou de seu aperfeiçoamento como ser humano) não cabem, portanto, em regras, nem num rigoroso esquema programático. Por isso a admissão dos princípios (ÁVILA, n. 17, 2009), que colmatam a vida político-jurídica do Estado num nível em que se acham presentes valores ético-sociais (BARROSO, ano I, v. I, n. 6, 2006). Esta situação modela o novo Estado, no qual observamos uma verdadeira viragem de paradigmas por sairmos da democracia formal (essencialmente marcada pelo direito de eleger e ser eleito) rumo à democracia material (em que se estruturam condições para o aperfeiçoamento do indivíduo e da sociedade); de maneira que o Estado já não será apenas democrático de direito, mas um Estado adjetivado por valores de relevo humano e social.

Essas características do novo constitucionalismo autorizam-nos a reconhecer maior dinamismo ao sistema jurídico-constitucional. Não exatamente em sua estrutura interna, pois que a Constituição é rígida e o processo para sua alteração apresenta redobrados mecanismos de segurança, de modo que se torne difícil imprimirem-se reformas ditadas, v.g., pelo programa político de um governo<sup>7</sup>. Mas, pela possibilidade, constitucionalizarem-se matérias regradas no âmbito infraconstitucional ou que nem sequer tiveram tratamento legislativo<sup>8</sup>. Tentemos explicar.

A Constituição e as normas positivadas em Leis são assimétricas. Seja em razão do caráter fragmentário do Direito, seja pelo fato de tornarem-se desgastadas pelo decurso do tempo, necessitando de ajustamentos que reflitam a atualidade histórico-social. Essa circunstância é sensivelmente clara na área do Direito punitivo (em que incluímos o Direito Penal, o Direito Processual Penal e a execução penal). Por um lado, em razão de termos legislações anteriores a 1988 que, mesmo passando por alterações, estão em descompasso com o corpus iuris fundado pela Constituição; por outro, pelo fato de que vários fatores exercem direta influência sobre o monopólio da tutela penal de bens jurídicos, exigindo políticas de criminalização ou de descriminalização, e de reforço de instrumentos a tornarem o processo apto à consecução dos fins do Direito Penal. É possível pensar-se, v.g., que os avanços tecnológicos facultam medidas cautelares menos drásticas do que a prisão preventiva, como se vê pela adoção do monitoramento eletrônico do indiciado ou do réu sob medida cautelar coercitiva; mas a vida artificial, que se desenvolve no ambiente virtual da internet, é pródiga em criar novos perigos para as pessoas, reivindicando tanto políticas de criminalização, como de criação de medidas cautelares necessárias para impedir os riscos, bem como para constituir matéria de prova.

Ora, nesse campo entremeado de armadilhas, algumas delas plantadas pelo le-

7 Pelo menos em tese. Nossa experiência político-partidária não revela alternância dos quadros programáticos, nem uma oposição que permita o refreio do aparelhamento estatal e do controle da vida política. RAMOS, Carlos Henrique. *Mutação constitucional. Constituição e identidade constitucional evolutiva*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 227, refere, a propósito: “A proliferação de partidos políticos gera um fisiologismo que esconde as verdadeiras ideologias, fazendo com que, entre nós, a coalisão partidária não seja formada por razões puramente ideológicas. Todos se assumem como de “centro-esquerda”, como se não houvesse “direita” no Brasil.

8 BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. V. 1, mai. 2011 (também disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em: 25.03.2014), sintetiza a ideia de constitucionalização da seguinte forma: “A constitucionalização [...] expressa a irradiação dos valores constitucionais pelo sistema jurídico. Esta difusão da Lei Maior pelo ordenamento se dá por via da jurisdição constitucional, que abrange a aplicação direta da Constituição a determinadas questões; a declaração de inconstitucionalidade de normas com ela incompatíveis; e a interpretação conforma a Constituição, para atribuição de sentido às normas jurídicas em geral. No caso brasileiro, deve-se enfatizar a jurisdição constitucional é exercida amplamente: do juiz estadual ao Supremo Tribunal Federal, todos interpretam a Constituição, podendo, inclusive, recusar aplicação à lei ou outro ato normativo que considerem inconstitucional.” Esta definição, contudo, não exaure a noção total de constitucionalização, nem aflora as questões problemáticas que aqui serão tratadas.

gislador penal quando tenta criar uma sensação de paz por meio da criminalização (sem que para isto tenha o arrimo da criminologia e da máxima que entende o Direito punitivo como a *ultima ratio* do sistema jurídico), tem se tornado frequente a realização do controle de constitucionalidade de normas jurídico-penais, em boa verdade escritas com má técnica legislativa e jurídica. Mas não só. Os tribunais, especialmente o STF, que acaba por estabelecer modelos interpretativos de normas legais, chancelando ou não sua constitucionalidade, ultrapassam os lindes exegéticos e mesmo de uma hermenêutica crítica para dissentirem da política criminal formulada por processos legislativos formal e materialmente sustentáveis. Atraem para sua esfera de realização político-criminal, por meio da constitucionalização, matérias estranhas ao controle constitucional, ou que não reivindicam a aferição de sua conformidade com a Constituição.

A postura de nosso judiciário, que trilha caminhos distintos para a concretização do Direito Penal (não se podendo falar, por isso, de uma política criminal consolidada pelas decisões judiciais, mas de experimentação de soluções que, a todas as luzes, quebram o desenvolvimento metódico de entendimentos jurídicos), dizendo-se proativo, democrático, preocupado com a Justiça social, garantista, enfeixando, portanto, o movimento denominado de Ativismo Judicial, está longe de configurar uma jurisdição constitucional dedicada a “interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”, como refere Barroso (S/D). Não trata propriamente de estabelecer marcos definidores de normas constitucionais, ou de fazer o exame de constitucionalidade de regras legais quando para isso provocado<sup>9</sup> (STRECK, 2013), mas atua, como eufemisticamente podemos referir, proativamente, intervindo, de maneira difusa, em questões penais ou processuais penais que, a rigor, não reclamam sua conformação à Constituição. Por outras palavras, essa postura judicial visa a tornar constitucional matéria que, em sua essência, não reclama uma leitura interpretativa através das lupas da Constituição.

O excessivo manejo de princípios fundamentais – que é excessivo por se os empregar corriqueira e indistintamente para a generalidade dos problemas jurídicos em vez de se os reservar para os casos em que se requeira a otimização das regras do Direito infraconstitucional, para que se as integre ao sistema jurídico-constitucional – vai para além, portanto, do exame de constitucionalidade das regras legais: por um lado, é uma forma de aplacar algumas das deficiências dos legisladores, regrado aquilo que não chegou a ser

---

9 Aliás, Lênio Streck, ao fazer aproximações conceituais do Ativismo, refere: “é necessário dizer que a simples declaração de uma inconstitucionalidade não quer dizer ativismo ou não ativismo. O controle de constitucionalidade é justamente a função precípua e democrática de uma corte constitucional”, conduzindo-nos a entender que este fenômeno está para além do exame de controle de constitucionalidade.

contemplado pela atividade legislativa e que, à evidência, carecia de regramento; por outro, o Ativismo assumir-se-á como fator de catalisação da formação de uma política criminal ditada pelos Tribunais, ou seja, diretamente pelos aplicadores do Direito. Mas essa propensão não é isenta de uma extensa teia problemática, só perceptível quando incluímos no Ativismo Judicial as decisões que transbordam o âmbito de controle de constitucionalidade<sup>10</sup>.

A constitucionalização de matérias as quais, a toda evidência, estariam fora da órbita problemática de adequação constitucional, como vemos, v.g., na edição da Súmula vinculante 11, que trata do uso das algemas, vulgariza a atuação do STF. Mas, também, enfraquece o eixo ético-jurídico da Constituição, especialmente pelo fato de que, na falta de regras constitucionais em direto conflito com o ordenamento infraconstitucional (e, em boa verdade, não se encontrará essa colisão quando pensamos no uso de algemas, que não é, repitamos, problema constitucional mas, simplesmente, regra de segurança), os magistrados só poderão laborar mediante grande esforço argumentativo para abrigar sua iniciativa político-criminal em algum dos princípios fundamentais. E quando não o encontram, sempre se socorrem do princípio que é a panaceia para todos os problemas, o da dignidade da pessoa humana. Mas afinal, podemos nos socorrer a qualquer instante dos princípios fundamentais?

Os princípios da Constituição, segundo se depreende da dogmática e de uma consolidada doutrina (ALEXY, 1997, p. 83 e ss.), são normas jurídicas com alto grau de generalidade, e por isso, antes de fundarem-se exclusivamente como mandados deônticos, neles vemos hipóteses de concreção somente “dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes” (ALEXY, 1997, p. 83). Não se aplicam ordinariamente, como determinações de dever-ser, mas, prioritariamente<sup>11</sup>, quando houver a necessidade de interpretar-se regras infraconstitucionais e integrá-las ao telos constitucional<sup>12</sup> (ÁVILA, 2009). São, como denomina Alexy (1997, p. 83), mandados de otimização. Já por isso, seu manejo não deve ser ordinário, mas extraordinário, naquelas situações em que a aplicação de uma regra legal é problemática, reivindicando a atestação de sua constitucionalidade. Contudo, o que temos assistido sob a roupagem de Ativismo Judicial é a inversão dessa lógica, de maneira

10 A propósito, Luís Roberto Barroso (S/D) rebate todas as críticas normalmente feitas ao Ativismo, mas parte de sua definição estreita, como já anteriormente referido.

11 A ressalva deve-se à hipótese de que, como orientações jusumanistas, vemos possível a hipótese de o legislador orientar-se pelos princípios.

12 ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”, cit., ao tratar da função dos princípios fundamentais, refere que “servem para interpretar, bloquear e integrar as regras infraconstitucionais existentes. Os princípios constitucionais, no entanto, só exercem a sua função de bloqueio, destinada a afastar a regra legal, quando ela for efetivamente incompatível com o estado ideal cuja promoção é por eles determinada.”

que o juiz, não concordando com os resultados possíveis em razão da aplicação de regra legal, substitui-a pela argumentação alcançada a partir da definição de um princípio (ÁVILA, 2009)<sup>13</sup>.

As (re)definições desenvolvidas ao longo da argumentação jurídica das decisões, têm, no entanto, outras consequências para além da já citada inversão, nomeadamente quando o Juiz pretere a aplicação da regra legal para constitucionalizar a situação problemática. Diz-se, então, que a nova postura judicial põe em risco o princípio democrático, uma vez que os juízes passam a ocupar o locus caracteristicamente reservado ao legislador, que é o agente político constituído pelo mandato outorgado pelos cidadãos. A situação é sensivelmente percebida na área do Direito que estamos a tratar, onde observamos um choque frontal entre a política criminal legislada e aquela estruturada pelos juízes. É exemplo disso o novo conteúdo dado pelo STF ao princípio da individualização da pena, que conferiria “irreprimível discricionariedade” ao juiz sentenciante, inclusive para, ao aplicar a sanção, escolher aquela que lhe pareça mais adequada, mesmo que não prevista em lei.<sup>14</sup> Observe-se que, neste exemplo, a discricionariedade judicial vai ao ponto de mudar o sentido do princípio constitucional.

Como se pode observar, essa discricionariedade discrepa da noção de Discricionariedade Judicial, não guardando qualquer relação com seus fundamentos. As decisões dela emanadas, não operam metodicamente uma argumentação juridicamente refletida (sobre as fontes do Direito ou de juridicidade), mas são prenes de muito subjetivismo e de nenhum critério material que as torne plausíveis. Esta circunstância, conforme observa Ávila (2009), leva “à eliminação ou severa redução do caráter heterolimitador do Direito”.

Ora, a ampliação do decisionismo judicial por meio da aplicação direta de princí-

---

13 A propósito, Humberto Ávila (2009) afirma que “Ele [o aplicador do Direito] não pode deixar de aplicar uma regra infraconstitucional simplesmente deixando-a de lado e pulando para o plano constitucional, por não concordar com a consequência a ser desencadeada pela ocorrência do fato previsto na sua hipótese.”

14 No Habeas Corpus 97256-STF, o relator, min. Ayres Britto, apoia-se no princípio da individualização da pena e na prescrição das modalidades punitivas descritas no art. 5º XLVI, CR (“a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos”), para inquirir de inconstitucional a regra então contida no § 4º, do art. 33, da Lei 11343/06, que não permitia a conversão da pena de reclusão por restritivas de direito. Em seu entender, a Lei comum não poderia subtrair ao Juiz o poder-dever de atribuir ao réu pena que lhe parecer “como expressão de um concreto balançamento ou de uma empírica ponderação [...] implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional”. Mais adiante, o antigo Ministro do STF, estabelece um grau de equivalência entre discricionariedade e liberdade de decisão, referindo: “o Juiz sentenciante se movimentaria com irreprimível discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição de liberdade e outra que já não tivesse por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado, sem prejuízo de que a proposição da lei pudesse ser endurecedora nos crimes enunciados na Constituição Federal.” Ocorre que, a bem da verdade, o impedimento de conversão da pena para os casos de tráfico de drogas não impede a individualização da pena, que é levada a efeito por ocasião de sua dosagem. Além do mais, o enunciado do princípio mencionado é no sentido de que “a lei regulará a individualização da pena”, ou seja, a Constituição defere a discricionariedade ao Juiz, mas dentro das balizas da Lei penal. Sobre a questão, ver: SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. Lei antidrogas comentada, cit., p. 120-125.

pios constitucionais – essencialmente abertos ao variado desenvolvimento argumentativo – no lugar de regras legais, causa inegáveis riscos. No âmbito jurídico-cível, relativamente aos diretos receptores de uma decisão – que será a norma jurídico-positiva casuística para um caso concreto – pelo fato de os interessados não poderem prever a metódica construção da norma jurídica (quebrando-se, então, a ideia de segurança jurídica); enquanto que na área jurídico-penal, os riscos decorrem da possível colisão entre a política criminal orientadora dos fins de um sistema jurídico-penal e a política criminal individualizada pelo juiz ou Tribunal. Os reflexos dessa postura serão mais drásticos na área da Justiça criminal, uma vez que as decisões emanadas da liberalidade judicial destinar-se-ão, em última análise, à coletividade, que é carecedora da atividade estatal que promova paz e segurança por meio da tutela de bens jurídicos de relevo social.

A zona compromissória e de incertezas do Ativismo Judicial torna-se mais perceptível quando passamos a analisar algumas das posições sustentadas pelos tribunais superiores, que a seguir encetaremos.

## **A POLÍTICA CRIMINAL DITADA PELO ATIVISMO JUDICIAL**

Apesar de muito difundida uma ideia de política criminal estruturada a partir dos tribunais, v.g., ao se falar da aplicação do princípio da insignificância e do perdão judicial, o fato é que esta não é apenas uma área prático-forense. Nem se pode dizer que tenha ali seu locus prioritário, já que as realizações político-criminais devem ingressar no discurso jus-criminal sobre sólidas bases. Na lição de Correia (1996, p. 8), a política criminal “recolhe e valora os resultados da criminologia.” Ou seja, os processos de criminalização e de descriminalização, a definição das finalidades das penas e de seu caráter preventivo e do modelo de execução penal – em suma, a “definição das estratégias de controlo social do fenómeno da criminalidade” (DIAS, 2007, p. 19) –, são dependentes dos elementos integrantes do fenómeno criminal estudados pela criminologia. Mas não só. Essa definição das estratégias levada a efeito num Estado democrático de direito não pode contrastar com os valores e diretrizes constitucionais. De forma que as opções político-criminais partem das fontes criminológicas, mas não cruzam os limites impostos pela Constituição<sup>15</sup> (DIAS, 2007, p. 35).

---

15 O penalista português refere, a este propósito, que a política criminal é “imaneante ao sistema jurídico-constitucional”, não sendo exata, por isso, a afirmação de que ela “possa e deva fazer apelo directo e imediato ao sistema social como tal para estabelecimento das suas finalidades e das suas proposições. Exacto é antes que as finalidades e as proposições político-criminais devem, elas também, ser procuradas e estabelecidas no interior do quadro de valores e de interesses que integram o consenso comunitário mediado e positivado pela Constituição.”

A política criminal tem seu lugar, como se vê, nas decisões formuladas pelo legislador penal. No entanto, ao perspectivar-se esta ciência do mundo jurídico a partir da nova hermenêutica, que antes de conformar-se ao processo silogístico, impõe ao órgão decisor o dever de estabelecer a solução para o problema jurídico convocando informações meta-jurídicas, passa-se a perceber que as concretizações político-criminais são realizadas pelos juízes. O que nos leva a reconhecer sua importância na formulação da política criminal, uma vez que a desconstrução de antigos paradigmas e a construção de novos, plasmadas na jurisprudência, orientarão as estratégias de controle do fenômeno criminal.

O que se tem visto em nossa experiência jurídico-jurisdicional, no entanto, não é a pavimentação ordenada de uma jurisprudência apta a provocar (re)definições político-criminais, mas manifestações de ativismo e decisões de significativa rebeldia dos juízes contra a lei penal e, até mesmo, contra a Constituição. Num extremo, encontram-se as posições (caóticas) dos Juízes para a Democracia e dos alternativistas, que não chegam a criar postulados metodicamente ordenados de reforma dogmático-jurídica, mas revelam engajamento político-ideológico. Os juízes democratas pregam maior independência do judiciário, tanto no plano estatal, como em relação a grupos “internos ou externos à Magistratura” (AJD, S/D). Em tom notadamente marxista, os adeptos desse grupo preconizam “a defesa dos direitos dos menores, dos pobres e das minorias, na perspectiva de emancipação social dos desfavorecidos” (AJD, S/D, art. 2º, 6), um compromisso arriscado que conota parcialidade (quando, sabidamente, os juízes devem promover a Justiça para todos). Seu ativismo vai a ponto de criticar políticas de criminalização, como se vê no Manifesto de repúdio às propostas de tipificação do crime de terrorismo, que, segundo lhes parece, são próprias de um “Estado penal segregacionista”, que constituiria um “mecanismo de contenção das lutas sociais democráticas e eliminação seletiva de uma classe da população brasileira.”<sup>16</sup> Há quem, como Karam (2007), apregoe ideias libertárias em nome, claro, da emancipação pessoal e do modelo de Estado democrático, como a da descriminalização do tráfico de drogas, sem considerar qualquer estudo criminológico sobre a matéria nem, muito menos, que a questão é político-criminalmente definida na Constituição (art. 5º, XLIII) e na Convenção de Viena, contra o tráfico ilícito de entorpecentes e de substâncias

---

16 Manifesto de repúdio às propostas de tipificação do crime de Terrorismo. Disponível em: <[http://ajd.org.br/documentos\\_ver.php?idConteudo=140](http://ajd.org.br/documentos_ver.php?idConteudo=140)>. Acesso em: 29.11.2013. É de frisar-se que os projetos não atentam contra os grupos de pressão e as manifestações de rua, mas proíbem a provocação de “terror e pânico generalizado mediante ofensa à vida, à integridade física ou à saúde ou à privação de liberdade de pessoa, por motivo ideológico, religioso, político ou de preconceito racial ou étnico” (Projeto Romero Jucá); “incendiar, depredar, saquear, destruir ou explodir meios de transporte ou qualquer bem público ou privado” (Projeto Miro Teixeira). Ambos, visam a tutela de bens com dignidade penal e arrimam-se nos princípios constitucionais da liberdade de expressão (art. 5º, IX, CR) e da liberdade de reunião, desde que seja pacífica (art. 5º, XVI, CR). Portanto, ditos projetos não colocam em causa o princípio democrático do poder político.

psicotrópicas, de 1988, da qual somos signatários e que foi formalmente incluída em nosso corpus iuris (Decreto n.º 154/91). Esses discursos, desenvolvidos precariamente com base em lugares-comuns, não atestados metodologicamente, têm repercutido em decisões que afrontam regras legais e a Constituição, como no caso em que a absolvição de traficante fulcra-se no convencimento pessoal (e não do juiz a partir do conteúdo probatório) de que o comércio da cannabis sativa não deve ser proibido. Ou, quando o juiz catarinense João Marcos Buch relaxa a prisão de um autor de furto não em razão de abuso de autoridade ou de ilegalidade do ato coercitivo, mas porque aquele foi detido por populares, que se mostravam “pessoas nutridas por sentimento paranóico coletivo (sic)”, e passaram a agredi-lo. O magistrado observa que “Os novos padrões de civilidade e os fundamentos do Estado democrático de direito não permitem, em absoluto, a medieval “justiça pelas próprias mãos”.<sup>17</sup>

Noutro polo, estão as decisões do STF, tendentes a constitucionalizar matérias ordinárias que, em geral, não requerem o controle de constitucionalidade nem, a rigor, podem ser categorizadas como casos difíceis. Diga-se, aliás, que no julgado do HC 95.009-4/SP, o então ministro Eros Grau repelia, terminantemente, a aplicação do princípio da proporcionalidade, o qual leva ao entendimento de que não haveria direitos absolutos; o juiz que se socorre desse “postulado normativo” para interpretar o Direito dirá que ele existe, mas nem sempre é aplicável, enquanto que exalça em suas decisões a “atividade persecutória do Estado” e a “supremacia do interesse público sobre o privado”. Em arremate de seu raciocínio, Grau afirmava que o correto é dar prevalência ao “direito à liberdade em detrimento do direito de acusar” (BRASIL, 2008). Mas nesta suma, contudo, não invectivava contra a constitucionalização vulgarizada dos problemas penais, mas desenvolvia, tout court, a absolutização da esfera de individualidade, sem considerar os interesses da coletividade, pois que, em caso de conflito entre estes dois âmbitos, deverá prevalecer o preceito “garantidor da liberdade sobre o que fundamenta sua supressão” (BRASIL, 2008).

A posição de quase completo consenso dos magistrados das Cortes Superiores sobre esta linha argumentativa, parte da sacramentalização da esfera de individualidade, ora em nome do princípio da presunção da inocência, ora invocando-se o princípio da dignidade da pessoa humana, que são aplicados como instrumentos resolutivos de problemas jurídicos, nos quais nem sempre se evidenciam colisões de princípios<sup>18</sup>. O caso Pimenta

17 Decisões. Disponível em: <[http://www.ajd.org.br/decisoes\\_ver.php?idConteudo=29](http://www.ajd.org.br/decisoes_ver.php?idConteudo=29)>. Acesso em: 28.11.2013.

18 Em muitos julgados, o mesmo min. Eros Grau considerou inconstitucional a prisão preventiva ex lege prevista no art. 44, da Lei 11.343/06, alicerçando-se na aplicação dos princípios da presunção da inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana, sem sequer se ocupar do enunciado contido no art. 5º, XLIII, da CR (v.g. HC 100.872-MC/MG). Este julgado serviu de paradigma para muitos outros daquela Casa Excelsa (v.g. HC 100.959/TÓ, rel. min. Celso de Mello).

Neves é paradigmático: o jornalista confessou ter matado a namorada, Sandra Gomide, em 20 de agosto de 2000; nunca apresentou tese de exclusão de antijuridicidade, de forma que o julgamento de dezembro de 2006, com veredicto condenatório, não teria hipótese de reforma (não quanto ao mérito); mesmo assim, Pimenta Neves obteve o *writ* de *habeas corpus* (HC 72726-STJ), com base na aplicação do princípio da presunção da inocência (art. 5º, LVII, CR)<sup>19</sup>, mesmo que a verdade material já estivesse concretizada e que, diante do princípio da soberania do júri popular, não se pudesse alterar a condenação.

Ao que parece, os juízes tornaram-se insensíveis às tragédias que assolam inumeráveis pessoas sujeitas à criminalidade grave, assumindo posições político-criminais baseadas em antigos postulados da sociologia marxista, que atribuem à sociedade a responsabilidade pelos criminosos que nela habitam. Arcar com a situação criminal é, portanto, o ônus que se lhe atribui em nome de falaciosos fundamentos jusumanistas, como a já tão desgastada dignidade da pessoa humana. Assim, em momento algum ponderam os interesses da coletividade – relativamente à paz, à segurança, à Justiça –, ao fim e ao cabo com o mesmo peso constitucional que os direitos individuais. Esquecem-se, em suma, que a Constituição deve ser interpretada segundo o princípio da unidade de que nos fala Hesse, de acordo com o qual é necessário evitarem-se colisões entre normas constitucionais (HESSE, 1992, 2. ed., p. 45), fazendo equacionamentos de concordância prática<sup>20</sup>, dos quais se possam deduzir realizações do Direito possível, aquele que se compagina com uma realidade histórico-social.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

É interessante notar que a viragem constitucional brasileira não ficou historicamente limitada aos fatos políticos e jurídicos ocorridos há vinte e cinco anos. A Constituição ainda contrasta com um sistema jurídico-legal de grandes assimetrias. Há muito por fazer, inclusive no âmbito da política criminal, já que, de forma geral, nem o Código Penal

---

19 STJ. HC 72726. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6275/habeas-corpus-hc-72726>>. Acesso em: 10.04.2014.

20 Em algumas situações, o balanceamento entre as normas jurídico-constitucionais – quando, de fato, a ele o juiz é levado por imposição da situação problemática – pode determinar maior peso para os interesses da coletividade, sem que, por isso, haja irremediável negação de direitos individuais. A propósito disso, NOVAIS, Jorge Reis. Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 33, refere que “o fundamento da eventual prevalência da posição da maioria não reside no argumento maioritário – precisamente porque os direitos fundamentais são constitucionalmente reconhecidos como direitos contra a maioria –, mas sim no resultado de uma ponderação de bens desenvolvida à luz dos parâmetros constitucionais e através da qual se atribua a um outro bem igualmente digno de protecção, em circunstâncias em que essa compreensão seja exigível, uma relevância susceptível de justificar a restrição do direito fundamental”.

nem o Código de Processo Penal se alinham às diretrizes constitucionais. Por um lado, há de se pensar em políticas de descriminalização, especialmente de condutas que hoje seriam mais bem tratadas pelo Direito civil ou administrativo. Não se vê, hoje, a necessidade de se punir condutas como a do estelionato por emissão de cheque, nem carência de tutela penal para as condutas contravencionais. Mas, também, há de se pensar em políticas de criminalização, de fenômenos como o do terrorismo, que, por sinal, é já tratado na Constituição (art. 5º, XLIII). Por outro lado, nosso processo penal e, fundamentalmente, nossa experiência jurídico-processual, cristalizam circunstâncias anômalas para os intervenientes processuais, existindo um órgão acusador que também deve zelar pela regularidade processual, sendo, pois, fiscal do processo, e um juiz que se intromete arriscadamente na produção de prova, tomando testemunhos, interrogando e podendo produzir provas de ofício (v.g., podendo determinar a produção antecipada de provas e quebrar o sigilo das comunicações), o que, inevitavelmente, compromete a imparcialidade.

Apesar disso, o legislador pouco tem feito para mitigar as defasagens, o que vem servindo de pretexto para uma atuação judicial mais contundente, a partir de uma verticalização do tratamento dos problemas jurídicos, por meio do manejo de normas constitucionais. Mas, ao apoiar-se exclusivamente no sistema de princípios inscrito na Magna Carta, muitas vezes pretendendo constitucionalizar matérias que não reclamam o controle constitucional, os juízes deram um sentido absolutamente estranho à noção de Discricionariedade Judicial. Declaram-se ativistas de um regime jurídico mais democrático e preocupado com a promoção social, sem que, no entanto, se apercebam do paradoxo aí emergente. Em nome da democracia, colocam em causa o princípio democrático; ao tratar dos inúmeros flagelos sociais pela via penal, criam desassossego e insatisfação da comunidade. Desprezam a circunstância da criminalidade grave, que, em 2012, causou a morte de 50.108 pessoas<sup>21</sup>, ou quase a metade das vítimas da guerra civil na Síria entre 2011 e 2013. Isso representa um índice de 25,8 mortes por cada cem mil habitantes, que é bastante significativo se comparado com os índices do Peru, Chile, Uruguai e Argentina (menos de 10 homicídios por 100 mil habitantes), com o Paraguai e o México (menos de 20 homicídios por 100 mil habitantes) (UNODC, 2011). Não por outro motivo, notícias de linchamento de criminosos – a realização da Justiça com as próprias mãos –, tornaram-se frequentes nos grandes centros urbanos brasileiros, o que, certamente, só será refreado com uma

21 Anuário Brasileiro de Segurança Pública. Ano 7, 2013. Disponível em: <<http://www2.forumseguranca.org.br/novo/produtos/anuario-brasileiro-de-seguranca-publica/7a-edicao>>. Acesso em: 21.11.2013. Convém destacar que o Anuário é publicação organizada conjuntamente com a Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), sendo disponibilizada também pelo Ministério da Justiça.

mudança de discurso político-criminal, talvez mais consentâneo com a dura realidade criminal brasileira.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. ao espanhol de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. Título original: Theorie der Grundrechte.

ASSOCIAÇÃO JUÍZES PARA A DEMOCRACIA - AJD. **Estatuto da AJD**. Disponível em: <[http://ajd.org.br/quem\\_somos\\_estatuto.php](http://ajd.org.br/quem_somos_estatuto.php)>. Acesso em: 6 abr. 2014. São Paulo.

ASSOCIAÇÃO JUÍZES PARA A DEMOCRACIA - AJD. **Estatuto da AJD**. Manifesto de repúdio às propostas de tipificação do crime de Terrorismo. Disponível em: <[http://ajd.org.br/documentos\\_ver.php?idConteudo=140](http://ajd.org.br/documentos_ver.php?idConteudo=140)>. Acesso em: 29 nov. 2013.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do Direito” e o “Direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan.-mar. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador: Centro de Atualização Jurídica. Ano I, v. I, n.º 6, set. 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <[www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf)>. Acesso em: 19 fev. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. V. 1, mai. 2011.

BRASIL. **Lei 4.657/42**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm)>. Acesso em: 18 mar. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 95.009-4/SP**. Rel. min. Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc95009EG.pdf>>. 2008. Acesso em: 08 abr. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus nº 72.726**. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6275/habeas-corpus-hc-72726>>. 2007. Acesso em: 10 abr. 2014.

CORREIA, Eduardo (com a colaboração de Figueiredo Dias). **Direito criminal**. V. I Coimbra: Livraria Almedina, 1996, p. 8.

COUTINHO, Felipe. **Juiz considera maconha 'recreativa' e absolve traficante**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/01/1404517-juiz-considera-maconha-recreativa-e-absolve-trafficante-confesso.shtml>>. Acesso em: 16 mar. 2014.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal. Parte geral. T. I**. 1.ed. brasileira, 2.ed. portuguesa. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

FRANCO, Alberto Silva. Do princípio da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Fasc. 2º, abr.-jun. de 1976, p. 175-187.

HAURIOU, André. **Droit Constitutionnel et institutions politiques**. 3. ed. Paris: Éditions Montchrestian, 1968.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. 2. ed. Seleção, tradução e introdução de Pedro Cruz Villalón. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

KARAM, Maria Lúcia. Drogas e redução de danos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 64, p. 128-144, jan.-fev. 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 265. Título original: General theory of law and state.

LIFANTE VIDAL, Isabel. **Dos conceptos de discrecionalidad jurídica**. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 25, 2002, p. 413-419.

MARQUES, Luiz Guilherme. **Boca da Lei**. Disponível em: <[http://www.amb.com.br/?secao=artigo\\_detalhe&art\\_id=105](http://www.amb.com.br/?secao=artigo_detalhe&art_id=105)>. Acesso em: 10 mar.2014.

NEVES, A. Castanheira. O problema da discricionariedade. In: NEVES, A. Castanheira. **Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**. V. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 531-596.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RAMOS, Carlos Henrique. **Mutação constitucional.** Constituição e identidade constitucional evolutiva. Curitiba: Juruá, 2013.

ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material: aportes hermenêuticos.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. **Compreensão da vontade do Direito: um problema da filosofia da linguagem.** MPMG Jurídico. V. 20, p. 16-18, 2010.

SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. **Dogmática penal e poder punitivo.** Novos rumos e redefinições. 2.ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2001.

SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. **Lei antidrogas comentada.** 6.ed. rev. atual. e ampl. Curitiba: Juruá, 2013.

SOUZA, Marcelo Ferreira de. **Segurança pública e prisão preventiva no Estado Democrático de Direito.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

STRECK, Lênio. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginação-alguns>, 2013. Acesso em: 19 fev. 2014. UNODC (United Nations Office on Drugs and Crime). International homicide, count and rate per 100,000 population. Disponível em: < [http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/statistics/Homicide/Global\\_study\\_on\\_homicide\\_2011\\_web.pdf](http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/statistics/Homicide/Global_study_on_homicide_2011_web.pdf) >. Acesso em: 13 abr. 2014.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado lógico-filosófico.** Investigações filosóficas. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

# MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO, CONSTITUIÇÃO E DIREITO PENAL

Michael Schneider Flach

Promotor de Justiça (RS), especialista em Direito Penal Contemporâneo (Unisinos), mestre em Ciências Criminais (PUCRS), professor palestrante da Fundação Escola Superior do Ministério Público (RS), integrante do Conselho Editorial da Revista do Ministério Público (RS) (2010-2012).

## RESUMO

Sabidamente o Direito Penal recebe os influxos da Constituição, sendo correto buscar nesta as melhores formas de aplicação e interpretação daquelas normas. Contudo, para além disto, a Lei Magna também contém princípios, salienta valores, seleciona objetos jurídicos, estabelece determinadas pautas e, ainda, potencialmente orienta os processos de criminalização e de descriminalização de certas condutas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Mandados de Criminalização. Penal. Constitucional. Proporcionalidade. Bem Jurídico.

## INTRODUÇÃO

As normas penais possuem vinculação ampla com Lei Maior, em especial por sua função de tutelar interesses e valores de relevo constitucional, cujo cerne fundamenta e delimita a atuação criminal e os poderes públicos, desempenhando um duplo papel, tanto limitador, como protetivo das liberdades. Aqui, os bens jurídico-penais despontam como concreção real dos interesses pessoais e coletivos, diretos e indiretos, os quais, por sua importância, rogam uma proteção que seja máxima, mas proporcional. E que será exercida pela lei penal em face das condutas mais graves e que representem risco ou lesão à subsistência do indivíduo e da sociedade (CARBONELL MATEU, 1999, p. 83-86).

Conforme já preconizava Jiménez de Asúa (1950, p. 162), a relação entre Constituição e Direito Penal é tamanha, que toda nova Constituição requer um novo Código Penal.

O que se justifica, uma vez que a Carta Magna resguarda os direitos fundamentais, prevê o funcionamento dos órgãos de soberania nacional e também estabelece padrões e

limites de atuação das normas penais, cuja violação conduz à inconstitucionalidade dos dispositivos em conflito (MARQUES, 1997, p. 61).

Neste lastro, sustenta Häberle (2007, v. 1, T I, p. 66-67) que a Constituição opera como “a ordem jurídica fundamental de um Estado e de uma sociedade”, tanto limitando como autorizando o poder estatal. De maneira a regular não apenas o Estado, mas “a sociedade em sua estrutura fundamental, transformando-a em ‘sociedade constituída’”. E, em tais funções, alia-se a ela o Direito Penal que, segundo Paulo da Cunha (1998, p. 89-90), desempenha o papel de “braço armado da Constituição. Não armado para servir a ela, mas para, imbuído dos seus princípios, servir à sociedade” e estruturar a ordem jurídica.

## A RELAÇÃO ENTRE A LEI MAGNA E A LEI PENAL

Como lei máxima e estatuto político do Estado de Direito, a Constituição representa sua primeira manifestação de política criminal, em torno da qual se estruturará a legislação penal. Já o Direito Penal funda-se naquela por ser estruturado por normas que são formalmente constitucionais ou que são autorizadas ou delegadas por outras normas constitucionais. Embora não contenha normas penais completas (com tipos e penas), a Constituição possui disposições que determinam em parte o conteúdo penal, a ser seguido pelo legislador quando for configurar condutas e sanções. O que se verifica nos mandados expressos de criminalização, como nos do art. 5º, XLIII, da CF (LOPES, p. 166-8 e 181).

Na relação entre Direito Penal e Constituição, os chamados “princípios de direito penal constitucional” incidem sobre o sistema penal ao traçarem os limites do poder punitivo. Embora não contenham referências diretas ao conteúdo do que pode ou não ser criminalizado, manifestam-se sobre a forma de importantes preceitos (CUNHA, 1995, p. 118). Inclusive, vários dos princípios penais, como o da irretroatividade e o da legalidade (expressos nos artigos 1º e 2º do Código Penal), possuem previsão direta na Carta Magna (art. 5º, XL e XXXIX).<sup>1</sup>

Aqui, ao estabelecer entre seus preceitos o princípio da legalidade, a Constituição remete ao legislador ordinário, tanto a decisão do que “deva ser considerado infração

1 GARCIA, Baileu (1951, v. 1, T. I, p. 19), anota que no seu desenvolvimento o Direito Penal “tem caminhado ao lado do Direito Constitucional, variando com ele, sensível às alterações sofridas pelas Constituições dos diversos países”. Já HASSEMER, Winfried (2005, p. 332), aduz que o “significado jurídico-político do princípio da legalidade” pode ser avaliado no fato de o legislador nacional-socialista de 1935 tê-lo afrontado ao prever que: “será punido quem comete um ato que a lei declara como punível ou que merece pena de acordo com a idéia fundamental da lei penal e de acordo com o são sentimento do povo”.

penal”, como a sua respectiva consequência jurídica, constituída pela sanção cominada à espécie. Porém, a sua valia seria reduzida se o “legislador penal ordinário pudesse fixar, com ilimitada liberdade, o alcance dos conceitos de crime e sanção penal”. Razões pelas quais devem ser fixados os marcos devidos em que tal mister pode e deve desenvolver-se de forma legítima (FELDENS, 2005, p. 40).

Para tanto, o sistema receberá diretrizes emanadas dos postulados e do quadro de valores constitucionais, valendo-se dos princípios da proporcionalidade e da legalidade. Aquele, como um parâmetro para medir a constitucionalidade na norma, por via dos seus três vetores (adequação, necessidade e estrita proporcção). E este, exigindo a certeza na configuração dos tipos penais, onde ambos limitam o arbítrio legislativo e o crivo dos julgadores (ROTHEMBURG, 2003, p. 82). Por sua vez, figuram ainda os “princípios constitucionais influentes em matéria penal”, que condicionam com prevalência o conteúdo penalmente disciplinado, e não a forma penal de tutela. Possuem eles relação com o tipo de Estado, seus fins e o rol de direitos fundamentais, de modo a formar uma relação que limita e legitima a norma penal, pelos direitos defesa e deveres de proteção (PALAZZO, 1989, p. 23 e CUNHA, 1995, p. 123-5).

## TUTELA PENAL E BEM JURÍDICO

De acordo com a doutrina preponderante, a finalidade do direito penal reside na exclusiva proteção dos bens jurídicos dignos da tutela criminal, diante das condutas suscetíveis de lesioná-los ou colocá-los em perigo. Sendo, a partir daí, necessário apontar os critérios definidores de quais seriam estes bens que rogam tal categoria de proteção, inserido num quadro de relevo.

Assim, sob o prisma constitucional, se o âmago da infração ao Direito é “caracterizado como um ataque à liberdade alheia (à coexistência das liberdades) – e, por essa razão mesma, como lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico” –, a noção de bem jurídico reivindica a sua devida importância. E aqui, tal incidirá ante o legislador não como um limite derivado de meras exigências dogmático-penais, mas sim oriundo da Constituição; bem como estando em compasso com o princípio da ofensividade, cuja recepção, na Magna Carta, vincula o legislador ordinário para que a responsabilidade penal seja atrelada às condutas que representam perigo ou lesão (FELDENS, 2005, p. 46).

Pondera Claus Roxin que a questão de saber quais qualidades uma conduta deve

reunir para ser submetida à sanção penal é um problema que atormenta não apenas o legislador, mas também as ciências penais, assim como o princípio da proteção do bem jurídico como critério legitimador dos tipos criminais (ROXIN, 2007, p. 443-53). Ocorre que o “conceito de bem jurídico não é uma varinha mágica, através da qual se pode separar, desde logo, por meio de subsunção e dedução, a conduta punível daquela que deve ficar impune”. Mas, sim, trata-se “de uma denominação daquilo que é lícito considerar digno de proteção na perspectiva dos fins do direito penal” (ROXIN, 1993, p. 61).

Ainda assim, tem-se no bem jurídico critério irrenunciável e instrumento valioso de uma política criminal proporcional, ante o que devem ser rejeitados conceitos vagos, muito generalizados e incompatíveis com a realidade. Opera ele como ponto de partida, para aferir a legitimidade do intervento penal, indicando o algo que está sendo tutelado em favor da liberdade externa, da autonomia dos sujeitos de direito e com um mútuo reconhecimento na sociedade (WOHLERES, 1997).

Expõe Polaino Navarrete que o bem jurídico opera como critério de referência em face das condutas que, por sua especial gravidade, afetam os objetos mais sólidos para a convivência humana, o desenvolvimento da pessoa em sociedade e sua dignidade, de modo a reivindicar a devida intervenção penal, que se apresenta conectada com a Constituição e os valores emanados dela (POLAINO, 1974, p. 277-278). Nesta linha, conclui Mir Puig (2002, p. 123-124) que o bem jurídico é o objeto que merece ser protegido pela lei penal, a qual só pode abranger tais bens, e que o seu conceito não deve ser buscado na realidade naturalística e nem na valoração subjetivo-moral, mas no terreno do social.

Com efeito, para Roxin os bens jurídicos são certas circunstâncias ou fins úteis ao indivíduo, seu livre desenvolvimento e o funcionamento do próprio sistema, servindo de base à teoria do injusto e à política criminal. Assim, atua o Direito Penal na função de garantir aos cidadãos uma coexistência “pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida” as liberdades (ROXIN, 1997, p. 45-46 e 2006, p. 16-19).

Dessa forma, ao incidir como foco de tutela, a importância dos bens jurídicos surge das relações sociais e dos seus processos dinâmicos, na busca de satisfazer as necessidades coletivas e pessoais que estejam consoantes com a Constituição. Nesse mister, o Direito Penal desempenhará dupla função: primeiro no polo positivo, ao proteger (por via de mandados e proibições) os bens jurídicos que incidam diretamente na concreção das necessidades legítimas; e segundo de forma negativa, ao não vedar condutas que bloqueariam

a satisfação destas necessidades (BUSTOS RAMIRÉZ, 2006, p. 71-74).

Portanto, a Lei Maior opera como fator de desenvolvimento e parâmetro da política criminal do Estado, fazendo com que as bases legitimantes da penalização sejam estabelecidas a partir do vínculo entre “bem jurídico protegido e sua referência (expressa ou implícita) à ordem constitucional de direitos e deveres fundamentais”. De onde, valor e vínculo do objeto exigem sua tutela por meio de normas penais, no mínimo diante dos ataques mais graves (FELDENS, 2005, p. 70).

Afinal, se a tipificação de condutas gera a limitação de direitos fundamentais como o da própria liberdade (numa ponderação de bens, em que esta cede em prol de outro valor, v.g. a vida, no homicídio), tal procedimento deve respeitar pressupostos mínimos, sendo o principal deles a tutela de objetos que estejam em harmonia com a ordem axiológica jurídico-constitucional e cujo conteúdo justifique as restrições advindas da incriminação. Assim, estas só podem incidir quando indispensável a proteger objetos especiais, portadores de dignidade jurídico-penal, estando, pois, descartados interesses menores que podem ser tutelados de modo diverso. Ou seja, em sendo a liberdade um valor constitucional fundamental, este somente pode ser restringido quando seu exercício implicar a ofensa de outro objeto de hierarquia equivalente e em consonância com o sistema constitucional (D’AVILA, 2005, p. 70-72).

Em decorrência, o conceito material de crime resulta da função do Direito Penal de fornecer a tutela subsidiária dos bens jurídicos do sistema social, tornando-os dignos de proteção penal baseado na “ordenação axiológica jurídico-constitucional”. Aqui, o vínculo do bem jurídico criminal advém de um valor constitucional reconhecido em nome da ordem social, e que é prévio ao sistema jurídico-penal, criando relação de mútua referência entre esta ordem e a constitucional, com correspondência de sentidos e fins em face de tais vetores. De tal forma que o ordenamento constitucional figura como referencial obrigatório e critério regulador da atividade punitiva estatal. De modo que os bens jurídicos adquirem a devida tutela da lei penal por serem “concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais” (DIAS, 1999, p. 66).<sup>2</sup>

Com efeito, a Constituinte ainda impõe ao legislador vínculos na escolha dos bens que receberão a tutela criminal, entre os quais o de que “não podem ser reprimidos comportamentos que sejam expressão de princípios ou de direitos de liberdade garantidos

---

2 DIAS, Jorge Figueiredo, “Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas”, São Paulo: RT, 1999, p. 66.

pela Constituição”, ou que estejam em contradição com os preceitos magnos (DOLCINI, 1994, p. 164)<sup>3</sup>. Também, a conduta que aqui será reprimida deve ser dotada de manifestação externa, sendo insuficientes divagações no âmbito interno do sujeito; além de estar o legislador conformado a certos princípios que a Lei Máxima enuncia como disposições gerais e “como normas relativas a um campo de atuação mais específico” (FELDENS, 2005, p. 48-49)<sup>4</sup>.

Desta forma, quando relaciona as garantias e os direitos fundamentais, a Carta Magna também delinea, de modo expresso ou implícito, o âmbito do poder punitivo estatal, que não poderá ser exercido nem além nem aquém dessas linhas, uma vez que muito mais do que uma declaração formal e de matizes orientadoras, a Constituição estabelece normas de caráter obrigatório e geral para órgãos e indivíduos. Uma das consequências práticas disso, é que tais princípios garantidores impedem a interferência autoritária sobre condutas não ofensivas e estranhas à realidade social; ao mesmo tempo que exigem medidas compatíveis em face dos procedimentos que representem considerável ameaça ou agressão a objetos constitucionais de maior grandeza – a partir do que poderão ser abarcados ou não pela tutela da norma penal (CARVALHO, 1992, p. 33-38).

Assim, além de inadmitir a ocorrência de delito sem lesão ou perigo para um bem jurídico, apenas para a tutela destes objetos poderá o legislador determinar ou proibir condutas, as quais são tipificadas como ilícito quando necessário para proteger o bem jurídico digno de tutela penal. Já a dignidade é aferida a partir da sua referência à Constituição e não se restringe apenas aos valores individuais, vindo a abarcar os mais importantes objetos sociais e coletivos que sejam suscetíveis de ataque. Contudo, a valia constitucional de um objeto não determina, por si só, a obrigação de ser protegido criminalmente, uma vez que deve ser respeitado o caráter subsidiário da lei penal, ao mesmo tempo que existe o dever de tutelar outros valores, ainda que implícitos (CARBONELL MATEU, 1999, p. 84).

Em consequência, não poderão ser tutelados pela via penal meros sentimentos éticos, morais e religiosos; ao mesmo tempo que o surgir de novas situações poderá levar ao reconhecimento de outros bens jurídicos de relevo e à descriminalização de condutas outrora típicas. Afinal, tais objetos nascem da realidade social, sendo produto histórico, revisável e sujeito às discussões democráticas, mas sempre respeitando determinados limites,

3 DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e Escolha de Bens Jurídicos. In: Revista Portuguesa de Ciências Criminais. n. 4, 1994, p. 163.

4 FELDENS, op. cit., citando como exemplo da última disposição o “direito geral de igualdade”.

pois não podem figurar como fonte de desigualdade e de discriminação. Ademais, o caráter do bem jurídico também incide como ferramenta de legitimação e de questionamento da norma penal, além de servir como índice para a sua interpretação, verificando se certa conduta foi ou não ofensiva ao objeto por ela protegido (BUSTOS RAMIRÉZ; HORMAZÁBAL MARARÉE, 2006, p. 74-77).

De qualquer modo, a tutela penal deve estar associada à noção de bem jurídico, diante do que, sem a pretensão de formular um catálogo ou conceito definitivo, é possível indicar quais categorias de objetos ostentariam ou não o grau de dignidade capaz de elevá-las à condição de bem jurídico penal, sob certas circunstâncias. Para tanto, é fundamental buscar uma referência na Constituição, diante da força e da representatividade desta para todo o ordenamento, possibilitando que tais bens ajustem-se ao seu quadro de valores ou, no mínimo, não conflitem com ele.

## **A IRRADIAÇÃO DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS**

Partindo-se de uma concepção de Estado Democrático de Direito, a Lei Magna tanto deve estabelecer limites ao poder punitivo, como também deve assegurar direitos fundamentais. Para cuja consecução, por vezes, é necessário o uso dos instrumentos penais, os quais devem pautar-se de acordo com os valores constitucionais, a fim de que haja a devida correspondência entre o mal advindo a partir do delito e o gerado pela restrição penal (REALE JR., v. 1, 2004).

Na espécie, o discurso sobre a legitimidade do Direito Penal é, antes de tudo, “o discurso sobre sua adaptação material à Constituição”, onde ambos compartilham uma relação axiológico-normativa. Aqui, ao mesmo tempo em que ela “garante o desenvolvimento dogmático do Direito Penal a partir de estruturas valorativas que lhe sejam próprias, estabelece, em contrapartida, limites materiais inultrapassáveis pelo legislador penal”. Assim, arremata Feldens (2005, p. 38), que, em modelos como o nosso, que adota um conceito formal de lei, só da Constituição podem advir “restrições previamente dadas ao legislador, uma vez certo que apenas o poder constituinte está habilitado a condicionar a atividade de um poder constituído como o Poder Legislativo”.

Contudo, tal natureza tem caráter duplo, pois tanto para a criminalização como para a descriminalização o legislador estará vinculado em certa medida, de modo que transita ele entre dois termos, o da plena liberdade e o das pautas que lhe são conferidas

pela Constituição, sendo, pois, relativa, e não total, sua discricionariedade. Afinal, “embora detentor de um amplo espaço de atuação, não lhe é lícito editar uma lei qualquer em nome de sua legitimidade democrática”, uma vez que prepondera o vínculo material com a Carta Magna e os direitos fundamentais, o que, se inobservado, autoriza a análise judicial do ato pelo controle de constitucionalidade (FELDENS, 2005, p. 38-39).

No caso, o legislador permanece com determinada liberdade para selecionar os bens jurídicos, anotar as formas de imputação, estabelecer as sanções e, de modo geral, configurar os tipos penais em todos os seus aspectos. Porém, esse poder esbarra na constitucionalidade das medidas, inclusive sujeitas ao devido controle jurisdicional, uma vez que a intervenção penal afeta o desenvolvimento dos direitos fundamentais (PRIETO SANCHÍS, 2007, p. 225-226).

Tal ocorre, ante os efeitos irradiados pela Constituição e os consectários daí inerentes ao sistema, ao gerar elos substanciais impondo proibições e obrigações com vistas ao resguardo dos direitos fundamentais, os quais vinculam os poderes públicos e também as maiorias. Já que as garantias constitucionais de tais direitos representam a própria garantia do Estado de Direito e da democracia, não se pode abdicar da intervenção penal, nem utilizá-la com rigor excessivo (FERRAJOLLI, 2008, p. 90).

Assim, a criminalização de condutas deve estar conformada à Constituição, diante dos reflexos daí advindos para os direitos fundamentais, uma vez que tanto os excessos como as ineficiências penais repercutem sobre o exercício das liberdades, já que estas não devem ser restringidas além da conta pelo rigor da intervenção, nem protegidas aquém do que deveriam por uma intervenção estatal deficiente ou omissa. Dessa forma, o ônus do Estado em medir o âmbito da intervenção devida manifesta-se duplamente, seja por via dos direitos de defesa, seja pelos deveres de proteção. De modo que a incidência penal deve estar orientada pelos valores constitucionais e o princípio da proporcionalidade, vindo a tutelar objetos relevantes, diante de graves ofensas, bem como em compasso com medidas que sejam adequadas, necessárias e proporcionais ao fato (PRIETO SANCHÍS, 2007, p. 229; CUNHA, 1995, p. 127).

Portanto, a Constituição figura como um mecanismo superior que confere não só limites, mas também fundamentos, ao Direito Penal, inclusive indicando em que hipóteses a criminalização de certas condutas é requerida ou é incabível. Para mediar tal relação, o ordenamento vale-se do princípio da proporcionalidade, o qual age em face dos direitos de defesa e de proteção, evitando abusos e deficiências por parte do Estado, objetivando

ao respeito dos direitos fundamentais (LOPERA MESA, 2006, p. 329-337).

Dessa forma, a Constituição opera sobre o Direito Penal aquilo que Canotilho (2003) denomina de “função garantística” dos direitos e das liberdades, os quais, inseridos no catálogo daquela, lograram subtrair da livre disponibilidade do soberano a titularidade e o exercício dos direitos fundamentais, vinculando o Estado nos elos político e jurídico.

Por sua vez, esta obrigação será adimplida pelo Direito Penal quando seus meios forem adequados e necessários, incorrendo em outro meio de tutela eficaz para tais valores. Aqui, os direitos fundamentais acabam por exercer influência que legitima e a igual tempo limita o Direito Penal. Esta, dentro de um patamar máximo; e aquela, como padrão mínimo irrenunciável para que haja proteção eficiente.

Assim, o modelo constitucional também reflete no penal, seja de forma negativa, ao limitar o legislador ordinário em determinado âmbito (v. g. vedando penas cruéis), como positiva, ao ordenar a criminalização de dadas condutas (v. g. a prática de racismo e tortura). Estabelece, pois, certas pautas para o Estado no seu direito de punir, vindo estas a adquirir a categoria de princípios constitucionais-penais que se irradiam pelo sistema e vinculam seus operadores (ESSADO, 2008, p. 19). Diante do que, a formatação dos crimes e das penas não pode se constituir num ato de todo discricionário, pois recebe os influxos da Lei Magna e dos seus princípios; fazendo que, apesar de amplo, o poder de legislar não seja pleno e esteja sujeito ao controle constitucional (STRECK; FELDENS, 2006, p. 34-36; STRECK, 2004, n. 2, p. 254-280).

Portanto, partindo-se da premissa de que a Constituição abarca os postulados máximos de justiça que irradia e pretende impor, a categoria de bem jurídico protegido penalmente deve ser cotejada com os princípios constitucionais no seu quadro de valores de maior relevância, mormente pela sua superioridade normativa no sistema. Afinal, como tal Carta é a “expressão concentrada do direito existente” numa determinada ordem social, na qual se insere a “concepção do direito que deverá informar toda a legislação subjacente”, a partir dela poderão ser abstraídos os principais bens a ser tutelados, o que em dadas circunstâncias será exercido pela lei penal.<sup>5</sup>

Ocorre que a Constituição não é apenas “o repositório principal dos bens passíveis de criminalização”, mas também abriga os princípios básicos que modelam a vida em sociedade, que consagram os direitos fundamentais e que se constituem em cláusulas pétreas não derogáveis. Daí, derivam limites que em matéria penal o legislador ordinário não

5 CARVALHO, op. cit., p. 33-48, referindo tanto os bens expressos, como os de alguma forma consagrados.

poderá romper (para mais ou menos), de modo que a Constituição opera como a base e o topo do processo criminalizador, o qual tem como sua fonte principal os bens constitucionais, colhidos após uma filtragem valorativa (LUIZI, 2003, p. 173-177).

Para tanto, o princípio da proporcionalidade figura como garantidor do exercício dos direitos fundamentais, num modelo duplo e equilibrado, norteando o legislador para que o cidadão esteja imune aos exageros e deficiências da lei penal, perante a tutela dos objetos mais relevantes. Aqui, a ferramenta orientadora na “caracterização dos bens merecedores de tutela penal será a Constituição, índice primário, ainda que não exclusivo” de relevo dos bens, para cuja defesa de agressões caberá o uso da sanção, caso outros meios de controle não se revelem exitosos (DOLCINI e MARINUCCI, n. 4, 1994, p. 197-198).

Com esteio nisso, as leis criminais devem estar em compasso com os preceitos da Lei Maior, observando a hierarquia de valores lançados no texto desta. A partir do que, as normas serão formadas, interpretadas e compatibilizadas, ocorrendo os processos de criminalização e de descriminalização, os quais devem respeitar a valia extrínseca e intrínseca dos bens constitucionais de relevo, propiciando a intervenção cabível, que seja de extrema ratio, mas eficaz e não ausente (FLACH, 2010, v. 2, n. 1, p. 50-55).

## **DOS MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO**

Com suporte nos fundamentos delineados, é correto afirmar que a Constituição impõe certos limites à lei penal, fora dos quais a criminalização de dadas condutas não será legal, nem legítima. Entretanto, a ordem constitucional não se restringe apenas a indicar o que pode ou não ser realizado pelo legislador, vindo ela também a determinar o que deve ser feito, por via dos chamados mandados constitucionais de criminalização. Diante dos quais o constituinte previamente seleciona e comanda que certos bens jurídicos sejam tutelados pela via penal, a qual deverá ser mantida pelo sistema, para cumprir os deveres de proteção.

A profundidade da relação entre Direito Penal e Constituição também aparece na conexão íntima que incide entre o dever de prestação normativa na área criminal e sua ligação com os direitos fundamentais, em face do ônus estatal em torno da sua proteção. O que, por vezes, só será operado de forma adequada com o uso das leis penais, sob o risco de a ausência das devidas normas afetar interesses e direitos individuais e sociais (FELDENS, 2005, p. 72-73).

Na espécie, o fundamento constitucional dos bens jurídicos confere ao sistema a obrigação de que certos direitos e interesses sejam tutelados pela via mais forte. De onde, além dos meios usuais voltados à consecução e à garantia dos valores fundamentais expressos na Lei Superior, o Estado também deve valer-se da ciência e das formas penais no exercício da “persecução de maior número de metas propiciadas de transformação social e da tutela de interesses” de caráter coletivo e pessoal, cujas manifestações mais unívocas provêm das ditas “cláusulas expressas de penalização” (PALAZZO, 1989, p. 103).

Assim, o dever de criminalizar determinadas condutas emana de uma ordem de valores cominadas pela Lei Magna e que é anterior ao legislador penal, sendo externa e superior ao Direito Penal, e com base normativo-constitucionalista. Então, além de impor ao legislador ordinário, limites na escolha dos objetos a ser tutelados penalmente, a Constituição ainda determina a obrigação de incriminar a ofensa de certos bens, cuja razão advém do relevo do objeto e da necessidade do manejo dos instrumentos penais, considerados como apropriados e os únicos capazes de assegurar a devida e a eficaz proteção que tais bens requerem (ROXIN, 1997, p. 64; FELDENS, 2005, p. 73 e DOLCINI; MARINUCCI, 1994, p. 170-173).

Ao proceder de tal modo, o constituinte estabeleceu obrigações de criminalização, de acordo com critérios adequados de política criminal, que envolvem o merecimento e a necessidade da sanção. Mais do que inspiração, tal circunstância traduz-se num dever do legislador ordinário de elaborar os respectivos tipos penais ou, caso já previstos, de não os extirpar do sistema de forma arbitrária. Portanto, o sistema de bens jurídicos constitucionais orbita “da necessidade de que a tutela penal seja orientada somente a objetos legítimos à necessidade de tutela penal em um determinado âmbito valorativo”. De tal modo que as obrigações constitucionais de penalização figuram numa relação de complemento entre as funções delimitadora e fundante do Direito Penal, e significam tanto “um limite garantista intransponível”, como “um conteúdo mínimo irrenunciável de coerção” (FELDENS, 2005, p. 73-75).

Com efeito, a mera valia constitucional do objeto não significa por si só que a sua tutela deva ser exercida obrigatoriamente pelo Direito Penal, uma vez que outras formas adequadas podem atingir com a mesma eficácia o devido nível de proteção. Contudo, quando o constituinte elege certos bens e determina que sejam tutelados pela via criminal, a idoneidade e a necessidade deste tipo de recurso já está previamente indicada, descabendo ao legislador ordinário tal análise e incumbindo-lhe implementar o comando emanado.

Ainda assim, porém, ele possuirá certa autonomia para, após o devido balanceamento, sufragar a forma mais apropriada de formular o tipo e a sanção, de acordo com o princípio também constitucional da proporcionalidade (FLACH, 2009).

O objetivo das ordens constitucionais de criminalização é o de oferecer proteção suficiente a certos direitos e valores, fundamentais para um Estado Democrático e Social de Direito, diante dos ataques alheios. Para o que, o constituinte entendeu como adequado e necessário o Direito Penal, ora eleito como o meio ideal ao adimplemento dos deveres legais de proteção. Assim, o destinatário do mandado constitucional de penalização é o legislador ordinário, a quem é transmitido um dever de legislar em favor da tutela de um bem jurídico-penal. Sobre o conteúdo, o mandado não define a conduta típica e nem as circunstâncias da sanção, mas estabelece uma obrigação positiva de criminalizar certa conduta, ou negativa para vedar a retirada de determinada tutela penal já existente (GONÇALVES, 2007, p. 160-169).

Dessa forma, as disposições constitucionais configuram tanto autonomia, como vínculo duplo ao legislador. Este, no sentido de que atue e de que o faça de acordo com os demais preceitos da Lei Superior. E aquela, conferindo margem para que decida qual bem jurídico-constitucional deva ser protegido penalmente, e dentre os bens já indicados no seu texto quais aspectos, condutas e sanções o devido tipo deverá contemplar (GOMES, 2003, p. 109-115).

Diante do que, o mandado opera como uma relativa imposição voltada ao legislador ordinário, para que elabore o tipo criminal de acordo com o comando constitucional e abstraia-se de retirar ou minimizar a proteção penal já existente sobre determinado objeto ali compreendido. Incide ainda, como parâmetro de aferição da “inconstitucionalidade da lei editada em desconformidade com o seu conteúdo”. O que embora não suste, acaba por limitar a liberdade legislativa de conformação (FELDENS, 2005, p. 75-80).

Assim, na hipótese de serem abolidos tipos penais de tais gabaritos, anteriores ou posteriores à edição da ordem constitucional, o ato que as extirpou ou enfraqueceu em demasia deverá ser declarado inconstitucional, uma vez que se apresenta em desconformidade com o comando superior emanado da Carta Magna, o qual determinava a devida criminalização de dada conduta, de modo que o antigo dispositivo deve retornar ao seu vigor, embora sem retroagir.<sup>6</sup>

Por iguais fundamentos, o mesmo dispositivo constitucional que determina a criminalização da conduta também proíbe que esta seja descriminalizada. Aqui, não se veda

<sup>6</sup> DOLCINI; MARINUCCI, op. cit., p. 176-8, referindo ainda os efeitos daí advindos em certos sistemas.

propriamente que ela seja alterada ou substituída, dentro de certos limites. Contudo, o que não pode ocorrer é que ela seja retirada do ordenamento, formando-se um vácuo, ou que ocorra uma modificação tão profunda que acabe por retirar os efeitos pretendidos pelo constituinte, conduzindo a uma insuficiência de tutela.

Tais comandos de natureza proibitiva e obrigatória advêm de motivações conectadas à supremacia da Lei Maior, à máxima efetividade das suas normas e à própria proibição de retrocesso em termos de proteção dos direitos fundamentais. Por causa disso, normas de inferior hierarquia não poderão entrar em conflito com a Constituição; o legislador não poderá quedar inerte, de modo a não implementar o comando exarado naquela ordem, e, muito menos, ser-lhe-á permitido rebaixar o nível de tutela determinado pela Carta Magna.

Entretanto, o legislador não está propriamente proibido de alterar o texto da lei ordinária que trata sobre tais crimes, nem está obrigado a repetir literalmente os termos expressos na Constituição, quando estiver elaborando os tipos penais. Afinal, ele ainda dispõe de certa margem de conformação, inclusive para que possa modelar o tipo e a sanção de acordo com as circunstâncias específicas e as exigências sociais de cada momento.

De outra aresta, porém, o que não se apresenta na alça de disponibilidade do legislador são alterações substanciais no âmbito da conduta, a extinção de uma modalidade de ilícito determinada pela Constituição, a cominação de categoria inferior de sanção perante a já ordenada, a concessão de benefícios vedados, ou alguma mutação que colida com as determinações constitucionais e que venha a violar o princípio da proporcionalidade no seu fator de proibição da proteção deficiente (FLACH, 2010, ano 10, n. 18, p. 221-222).

## **OS MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO EXPRESSOS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Ao realizar o cotejo entre os fatores históricos, os objetivos vigentes quando da outorga da nova Lei Magna e a previsão de que determinados bens possam vir a ser alvo de atentados mais graves e frequentes, pode ocorrer que, desde já, o constituinte determine o uso dos meios penais, como “instrumento irrenunciável de prevenção e repressão” de tais agressões, contemplando-os por via dos mandados expressos de criminalização.<sup>7</sup>

---

7 DOLCINI; MARINUCCI, op. cit., p. 173-4. Aqui é projetado o futuro, a partir do passado. Assim, ao cominar a punição da tortura e dos atentados à democracia e aos direitos fundamentais, objetiva-se prevenir o regresso da ditadura. E quando se determina a tutela penal ambiental, está a se contemplar o seu valor e os riscos futuros.

Na espécie, a Constituição delegará um poder legítimo, o qual não caberia ao constituinte determinar e regulamentar de forma mais específica, e que será cumprido justamente para atender aos fins e aos direitos consagrados na própria Carta Magna. Tal tarefa será realizada não exclusivamente, mas inclusive por via de normas penais, como forma de quitar os ônus dos deveres de proteção dos direitos fundamentais.<sup>8</sup>

Com efeito, se por um lado os mandados constitucionais de criminalização representam restrição à liberdade configurativa do legislador e um dever de atuação irrenunciável, por outro, as normas que determinam a tipificação de certas condutas não possuem, neste sentido, eficácia direta e independente, sendo incabível a punição automática com exclusivo fundamento no texto Magno, por questões de legalidade (GONÇALVES, 2007, p. 169-172 e 180-4; FELDENS, 2005, p. 77-80).

Entretanto, tal não significa que os mandados não sejam dotados de eficácia alguma, pois eles impedem que a tutela penal sobre bens jurídicos, já existente antes da sua edição, sofra grave redução ou supressão no sistema, bem como derogam normas inferiores que contrariem seus preceitos. Além de irradiar efeitos na área extrapenal, de modo a gerar uma vinculação dos poderes públicos em torno destes comandos e dos direitos fundamentais, quando da elaboração, aplicação e interpretação das normas (SARLET, 2008, p. 384-395; SARLET, 2004, n. 4, p. 317-366).

Seguindo os passos de outras cartas e ordens, a Constituição Federal do Brasil de 1988 também expressou no seu corpo comandos determinando a criminalização de dadas condutas, como forma de tutelar certos bens jurídicos de importância individual ou coletiva dos ataques que lhes fossem prejudiciais. Considerou-se então que, pelo seu relevo, esses objetos deveriam ser protegidos em nível constitucional, sendo desde já indicada a lei penal como o meio mais idôneo e necessário para a tutela eficaz pretendida e exigida para tais casos.

Os primeiros mandados de criminalização expressos na nossa Constituição repousam no seu Título II, junto ao rol de Direitos e Garantias Fundamentais. Aqui, no art. 5º, XLI, após prever que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, foi cominado no seu inciso XLII que “a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (BRASIL, 1988).

Neste caso, a lei penal está sendo utilizada para garantir, a seu modo, a ordem constitucional de que nenhuma pessoa seja discriminada pela raça. De forma a propiciar

8 FELDENS, op. cit., 2005, p. 75-8. Embora a proteção não seja exclusiva dos direitos fundamentais.

o exercício de liberdades individuais de convivência, o desenvolvimento da personalidade sem o temor de desrespeito pela etnia e a integração social de todos.<sup>9</sup> Inclusive, atendendo aos postulados do seu preâmbulo e aos objetivos fundamentais do país expressos no art. 3º, de uma sociedade livre, justa, solidária, com a redução das desigualdades e sem preconceitos.

Igualmente, além de determinar a criminalização de condutas que denotem a prática de racismo, a Constituição ainda cominou que a categoria da pena dos futuros tipos seria de reclusão, bem como inafiançáveis e imprescritíveis. O que foi adimplido por via da Lei nº 7.716/89, a qual pune “os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”, ali devidamente definidos e tipificados.<sup>10</sup>

Por sua vez, o art. 5º, XLIII, ordena que:

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. (BRASIL, 1989).

No caso, além de enumerar tais categorias de delito, o constituinte ainda decidiu que estas seriam inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, bem como demarcou amplo âmbito de alcance sobre a autoria, participação e a própria postura omissiva daquele que poderia evitá-lo. Embora não tenha adentrado em questões penais sobre a descrição do tipo e o nível de sanção, o dispositivo restringe a liberdade do legislador em decidir por criminalizar ou não as condutas já ali elencadas e determinadas, além de prescrever alguns benefícios a serem vedados para tais ilícitos (FELDENS, 2005, p. 82).

Iniciando pelo crime de tráfico de drogas, era ele antes previsto no art. 281 do atual Código Penal, até ser revogado pela Lei nº 6.368/76, que, nos artigos 12 a 14, tipificava tais condutas, as quais não sofreram alteração pela Lei nº 10.409/2002, mas foram modificadas pelas novas descrições dos artigos 33 a 35 da Lei nº 11.343/06.<sup>11</sup>

Com efeito, antes da outorga da Constituição de 1988, a legislação penal já punia as ações consideradas como de tráfico e que sempre foram mantidas em vigor. Contudo,

9 FELDENS, op. cit., 2005, p. 81, aduz que quando o desfrute do direito fundamental de não ser discriminado é ameaçado por uma ação contrária, “a redução do espaço de liberdade individual (do agressor) é ponderada” pelo “alargamento do espaço de liberdade individual do titular do direito fundamental potencialmente atingido”.

10 Vide Leis nº 2.889/56 (Genocídio), nº 6.001/73 (Estatuto do Índio) e nº 12.288/2010 (Igualdade Racial).

11 Apesar das novas alterações sobre o consumo, a pena mínima para o principal delito de tráfico aumentou, ocorreu a tipificação do financiamento (art. 36) e ampliaram-se as hipóteses agravantes (art. 40). Ver NUCCI, Guilherme de Souza, “Leis Penais e Processuais Penais Comentadas”, 7. ed., São Paulo: RT, 2013.

apesar das modificações operadas na nova lei em relação a algumas figuras, não se constata decréscimo por demais prejudicial ao nível de tutela e sequer revogação das condutas que o sistema comprometeu-se a reprimir como de tráfico. Restando observado o mandado, já que no mais o legislador dispõe de um largo espectro para configurar tais crimes.<sup>12</sup>

Quanto ao crime de tortura, foi ele implementado na Lei nº 9.455/97, que no seu art. 1º definiu no que consiste tal ilícito, tanto pelo sofrimento físico como mental. Assim, além de o legislador ter adimplido a ordem constitucional, ainda estruturou a tortura como crime comum, o qual pode ser praticado por qualquer pessoa, não apenas por agente público (FRANCO, 1997, ano 5, n 19, p. 55 e 58-61).

No tocante aos chamados crimes hediondos, o legislador atendeu ao comando constitucional com o advento da Lei nº 8.072/90, enumerando-os no seu art. 1º. Além das restrições já impostas pela Carta Magna, em sua redação original, cominou que seriam eles insuscetíveis de indulto e liberdade provisória, ampliou o prazo da prisão temporária, exigiu a fundamentação para o réu recorrer em liberdade da condenação, determinou que a pena deveria ser cumprida no regime integral fechado e que o livramento condicional só pode ser concedido após cumprido dois terços da pena e desde que o condenado não fosse reincidente específico, entre outras previsões.

Importa observar que tal norma sofreu alterações ao longo do tempo, as quais de um lado modificaram e ampliaram o rol inicial dos delitos considerados hediondos, mas de outro revogaram restrições impostas na redação original (como no tocante à progressão de regime). Contudo, as novas disposições não afrontam a matriz do comando constitucional, na medida em que a amplitude concedida atende ao objetivo de combater com maior rigor os crimes mais graves. Ao mesmo tempo que a redução das implicações não violou de frente a determinação de que tais delitos são insuscetíveis de fiança, anistia, graça e indulto e de que o regime inicial para o cumprimento da pena é o fechado.<sup>13</sup>

Por fim, diverso do tráfico de drogas (já presente no sistema), da tortura e dos crimes hediondos (implementados após a Constituição de 1988), o terrorismo jamais foi tipificado no nosso ordenamento, permanecendo tal lacuna vaga. Contudo, temos menção a ele na Lei nº 12.850/2013 (organização criminosa)<sup>14</sup> e na redação original da já revogada Lei nº 9.613/98.

12 GONÇALVES, Luiz, op. cit., p. 251, observa a liberdade do legislador para definir o que é substância entorpecente, tráfico e as condições que este envolve, desde que mantidos os objetivos constitucionais.

13 Vide TOVIL, Joel, "A Nova Lei dos Crimes Hediondos Comentada: Aspectos Penais, Processuais e Jurisprudenciais (na reforma das leis 8.930/94, 9.677/98, 9.695/98 e 11.464/2007)", Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Já a alteração mais recente foi a da Lei nº 12.978/2014, que incluiu no rol dos hediondos o "favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável."

14 Pelo art. 1º, § 2º, II, a lei se aplica também "às organizações terroristas internacionais, reconhecidas segundo as normas de direito internacional", e "os atos preparatórios ou de execução" que "ocorram ou possam ocorrer em território nacional".

Igualmente, outra disposição não integrada é a do art. 5º, XLIV, o qual prevê que: “constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático” (BRASIL, 1988). Trata-se de comando sobre bens e interesses coletivos, tutelando o aparato constitucional, o sistema democrático e a ordem geral da nação, de agressões armadas de órgãos ou grupos militares ou civis, como no caso de revolução ou golpe de Estado (FELDENS, 2005, p. 83; GONÇALVES, 2007, p. 240-8).

No caso, embora o legislador não tenha elaborado após um tipo penal próprio, para alguns parte desta previsão estaria atendida na Lei nº 7.170/83, a qual “define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social” (BRASIL, 1983). Entretanto, não observamos nelas uma formulação própria que esteja a atender, de modo específico, ao comando constitucional. Inclusive, nota-se que a Lei nº 7.170/83 foi concebida em fase anterior à redemocratização do país, quando contávamos com um Presidente da República não eleito diretamente pelo povo. Portanto, concluímos que, até o presente, o mandato expresso no art. 5º, XLIV, não foi cumprido pelo legislador.<sup>15</sup>

Tal questão lança à tona um sério problema, consistente no fato de existir o mandato superior de criminalização, sem que o legislador ordinário tenha editado a norma ordenada, para garantir a aplicabilidade e a sua plena eficácia constitucional. Aqui, a Carta Magna determina a adoção de medidas legislativas concretizadoras dos seus preceitos e, embora vinculado de forma irrenunciável ao mandato, o legislador omite-se e não edita os atos necessários à exequibilidade da Constituição, obrigando a Corte Suprema a cientificar o Legislativo sobre a inconstitucionalidade por omissão (CANOTILHO, 2003, p. 1.033-1.038).

Assim, diante do inadimplemento do dever constitucional de legislar, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é o remédio previsto pelo art. 103, § 2º, da Constituição Federal. Instrumento este que objetiva efetivar o comando magno na “defesa da ordem fundamental contra condutas com ela incompatíveis”, uma vez que os órgãos legislativos têm “o poder e o dever de emprestar conformação à realidade social”.<sup>16</sup>

Ver CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista, “Crime Organizado: Comentários à Nova Lei sobre o Crime Organizado: Lei nº 12.850/2013”, 2. ed., Salvador: Jus Podivm, 2014.

15 Alguma conexão pode ser observada no teor do art. 2º da Lei nº 12.850/2013.

16 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, “Curso de Direito Constitucional”, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1177-88 e 1197. Explicam que a omissão pode ser total ou parcial; e que no Mandado de Injunção nº 107 (Rel. Min. Moreira Alves, DJ 28-11-1989), o Supremo Tribunal Federal decidiu não estar autorizado a expedir uma “norma para o caso concreto ou a editar norma geral e abstrata”, pois “tal conduta não se compatibiliza com os princípios constitucionais da democracia e da divisão de Poderes.” E se reconhecida a “existência de omissão morosa do legislador, o Tribunal haverá de declarar a inconstitucionalidade da omissão, devendo [...] dar ciência da decisão ao órgão ou aos órgãos cujo comportamento moroso se censura para que empreendam as medidas necessárias.”

Por força dos princípios da repartição dos Poderes e da ordem democrática, caberá à Corte Constitucional cientificar o Parlamento para que quite com o seu dever de legislar sobre a matéria. Aqui referente à proteção penal de um bem jurídico já selecionado na Lei Superior, cujo âmbito confere-lhe teor de legitimação e validade, presumindo-se a idoneidade e a necessidade da utilização do método sinalizado pelo constituinte, o qual deverá ser empregado com proporcionalidade.<sup>17</sup>

Contudo, uma vez que o Poder Legislativo detém autonomia sobre a oportunidade e a conveniência de legislar, o Supremo Tribunal não tem competência para suprimir tal lacuna nem para “coagir” o Parlamento a fazê-lo de forma exata e determinada.<sup>18</sup> De onde acaba este por incorrer em “responsabilidade política” e “ilicitude constitucional”, ao não cumprir com um dever legítimo, necessário e devido.<sup>19</sup>

De qualquer modo, a existência de mandados expressos de criminalização reforça a estreita relação entre Constituição e Direito Penal. Além de demonstrar que este é mais um instrumento disponível ao poder público, com o fito de realizar os preceitos com os quais o Estado Democrático e Social de Direito está comprometido, em especial a tutela dos direitos fundamentais e dos valores mais caros ao indivíduo e à sociedade.

Inclusive, salienta-se que eles não se esgotam no rol do art. 5º da CF, alcançando outros dispositivos constitucionais e alastrando-se até a teoria dos mandados implícitos, uma vez que, para além dos contidos no seio dos direitos e garantias fundamentais, vislumbram-se mandados constitucionais expressos de criminalização nos artigos 7º, X, 216, §4º, 225, §3º, e 227, §4º, todos da Constituição Federal de 1988.<sup>20</sup>

## OS MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO IMPLÍCITOS

A existência de normas constitucionais que venham impor implicitamente ao legislador o ônus de criminalizar e que vedam, sob pena de inconstitucionalidade, a retirada total ou parcial deste tipo de tutela nas disposições já existentes ou que se seguirem a ela,

---

Então concluem que apesar do “esforço da doutrina e da jurisprudência, muitas questões sobre a omissão inconstitucional continuam em aberto, ou parecem não ter encontrado, ainda, uma resposta adequada.”

17 FELDENS, op. cit., 2005, p. 79, ao comentar ser “robustecida sua presunção de constitucionalidade”.

18 Exceção foi a decisão do STF julgando procedente a ADI 3682 (Rel. Min. Gilmar Mendes, 09/05/2007), para “reconhecer a mora do Congresso Nacional e, por maioria, estabeleceu o prazo de 18 (dezoito) meses para que este adote todas as providências legislativas ao cumprimento da norma constitucional imposta pelo art. 18, §4º, da CF. Porém, para PINHO, Rodrigo César Rebello, “Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 43, a justificativa aqui lançada foi a de que “não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável.”

19 FELDENS, op. cit., 2005, p. 79, aduzindo a lição de Gómez Puente, Acosta Gallo e Martín-Reportillo.

20 Por questão de tempo e objeto, não abordaremos as demais hipóteses. V. FELDENS, 2005, op. cit., p. 65-84.

é tema dos mais controversos na doutrina, bem como um dos mais delicados na relação compartilhada entre Constituição e Direito Penal.<sup>21</sup>

No caso dos mandados expressos, a obrigação constitucional de penalização está claramente enunciada por via de normas resultantes das escolhas políticas e criminais do constituinte. O qual, em tais situações, não se limita apenas a afirmar o valor eminente de um bem, indo além ao reconhecer na sanção penal “o único instrumento adequado à sua tutela” (DOLCINI; MARINUCCI, 1994, p. 181).

Entretanto, existem outras disposições constitucionais que, de forma genérica, determinam ao Estado que “garanta”, “tutele” ou “proteja” determinado bem, além das que impõem que se “proíba”, “reprima” ou “vede” certas condutas; vindo todas a vincular o legislador ordinário e os poderes públicos no sentido de que tais comportamentos realizem-se. Embora não haja a prescrição direta sobre o modo com que tal forma de tutela ou vedação deva ser operada, caberá aos destinatários estatais, no exercício da sua discricionariedade, a escolha dos meios mais adequados para tal fim, e que não precisarão ser necessariamente os penais, se dotados de suficiente eficácia (DOLCINI; MARINUCCI, 1994, p. 179-182).

Ainda assim, apesar da aparente liberdade legislativa ante tais disposições, seria incorreto afirmar que o único conteúdo penal estatuído pela Constituição diga respeito apenas aos mandados criminais expressos. De modo que a análise contextual da Lei Magna aponta a existência de normas de penalização implícitas, as quais configurem “zonas de obrigatória intervenção do legislador penal”, e que não poderiam ser substituídas por outra forma de tutela, que não a mais drástica.<sup>22</sup>

Assim, da mesma forma com que incidem várias determinações constitucionais voltadas não apenas à tutela penal de bens jurídicos singulares, mas dos coletivos, é possível concluir que a Constituição também está a exigir proteção não de todos, mas, ao menos, de certos bens jurídicos, os quais “se revelem inequivocamente primários no âmbito de uma sociedade democrática submetida a um programa constitucional básico, assentado na defesa da vida, da liberdade e da dignidade humana” (FELDENS, 2005, p. 94).<sup>23</sup>

Com efeito, observa-se que ao selecionar determinadas matérias como alvo da tutela penal, a Constituição considerou a importância dos respectivos bens. Porém, esta escolha não significa que tais objetos ocupem, obrigatoriamente, uma maior primazia valorativa, com a inferiorização dos demais. Ocorre que, receoso sobre os critérios empre-

21 DOLCINI; MARINUCCI, op. cit., p. 178; mas apresentando também as críticas a esta concepção.

22 FELDENS, op. cit., 2005, op. cit., p. 94.

23 FELDENS, remetendo ao escólio de Santana Vega.

gados pelo legislador ordinário, pode ser que desde já o constituinte tenha optado por criminalizar os atentados contra certos bens jurídicos, que em princípio não estariam entre as posições mais elevadas. Mas se absteve de fazer o mesmo em relação a outros mais relevantes, como a vida, pela necessidade óbvia e a altíssima probabilidade de que seriam penalmente protegidos (FELDENS, 2005, p. 94).

Portanto, interpreta-se que determinados bens não receberam do constituinte ordem expressa de criminalização, pois diante da sua nota de fundamentalidade, ou da ligação com os princípios e os valores que a Carta Magna comprometeu-se em garantir, ou do reconhecimento do seu relevo, ou de uma menção explícita de que deveriam ser protegidos (ainda que não expresse que tal seria pelas vias penais), o constituinte entendeu em dispensar tal declaração. E isso por considerar que um ou mais desses fatores já bastaria para o legislador ordinário reconhecer a nobreza do objeto, os riscos inerentes a ele, além da adequação e da necessidade de conferir-lhe a devida tutela penal.

Na espécie, a teoria dos mandados implícitos de criminalização recebeu suporte concreto a partir da decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, BVerfGE 39, 1, de 1975, ao declarar inconstitucional a Lei de Reforma do Código Penal, sobre a possibilidade de interrupção da gravidez nos três primeiros meses de gestação, sem que tal fosse considerado crime de aborto. Na ocasião, a Corte firmou que o direito à vida, incluso a intrauterina, é um valor fundamental que está “determinantemente protegido” pela Constituição. De modo que não apenas os direitos, como também os “valores constitucionais fundamentais podem converter-se em bens jurídicos a exigirem proteção por meio de normas penais”, mormente em casos extremos (FELDENS, 2005, p. 95-96, grifo no original).<sup>24</sup>

Para tanto, o Tribunal da Alemanha lastreou o seu julgamento nos postulados de que a Constituição contempla “bens de categoria proeminente, encarnados nos direitos fundamentais”, como o direito à vida, diante dos quais, a sanção criminal representa o único instrumento protetivo, o qual “não pode ser deslegitimado por prognósticos relacionados com a ineficácia da tutela penal ou com a maior eficácia de outras formas” de controle jurídico nem pela dedução de possíveis danos a bens de igual valia (DOLCINI; MARINUCCI, 1994, p. 183).

De modo específico, questionou “se o conjunto de medidas que se aplicam à proteção da vida intrauterina” é capaz de garantir uma tutela efetiva e “proporcional ao significado do bem jurídico a ser protegido”. Já que, nos casos extremos, quando a “proteção

24 Na mesma linha a STC 53/195 da Corte espanhola.

ordenada constitucionalmente não puder ser alcançada de outra forma, o legislador é obrigado a se valer de instrumentos do direito penal” para a sua garantia.<sup>25</sup>

No caso, se numa dimensão a norma criminal representa a ultima ratio a ser empregada com a proporcionalidade; na outra face, por força deste mesmo princípio, tal “medida deve ser utilizada se não for conseguido de outra feita uma efetiva proteção da vida”, o que é exigido pelo “valor e o significado do bem a ser protegido”. Não como um dever absoluto, mas como uma obrigação relativa, “surgida do reconhecimento da insuficiência de todos os demais meios”, o que então torna aqui irrenunciável a via penal.<sup>26</sup>

Em decorrência, quando da análise da constitucionalidade da norma que retirou a tutela penal de certo bem jurídico, o Tribunal Constitucional realizará um processo de filtragem semelhante ao do Legislativo e com amparo no princípio da proporcionalidade. De início, verificará o relevo do objeto, o interesse que era protegido pela norma, o seu vínculo com os valores constitucionais e o nível de ofensividade das condutas que lhe possam perturbar. Após, firmará o seu juízo sobre a adequação e a necessidade de proteção pelo meio penal, diagnosticando os custos e benefícios que este representa (PALAZZO, 1989, p. 112-113).

Assim, ao examinar a função da tutela criminal, o Tribunal está autorizado a realizar valorações sobre a legitimidade e a eficácia das várias sanções potencialmente utilizáveis e da proporção dos seus maiores custos, ao pretender obter mais benefícios. Diante do que, caso reconhecida a proporcionalidade da norma penal e declarada a inconstitucionalidade do dispositivo que a excluiu ou a reduziu indevidamente, aquela deverá retornar ao sistema, para que vigore e realize os seus efeitos protetivos.<sup>27</sup>

Com efeito, a partir desta decisão alemã e de outras cortes europeias, seguiu-se uma discussão ampla sobre os limites do legislador ordinário na sua liberdade de configuração penal, diante da relação entre o princípio da proporcionalidade e os direitos fundamentais. A nota em comum captada do entendimento emanado por tais decisões é que, ao transitar entre um limite máximo e mínimo na tutela normativa de um direito ou valor fundamental, o legislador penal está vinculado não apenas às expressas disposições constitucionais, como também às implícitas, que no seu limite requerem o uso dos meios penais.<sup>28</sup>

25 BverfGE 39, 1, de 25/2/1975, apud SCHWABE, Jürgen, “Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão”, Coletânea Original. Organização e Introdução: MARTINS, Leonardo; Tradução: Beatriz Hennig et al., Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 267-8.

26 BverfGE 39, 1, de 25/2/1975, apud SCHWABE; MARTINS, op. cit., p. 271.

27 PALAZZO, op. cit., p. 110-5. Mas é claro, sempre observado o princípio da legalidade.

28 FELDENS, op. cit., 2005, p. 97, citando os julgados da Espanha (STC 53/195) e Itália (Sentenza 14).

Aqui, tais limitações implícitas adviriam da “análise sistemático-axiológica da Constituição”, a partir das próprias funções de um Estado de Direito Social e Democrático, “em face de direitos dotados de inequívoca primazia constitucional”, como o da proteção da vida, nas suas diversas categorias. Dito fundamento reside, principalmente, em dois aportes dogmáticos ligados à teoria dos direitos fundamentais: a dupla dimensão destes direitos e a proibição da proteção deficiente.<sup>29</sup>

Por via dos citados postulados, a Constituição sinaliza que o Direito Penal não é apenas um instrumento repressivo e redutor do espaço de liberdade dos cidadãos. Mas, sim, que lhe deve ser reconhecida outra função, consistente na tutela dos direitos e garantias fundamentais. O que por vezes só virá a ser implementado de modo eficiente pelo manuseio dos instrumentos penais, com o fim de fornecer um desfrute mais efetivo do bem jurídico valioso ameaçado por eventual conduta ofensiva (STRECK; FELDENS, 2006, p. 30-39; FELDENS, 2005, p. 81-82).

Entretanto, a aceitação dos mandados implícitos de criminalização não significa que basta o bem possuir assento constitucional para que, em toda e qualquer ocasião, seja-lhe dirigida proteção normativa e penal. No caso, o objeto deve possuir “nítida e inquestionável preponderância dentro da própria ordem constitucional de valores”. Também, a ofensividade do ataque contra ele deve ser tal, que outros meios seriam incapazes de fornecer a tutela eficiente que o bem jurídico requer, de tal modo que a intervenção penal figure como adequada e necessária para a sua eficaz proteção (FELDENS, 2005, p. 140).

Assim, em situações específicas, quando presentes tais circunstâncias, os direitos de índole fundamental não poderão ser guarnecidos de forma apta apenas pelo emprego de outros meios, que não os penais (CUNHA, 1995, p. 287). Nesses casos, sobre o legislador incidirá a obrigação de utilizar todos os métodos ao seu alcance para uma tutela eficaz, além da proibição de retirar a proteção penal existente. Afinal, conforme Stern, como a vida, a saúde e a integridade física “são valores especialmente valiosos”, resta “evidente ir o dever de proteção até a arma mais forte, incluindo o direito penal” (STERN, 1988, p. 952, apud CUNHA, 1995, p. 433).

Em termos práticos, tomemos por exemplo o valor “vida”. O art. 5º, “caput”, da CF determina que seja garantida “a inviolabilidade do direito à vida”. Já o art. 225 da CF ordena a criminalização das “condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente”, por considerar este bem como “essencial à sadia qualidade de vida”. Ainda assim, não existe um mandado expresso de criminalização do bem jurídico vida. No caso, a importân-

29 FELDENS, op. cit., 2005, p. 97-8, anota que os mandados implícitos limitam a liberdade do legislador.

cia do objeto não se traduz numa exigência automática de tutela penal. Porém, o fato de não possuir previsão expressa num rol dos mandados de criminalização não significa que a proteção penal ou não da vida esteja ao livre talante do legislador e, muito menos, que será lícito a este descriminalizar as condutas típicas contra a vida.

Assim, desponta que aqui residem as principais bases dos mandados implícitos. Ou seja, considerando-se que direitos fundamentais como a vida, a liberdade, a dignidade e outros não figuram, por si só, como eficazes diante de ataques alheios, impõe-se ao Estado obrar de tal modo que aos titulares desses direitos seja ofertada e mantida proteção legal eficiente, incluindo-se nela o uso de medidas penais.<sup>30</sup>

Igualmente, considerando-se que no sistema está pautada a proteção plena do bem jurídico vida, independente de inexistir um mandado expresso de criminalização neste sentido, não poderá o legislador ordinário rebaixar o nível de tutela hoje em vigor. Na espécie, do mesmo modo que os direitos e garantias fundamentais não podem ser atacados por reformas, entendemos que aqui incide um limite implícito, como barreira aos atos erosivos contra tais categorias e autênticas cláusulas pétreas do ordenamento. Assim, qualquer decréscimo no nível de tutela representaria um retrocesso, o que é vedado pelo superior limite imposto pelo princípio da proibição da proteção deficiente.<sup>31</sup>

De qualquer forma, a existência de mandados implícitos de criminalização segue sendo uma pauta controvertida e não esgotada. Entretanto, um ponto resta pacífico, o de que a Constituição impõe ao Estado a tutela de bens e valores a ela conectados. Dever este que não se cumpre só por meios organizacionais, serviços e inclusão social, mas também por um sistema preventivo e repressivo que os proteja de agressões. E dentro do qual, para que esta proteção seja efetiva, não poderá o legislador abrir mão das medidas penais, quando a magnitude do objeto e da ofensa assim exigirem. Aliás, incumbência que não se restringe só à obrigação de criminalizar, mas também alcança à proibição de descriminalizar, como corolários do postulado que veda a tutela insuficiente.

30 FELDENS, op. cit., 2005, p. 107, 140-6. Mas é claro, nos devidos casos e de forma proporcional.

31 A título de fundamentação encontramos esteio no instituto da “proibição de retrocesso”, dado seu teor “de verdadeiro princípio constitucional fundamental implícito”, para a máxima “efetividade das normas de direitos fundamentais”. No que abrange o “direito geral à segurança”, como segurança jurídica, pessoal e social, incluindo-se o direito de proteção diante dos ataques alheios. Vide SARLET, op. cit., 2008, p. 417-54.

## APORTES FINAIS

Nenhum campo do direito é imune à Constituição, inclusive os objetos elevados à condição de bem jurídico-penal e as condutas erigidas a crime, os quais têm relação com o todo constitucional, seus preceitos, princípios e objetivos estatais. Assim, estas circunstâncias impõem vínculos legislativos, seja nos atos de criminalização, ou nos de descriminalização, de modo que o manejo do Direito Penal ficará subordinado à materialidade da Lei Superior e à concretização dos direitos fundamentais, não podendo, pois, contrariá-los (STRECK, 2002, n. 47, p. 171-183).

O postulado de que a Constituição exerce forte influência sobre as leis penais tem como ponto inicial considerar que os valores essenciais daquela formam os elementos axiológicos que estão a conferir unidade, fundamento e legitimidade a todo o conjunto da ordem jurídica, política e social do Estado de Direito. De tal modo que a criação e a interpretação das demais normas do sistema não apenas devem estar orientadas, como também em acordo com aquelas emanadas pela Lei Magna, sob pena de inconstitucionalidade (GOMES; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA e BIANCHINI, 2007, p. 418; GOMES, 2003, p. 94-95).

A referência na Constituição é marco fundamental da necessidade de tutela do objeto. Porém, salvo nas hipóteses dos mandados constitucionais de criminalização, tal não significa que o legislador ordinário deva exercer referida proteção pelas vias penais, uma vez que nosso sistema é dotado de outras formas e instâncias protetivas – como a civil e a administrativa, as quais possuem mecanismos sancionatórios próprios.

De tal modo que a relação entre os objetivos do constituinte e do legislador ordinário não necessita ser de coincidência, mas de coerência, em que nem todo bem, interesse ou direito constitucional deve possuir a proteção da lei penal, assim como nem todo bem jurídico-penal encontrará abrigo expresso na Constituição para que esteja legitimado (LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2000, ano 1, n. 0, p. 228), fazendo que a Constituição incida como autêntica bússola no processo de orientação do legislador quanto aos bens merecedores de tutela penal, operando como um “índice primário, ainda que não exclusivo”, da valia do objeto (DOLCINI; MARINUCCI, 1994, 197-198).

Portanto, temos como correta a síntese de Faria Costa (1992, p. 647) de que o “quadro dos bens jurídicos penalmente tuteláveis não tem de ser estaticamente definido por um texto constitucional”. Afinal, apesar dos vínculos irrenunciáveis, caso figurasse

como um escrito rígido de política criminal, a Constituição poderia deixar de ser um instrumento básico regulador da convivência democrática e pluralista, para se transformar num programa político de ideologia (CARBONELL MATEU, 1999, p. 84), enfraquecendo seus valores basilares para postar-se a serviço do poder estatal, em franco prejuízo dos fundamentos maiores que repousam na raiz do seu poder de constituir e amalgamar as ordens jurídica e social.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. **Lei nº 7.170**, de 14 de dezembro de 1983.

BRASIL. **Lei nº 7.716/89**, de 5 de janeiro de 1989.

BUSTOS RAMIRÉZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MARARÉE, Hernán. **Lecciones de Derecho Penal**. Parte General. Madrid: Trotta, 2006.

CANOTILHO, J.J. GOMES. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina. 2003.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. **Derecho Penal: Concepto y Principios Constitucionales**. Valencia: Tirant lo Blanch Alternativa, 1999.

CARVALHO, Márcia Dometila. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: SAFE, 1992.

COSTA, José de Faria. **O Perigo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra, 1992.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e Crime. Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **A Constituição do Crime. Da Substancial Constitucionalidade do Direito Penal**. Coimbra: Coimbra, 1998.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado: Comentários à Nova Lei sobre o Crime Organizado: Lei nº 12.850/2013**, 2. ed., Salvador: Jus Podivm, 2014.

D'AVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios**. Contributo à Compreensão do Crime como Ofensa ao Bem Jurídico. Coimbra: Coimbra, 2005.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: RT, 1999.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **La Racionalidad de Las Leys Penales**. Madrid: Trotta, 2003.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e Escolha de Bens Jurídicos. In: **Revista Portuguesa de Ciências Criminais**. n. 4, 1994.

ESSADO, Tiago. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. Porto Alegre: SAFE, 2008.

FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal. A Dupla Face da Proporcionalidade no Controle das Normas Penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERRAJOLLI, Luigi. Democracia Constitucional y Derechos Fundamentales. La Rigidez de la Constitución y sus Garantías. In: **La Teoría del Derecho en el Paradigma Constitucional**. Madrid: Fund. CJE, 2008.

FLACH, Michael Schneider. A Estreita Vinculação entre Direito Penal e Constituição. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**. Porto Alegre, Ano 10, n. 18, p. 201-233, 2010.

FLACH, Michael Schneider. A Relação entre Bem Jurídico-Penal e Constituição. In: **Revista Sistema Penal e Violência**. Porto Alegre, v. 2, n. 1, p. 45-63, jan./jun. 2010.

FLACH, Michael Schneider. **As Duas Faces do Princípio da Proporcionalidade e as Normas Penais: Entre a Proibição do Excesso e a Proibição da Proteção Deficiente**. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais), Faculdade de Direito PUCRS, Porto Alegre, 2009, 261f. Orientador Prof. Dr. Fábio Roberto D'Ávila.

FRANCO, Alberto Silva. Tortura. Breves Anotações sobre a Lei 9.455/97. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, ano 5, n. 19, jul./set. 1997.

GARCIA, Baileu. **Instituições de Direito Penal**. v. 1, T. I, São Paulo: Max Limonad, 1951.

GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio; BIANCHINI, Alice, **Direito Penal. Introdução e Princípios Fundamentais**. São Paulo: RT, 2007.

GOMES, Mariângela Gama M. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: RT, 2003.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados Expressos de Criminalização e a Proteção dos Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

HÄBERLE, Peter. **Jurisdição Constitucional como Força Política. Justiça Constitucional Pressupostos Teóricos e Análises Concreta**. Org.: TAVARES, André Ramos, Belo Horizonte: Fórum, 2007.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. Porto Alegre: SAFE, 2005.

JIMÉNES DE ASÚA, Luis. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo II, Buenos Aires: Losada, 1950.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. La Proporcionalidad de La Norma Penal. In: **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, Porto Alegre: CEIP, ano 1, n. 0, maio/ago. 2000.

LOPERA MESA, G. P. **Principio de Proporcionalidad e Ley Penal**. Madrid: Centro Est. Pol. Constitucionales, 2006.

LOPES, Maurício Ribeiro. **Princípios Políticos do Direito Penal**. São Paulo: RT, 1999.

LUIZI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: SAFE, 2003.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. v. 1, Campinas: Bookseller, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las Bases del Derecho Penal**. Montevideo - Buenos Aires: Bdef, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17. ed., São Paulo: Atlas, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 7. ed., São Paulo: RT, 2013, 2 v.

PALAZZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Porto Alegre: SAFE, 1989.

PINHO, Rodrigo C. Rebello, **Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2008.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. **Bien Jurídico en el Derecho Penal**. Sevilla: Universidad Sevilla, 1974.

PRADO, Luis Regis. **Bem Jurídico e Constituição**. São Paulo: RT, 1997.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **El Constitucionalismo de los Derechos**. In: **Teoría del Ne-  
oconstitucionalismo Ensayos Escogidos**. Org. CARBONELL, Miguel, Madrid: Trotta,  
2007.

REALE JR., Miguel. **Instituições de Direito Penal**. v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ROTHEMBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: SAFE,  
2003.

ROXIN, Claus. **¿Es la Protección de Bienes Jurídicos una Finalidad del Derecho Pe-  
nal? In: La Teoría del Bien Jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal  
o Juego de Abalorios Dogmático?** Org.: HEFENDEL, Roland; HIRSCH, Andrew von;  
WOHLERS, Wolfgang, Madrid: Marcial Pons, 2007.

ROXIN, Claus. **A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal**. Organi-  
zação e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomoli, Porto Alegre: Livraria do  
Advogado, 2006.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Te-  
oría del Delito**. T. I, Trad. Luzón Penã, et al., Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. Lisboa: Vega, 1993.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livra-  
ria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição do Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. In: **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. n. 4, p. 317-66, 2004.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Coletânea Original. Org. e Introdução: MARTINS, Leonardo; Monte-  
video: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. Da Proibição de Excesso (Übermassverbot) à Proibição de Proteção Deficiente (Untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, n. 2, Porto Alegre: IHJ, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. Inconstitucionalidade (Parcial sem Redução de Texto) da Lei dos Juizados Especiais Criminais Federais. In: **Revista do Ministério Público**. Porto Alegre, n. 47, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lênio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e Constituição. A Legitimidade da Função Investigatória do Ministério Público**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TOVIL, Joel. **A Nova Lei dos Crimes Hediondos Comentada: Aspectos Penais, Processuais e Jurisprudenciais** (na reforma das leis 8.930/94, 9.677/98, 9.695/98 e 11.464/2007). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

WOHLERES, Wolfgang. **Las Jornadas Desde la Perspectiva de un Escéptico del Bien Jurídico**. In: **La Teoría del Bien Jurídico**. op. cit., Org.: HEFENDEL; HIRSCH; WOHLERES, Madrid: Marcial Pons, 2007.

# O “QUARTO DE LOCKE”: REFLEXÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE PENAL DECORRENTE DE OMISSÕES

José Alexandre Zachia Alan

Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

“O que depende de nós para ser feito, também depende de nós para não ser feito.”

Aristóteles.

## RESUMO

O objetivo deste escrito é tratar do modelo de responsabilidade penal omissiva a partir de questionamento relacionado ao fundamento da responsabilidade por conceito moral. Desafia-se, num primeiro termo, a fundação da filosofia moral assentada em premissa lançada por Locke, para, ao depois, tratar do desconforto gerado por se levar tal compreensão às últimas consequências na seara penal. O método para tal abordagem é contrapor duas situações em que se teria a responsabilidade de sujeito ativo que praticou conduta inicialmente geradora de risco, mas que, por conta de contraposição pontual, há anulação dos pressupostos tradicionalmente estabelecidos para a punição.

## APRESENTAÇÃO DO CASO

O caso que anima essa reflexão é o seguinte: há determinada criança severamente doente cujos cuidados estão entregues exclusivamente a seu pai. Sua enfermidade reclama a administração diária, de tantas em tantas horas, de medicamento específico para que não venha a falecer.

Depois de grandíssimo tempo nessa rotina, o pai, a quem chamarei de A, resolve dar cabo da vida de seu filho. É que o sofrimento já se fazia significativo e entendeu fosse o caso de permitir que o menino falecesse. Colheu opiniões dos médicos responsáveis e estes lhe disseram que a simples não administração do remédio em uma única oportunidade resultaria na morte, o que se daria de forma indolor. Então, na ocasião predeterminada,

justo numa madrugada em que o sono teria de ser interrompido para a administração do remédio, o pai foi ao seu quarto e deitou-se para dormir, decidido a, naquela noite, não se levantar. Passada a noite, A despertou, foi até o quarto do filho e o encontrou morto. Havia-se produzido o resultado que planejara.

Acontece que nessa mesma noite houve fato que lhe passara despercebido. É que B, amigo de longa data de A, sensibilizado pelo sofrimento do pai e do filho, também resolveu dar cabo da vida do menino. De modo a executar seu plano, após perceber que A se encaminhara ao seu quarto, tratou de chavear a porta do aposento. Assim procedeu a que o pai, quando levantasse para administrar o remédio salvador, não conseguisse sair de seu quarto. Na manhã seguinte, B, mesmo antes de A acordar, assegurou-se de que o menino morreria e dirigiu-se até a porta do quarto, destrancando-a.

Para que o exemplo possa servir a ilustrar os conceitos que pretendo examinar, há de se partir do pressuposto, primeiro, de que não havia combinação entre A e B para as condutas descritas. Ademais, há de se ponderar que a única saída possível de A do quarto seria por meio da porta chaveada.

## **A RESPONSABILIDADE DE A**

O caso deste texto consta de vários livros que tratam de filosofia e de direito penal, tendo sido batizado de "Quarto de Locke". Detive-me acerca de seus contornos depois de encontrá-lo no livro da professora Fernanda Palma ( 2005, p. 78 ). Na verdade, seu nome deriva de ideia inicial lançada pelo filósofo inglês acerca dos contornos da liberdade. Locke perguntava-se se determinado sujeito encarcerado em um quarto sem condições de sair e que tivesse tomado a decisão espontânea de ali permanecer seria verdadeiramente livre. Ou seja, indagava-se se para a conceituação de alguém por "livre" bastava a convicção pessoal de que determinado ato ou omissão haveria de ser praticado ou se a isso haveria de se acrescer a possibilidade física da realização da conduta pretendida (LOCKE, 2010, p. 314), fosse comissiva ou omissiva.

Locke conclui que a liberdade por atributo humano depende da dupla verificação. De acordo com seu pensamento, para que se diga que determinada conduta, comissiva ou omissiva, é fruto da liberdade humana, há de se verificar o envolvimento anímico do sujeito, vertido no convencimento da necessidade da prática de determinada conduta, e a efetiva exteriorização desse convencimento para o mundo físico, traduzindo-se, ao menos,

numa possibilidade material efetiva de que seja realizada.

Essa compreensão é simples ao se manejar com crimes ou mesmo condutas de caráter comissivo e com as responsabilidades moral e penal decorrentes. Vale dizer, não há mesmo dúvida acerca da inexistência de conduta livre direcionada a matar se a simples intenção não se traduzir na ação material direcionada à produção do resultado morte.

Ainda mais. É também bastante seguro, salvante raras objeções históricas, que a não produção completa do resultado desejado há de importar responsabilidade mitigada. Ou seja, caso determinado sujeito, por circunstâncias alheias à sua vontade, não consiga completar seu intento criminoso, a pena que se lhe há de aplicar deve ser diminuída, mesmo que do ponto de vista da volição não haja diferença entre o crime completo e o incompleto.

Quero dizer com isso que, mesmo nos crimes tentados de homicídio, por exemplo, em que a morte não se produziu por especial resistência da vítima ou por erro de pontaria do autor, não há dúvida de que a pena há de ser menor do que nos casos das mortes consumadas. E isso se dá mesmo que reconhecida a circunstância de que do ponto de vista anímico não há diferença entre o sujeito que dispara a matar e consegue o resultado e aquele que pratica fato idêntico, mas o resultado simplesmente não acontece.

Do mesmo modo, há de se apontar para os casos de punibilidade de tentativas inidôneas<sup>1</sup>, ocorrentes em diversos ordenamentos jurídicos continentais.<sup>2</sup> Falo da possibilidade de aplicação de pena mesmo nos casos em que determinada tentativa não alcança sua finalidade por força de meios inidôneos, mas que, segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, podem ser categorizados por equivalentes a atos de execução geradores de algum perigo ao bem jurídico tutelado.<sup>3</sup>

Por derradeiro, há de se apontar que a evolução dos conceitos da teoria da imputação objetiva serviu a colocar pá de cal por sobre o assunto. É que não mais se faz possível admitir tenha ocorrido conduta penalmente relevante se não verificada a produção de risco juridicamente proibido. Há de se notar, pois, que já não mais se fala da simples produção de risco, mas de um risco especialmente destacado, a ultrapassar patamar mínimo de aferição.

---

1 Por todos, menciona-se o artigo 22, nº 2, “c”, Código Penal Português.

2 Não é demais recordar que tal distinção é estranha ao direito penal brasileiro. É que, em havendo qualquer sorte de inidoneidade do meio escolhido para a prática do crime, a solução preconizada é a do artigo 17, Código Penal.

3 O exame desse tema certamente extravasa em muito os limites deste escrito. De toda a sorte, remete-se o leitor às conceituações lançadas por MIR, José Cerezo. Obras Completas I, Derecho Penal, Parte General. 1ª edição brasileira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 1.062.

Convém destacar, aliás, que parte da doutrina estabelece por critérios a capacidade do domínio do processo causal e a intangibilidade do risco gerado para excluir da apreciação do direito penal a exteriorização de determinadas volições. Outro segmento ocupa-se de apontar, simplesmente, a necessidade de que desprezados riscos gerados que sejam irrelevantes.<sup>4</sup> De toda e qualquer forma, essa enumeração de pensamentos busca apenas apontar o avanço ocorrido na doutrina penal no sentido de normatizar a prática da conduta e a produção do resultado, de modo a que, distanciando-se do finalismo, essas aferições deixem de ser mera apreciação de acontecidos naturais.

Feitas essas primeiras anotações, é certo apontar que, se para as condutas comissivas a ideia de que a simples volição é insuficiente a justificar a responsabilização penal é de aceitação fácil, não se obtém a mesma concordância ao se estudar a prática de condutas omissivas.

Isso se deve, ao que parece, às diferenças evidentes que existem entre as construções dos vínculos de responsabilidade estabelecidos para ambos os casos. É que se, por um lado, no caso das condutas comissivas cuida-se de determinar a vinculação entre conduta e resultado a partir de observação de processo naturalístico especialmente qualificado a partir do preenchimento de determinados requisitos normativos, no que concerne à conduta omissiva, está-se diante de vínculo de responsabilidade construído única e exclusivamente por meio de balizas de caráter normativo.

Ou seja, nos casos em que se imputa determinado homicídio por comissão a um sujeito, é bastante simples aferir o nexos causal naturalístico, requisito que se faz comprovar a partir de estudo das minudências do fato, de seus contornos e das demais circunstâncias que o cercam. Então, mesmo sem que se recorra a qualquer conceito jurídico, é bastante simples, ao menos no mais das vezes, apontar a relação de nexos entre o tiro disparado e a morte ocorrida.

No caso das omissões, considerando-se se estar diante de nexos causal normativo, a aferição do "algo mais" a qualificar a volição se dá a partir de outras bases. Na verdade, o tal "algo mais" não se faz refletir na verificação física de um determinado acontecido, mas depende de que se afira se era possível ao agente se comportar como a norma determinara e, ainda, se a conduta determinada pela norma naquela circunstância especial tinha a capacidade mínima de evitar a geração de perigo ou o resultado proibido caso fosse praticada.

Em outras palavras, enquanto nos homicídios por comissão a morte é produzida a partir de ação direta partida do autor do crime, que alveja a vítima com arma de fogo ou

4 Por todos, Luis Greco.

dá-lhe golpe mortal com uma faca, nos homicídios por omissão a morte se dá por acontecidos que, do ponto de vista naturalístico, em nada se relacionam com o sujeito ativo ou com sua conduta. Com efeito, a inação do agente ativo somente se torna juridicamente relevante a partir de qualificação que a lei atribui a tal ausência de comportamento. Isso se dá, como cediço, mediante a imposição de deveres gerais de ação – como no caso do crime de omissão de socorro, artigo 135, Código Penal brasileiro – ou por força do reconhecimento de determinada vinculação do agente ativo com a vítima ou com a produção do risco, o que lhe faz responder por crimes cuja estrutura original se vaza na comissão – crimes comissivos por omissão, vínculo de “garante” do artigo 13, § 2º, alíneas “a”, “b” e “c”, Código Penal.

Superadas essas explicações, há de se fazer o destaque do ponto principal deste pequeno escrito. Não raramente se vê nos trabalhos produzidos acerca de direito penal e mesmo nas lides forenses a ideia de que a responsabilidade omissiva por crimes comissivos ou mesmo a responsabilidade criada pelos tipos omissivos próprios consiste em simples reprodução da estrutura da responsabilidade comissiva com sinal trocado. Falo da noção de que tudo o que se construiu, especialmente acerca do nexos causal, para a responsabilidade comissiva haverá de bem servir à responsabilidade omissiva, bastando se faça breve adaptação dos exemplos e dos paradigmas.<sup>5</sup>

Acontece, contudo, que esse emparelhamento de raciocínios constitui desserviço à compreensão das balizas da responsabilidade por crimes omissivos, tudo como se apontará em seguida.

Veja-se, por primeiro, que nos crimes comissivos, a verificação de determinada conduta positiva serve a referendar a ideia de que a prática ilícita pretendida pelo sujeito ativo e reprovada pela norma ultrapassou a sua esfera moral. Ou seja, a prática positiva e aferível da conduta proibida garante que o agente ativo adiantou-se para além de sua intencionalidade e, fazendo uso de sua liberdade, violou a norma jurídica e mesmo o comando ético subjacente.

Não é demais apontar que, a despeito de a afirmação acima parecer singela, a migração de determinada intencionalidade ou de acontecidos íntimos de determinados agentes para condutas que traduzam atuação livre e viabilizem a responsabilização é tema interessantíssimo e que, nos dias atuais, se cinge de especial relevância. Falo, muito especialmente, dos crimes cometidos no contexto dos grandes aparatos de poder ou mesmo

5 Para interessante retrospecto das construções teóricas acerca da responsabilidade omissiva, recomendo a leitura de LISZT, Franz Von. Tratado de Direito Penal Alemão. Campinas: Editora Russel, 2003, pp. 230 e ss.

no seio de grandes organizações criminosas, construções funcionais em que não raro se faz difícil saber de qual agente partiram as ordens a que determinada conduta fosse praticada e, mesmo, se a intencionalidade chegou a ser vertida em exteriorização a que o crime fosse cometido.

De volta ao giro original, é mesmo evidente verificar que o "teste" de liberdade apontado para os crimes comissivos, qual seja, verificação da prática de uma conduta positiva que transcenda a mera intencionalidade, não há de servir para os casos dos crimes omissivos. É que nesses últimos a norma não proíbe conduta, mas ordena determinada prática. Então, a transcendência da intencionalidade a revelar verdadeira liberdade haverá de ser percebida a partir de outro modelo.

Para tanto, há de se atentar que para a identificação da ocorrência de conduta livre de abstenção deve-se recorrer a observações distintas das que servem às comissões. Refiro, por primeiro, que se há de aferir se a abstenção foi animada por intencionalidade. Ou seja, deixarei de fazer algo porque assim minha intencionalidade comanda. A partir desse apontamento, excluem-se da categoria das condutas omissivas livres e penalmente relevantes, por exemplo, a atitude do médico de não ir a determinado quarto para atender determinado paciente se não sabia que o doente necessitava de tratamento ou auxílio. Ao depois, de se convir que a abstenção imediata deve se relacionar com determinada conduta que há de ser fisicamente possível ao autor da conduta. Daí se vê que determinado homem não pratica conduta omissiva livre de, por exemplo, voar com suas próprias forças até a lua,<sup>6</sup> mesmo que diga jamais ter tido desejo de desplantar seus pés da terra.

Em não se levando tais distinções suficientemente a sério e seguindo-se o reflexo comum de, simplesmente, trazer para a discussão da responsabilidade omissiva a verificação óbvia traçada no espaço da responsabilidade comissiva, não raros serão os que apontarão para a responsabilidade do agente mesmo sem que realizado teste de liberdade. No caso deste escrito, falo dos que apontarão a responsabilidade de A mesmo tendo sido trancafiado em seu quarto por B sem seu consentimento.

Os argumentos aviados a tanto são objeto de discurso colorido por algum tom de obviedade. Principia-se pela aferição de que a vítima de fato veio a morrer de sua doença, dado que não recebeu o medicamento que lhe era indicado. Ao depois, é certo e indiscutido que a posição do pai se ajusta por luva à hipótese do artigo 13, § 2º, letra "a", Código Penal, sendo que tinha a responsabilidade de administrar o remédio. Por último, caso se

6 Passa-se ao largo de toda a discussão interessantíssima acerca de Liberdade e Culpa no Direito Penal. Acerca do tema, recomenda-se DIAS, Jorge de Figueiredo. Liberdade, Culpa, Direito Penal. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

venha a transportar simplesmente o paradigma das comissões para estes casos, bastará se ver que o pai, A, nada fez no correr da noite deliberadamente a alcançar o medicamento ao seu filho, o que coroa a solução a dar pela responsabilidade.

O ponto, contudo, está justamente nessa última verificação. É que a conduta de fato criminalizada consiste na omissão não apenas voluntária, mas livre, da prática de determinada omissão. Vale dizer, não chega desejar a abstenção proibida. É preciso que o agente seja livre para a abstenção, tudo a que o vínculo necessário à responsabilização penal se preencha adequadamente, conceito que há de ser compreendido pelo conjunto de atributos relacionados a que se afirme possível ao agente o comportamento de acordo com o comando normativo ou moral. E caso ainda haja alguma dúvida, é bastante certo que não haverá os que pretendam a criminalização por omissão de socorro do tetraplégico que se encontrava às margens da piscina na ocasião do afogamento da vítima. É que para tal pessoa a ação era mesmo impossível, sendo que para a conclusão pela inexistência do crime omissivo pouco importa que o tetraplégico muito quisesse salvar a vítima ou, mesmo, que se ocupasse de comemorar intimamente a morte do afogado porque seu desafeto.

E se tal perspectiva parece bastante óbvia, impõe-se reflexão para saber qual a diferença entre o caso do tetraplégico e o que se examina nesta altura, do pai trancafiado num quarto. Em outras palavras, é de se indagar se faz sentido oferecer tratamento diferenciado às impossibilidades de ação que decorrem, digamos assim, de uma situação existencial relacionada ao indivíduo, caso do tetraplégico, e outras situações de impossibilidade pontualizadas, especialmente as que não se relacionam diretamente com a capacidade pessoal do indivíduo, caso do “Quarto de Locke”. Com efeito, não há parâmetro distintivo viável que seja vazado em critério ético válido, motivo pelo qual há de se ver ambas as impossibilidades por idênticas.

Ainda a buscar possível fundamentação para a responsabilidade de A, convém examinar a construção teórica batizada de *omissio libera in causae*. Falo de caso no qual o agente ativo do delito, deliberadamente, se coloca em situação na qual a conduta determinada pela norma se faz impossível. A hipótese clássica apontada pela doutrina<sup>7</sup> é a conduta do responsável pelo direcionamento de determinado trem num cruzamento que, decidido a causar desastre que venha a custar a vida de muitas pessoas, toma potente sonífero e se coloca em condição de completa incapacidade de atender seu dever de regular o tráfego por ocasião da vinda de dois trens, o que resulta na colisão fatal pretendida.

---

7 Por todos, novamente LISZT, ob. cit., p. 268.

Antes de mais nada, e especialmente porque este escrito se insere no contexto brasileiro, é preciso apontar distinção sobremaneira importante. É que para a maciça maioria da doutrina brasileira a teoria da *actio libera in causa* se define de modo absolutamente distinto do que para os doutrinadores dos restantes sistemas continentais. Com efeito, em termos brasileiros, a menção à teoria em questão remete à construção de mecanismo de responsabilidade a alcançar os que praticaram fatos típicos e se encontravam em estado de incapacidade momentânea que decorra de embriaguez voluntária ou mesmo culposa.<sup>8</sup>

Para o restante da doutrina dos sistemas continentais, a *actio libera in causa* serve somente a justificar a responsabilização dos que intencionalmente se colocaram no estado de embriaguez ou incapacidade para a prática de determinado crime.<sup>9</sup> Com efeito, as hipóteses de fatos praticados no correr de estado de embriaguez não predeterminada para o ilícito reclamam enfrentamentos distintos e não abarcados pela construção da teoria em testilha.<sup>10</sup>

Realizada essa primeira explicação, tenho de confessar que a invocação da *omissio libera in causa* é uma das soluções mais interessantes que me foram apresentadas para o problema do “Quarto de Locke” no correr das muitas vezes em que o apresentei a interlocutores. A ideia da invocação da teoria se estabelece na medida em que a construção doutrinária, conforme mencionou Jeschek (2002)<sup>11</sup>, aponta para verdadeiro “reco” da aferição da responsabilidade nos casos em que o agente se colocou preordenadamente numa situação de incapacidade de atender seu dever de evitação do mal. Em outras palavras, seria como se tivesse de ver a conduta criminosa não no exato momento em que se omite o fazer ordenado pela norma, mas na ocasião em que o agente se coloca numa situação em que o cumprimento posterior do dever lhe seja impossível.

No caso do exemplo que tratamos, imaginemos que A, já decidido a deixar seu filho à míngua e sem o remédio necessário, tenha desligado seu relógio despertador e

8 Apenas à guisa de ilustração, colaciona-se: “Segundo a exposição de motivos do CP de 1940, endossada por Hungria, adotou-se quanto à embriaguez a teoria da *actio libera in causa*, segundo a qual não deixa de ser imputável quem se pôs em situação de inconsciência ou incapacidade de autocontrole, dolosa ou culposamente (em relação ao fato que constitui o delito), e nessa situação comete o crime.” (MIRABETTE, 1980, p. 219).

9 “La cuestion de si el autor es o no inculpable se refiere al momento del hecho (§ 20: ‘em la comisión del hecho’). Una excepcion em este punto que, aunque no reglada legalmente, es reconocida por el Derecho consuetudinario, viene a ser la *actio libera in causa*. Bajo la misma se comprende aquele comportamiento cuya realización se decide em una situación en la que se posee capacidade de culpabilidade...” (JESCHEK e WEIGEND, 2002, pp. 478).

10 O problema da prática de crime em estado de embriaguez não preordenada é resolvido no ordenamento jurídico português com a figura do artigo 295, Código Penal, assim redigido: “1 - Quem, pelo menos por negligência, se colocar em estado de inimputabilidade derivado da ingestão ou consumo de bebida alcoólica ou de substância tóxica e, nesse estado, praticar um facto ilícito típico é punido com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa até 600 dias. 2 - A pena não pode ser superior à prevista para o facto ilícito típico praticado.”

11 Nota acima.

tenha deixado de tomar as demais providências que regularmente tomava a acordar na hora apropriada para a administração do remédio. Então, aos defensores dessa teoria, a prática penalmente relevante se dera em momento anterior à própria administração do medicamento, o que justificaria a aplicação de punição. Não fosse isso bastante, reclamam analogia à circunstância de impossibilidade de A por haver, por exemplo, consumido o mesmo sonífero potente mencionado no exemplo do operador do trem, situação na qual há unanimidade a apontar a responsabilidade do embriagado.

A despeito de respeitar a inteligência do raciocínio, tenho não seja convincente. É que nos de *omissio libera in causa*, a impossibilidade de atendimento do dever decorre justo da ação do agente ativo. Vale dizer, o responsável pelo *facere* se acha impedido de cumprir com a obrigação que a lei lhe determina justo por conta de sua própria atuação anterior e impossibilitadora. Tudo muda muito de figura se as razões da impossibilidade vão acrescidas de circunstância externa, alheia à vontade do agente, de modo que mesmo tenha o agente suprimido intencionalmente sua capacidade de atender o dever reclamado pela norma, ainda assim não seria capaz de se comportar de acordo com o devido.

Ao que parece, o recurso à teoria da *omissio libera in causa* de algum modo se orienta por desvalor que se vê apenas a partir do desejo do agente ativo de não cumprir com sua obrigação, o que resultaria na morte proibida. Todavia, de modo a escapar do óbice gerado pelo impedimento de se comportar conforme a norma decorrente da ação externa, comportamento de B, lança-se mão do recurso do “recuo” da aferição do comportamento. Todavia, o problema a tratar é verdadeiramente outro.

Falo da circunstância de que o nexo causal dos acontecidos, sejam comissivos ou omissivos, há de ser aferido no momento exato da abstenção ou da ação, normativo para o primeiro e causal para o segundo, mesmo que eventualmente se recorra à teoria da *actio libera in causa* para explicar a voluntariedade racional ligada ao fato típico nos casos de incapacidade autoinduzida. Caso assim não seja, haverá de se reclamar punição para o operador do cruzamento dos trens que se embriagou para não cumprir as suas obrigações ainda que comprovado o entrave do mecanismo de redirecionamento dos vagões por circunstâncias alheias à sua vontade. Ou seja, haveria de se converter a *omissio libera in causa* em caminho para a responsabilização do que se colocou incapacitado previamente ainda que o comportar-se de acordo com a norma lhe fosse impossível mesmo não tivesse incapacitado. Então, tal resposta ao problema parece de todo inadmissível.

Feitas todas essas ponderações, parece certo afirmar que não há modo de se cons-

truir vínculo de responsabilidade pela morte da vítima que venha a alcançar A, mesmo que tenha desejado o resultado e praticado omissão voluntária de comportamento que lhe era determinado, porquanto, repito, o comportamento de acordo com a norma não lhe era fisicamente possível.

## DA RESPONSABILIDADE DE B

De modo a examinar a responsabilidade de B, a primeira pergunta a responder é a ver se os comportamentos praticados pelo agente ativo em questão – dirigir-se até a porta do quarto de A e trancá-la – se amoldam à forma comissiva ou à forma omissiva da prática de conduta que venha a importar para o direito penal.

É de se ver, num primeiro termo, que a construção dos conceitos de “fazer” e “não fazer” são relativamente simples no contexto do direito. Com efeito, os fazeres são as condutas de intervenção e de dispêndio de energia a que algo venha a acontecer, sendo que os não fazeres se caracterizam por retenção de energia de modo a não alterar o rumo de determinados acontecidos (ROXIN, 2004, p. 169).

Acontece, contudo, que não raramente os “fazeres” se convertem na prática de crimes omissivos e os “não fazeres” traduzem a prática de crimes comissivos. No que concerne à derradeira hipótese, basta se veja tudo o que foi escrito no capítulo acima, ocasião em que se apontou para a possível prática de crime de homicídio, tradicionalmente comissivo, por meio de omissão. Conforme mencionado, os “não fazeres” servem aos crimes comissivos nos casos preestabelecidos das posições de garante.

Por outra parte, a doutrina identifica pelo menos três hipóteses nas quais a prática de condutas positivas podem ser relevantes para a prática de omissões. A uma, fala-se da instigação realizada por determinado sujeito, conduta evidentemente ativa, a que outrem venha a se omitir de conduta devida. É o caso do sujeito que instiga outro a, por exemplo, não prestar socorro a determinada pessoa que se acha em risco. A segunda hipótese para tratar é o caso do sujeito que opera ativamente para interromper conduta sua anteriormente iniciada e que consistia no cumprimento de determinado dever jurídico. Digamos, à guisa de exemplo, que determinado médico tenha postado carta para informar o diagnóstico de doença cuja notificação é obrigatória.<sup>12</sup> Contudo, após entregar a carta, arrependido, trata de abordar o carteiro um tanto mais adiante para que este lhe devolva o

---

12 No caso brasileiro, a tipificação do crime em questão se encontra no artigo 269, Código Penal, e tem o nomen juris de “omissão de notificação de doença”. A redação do tipo é a seguinte: Art. 269 - Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

envelope. É certo que tal conduta, a despeito de consistir inequívoco facere, se traduz em elemento do tipo omissivo em questão. O terceiro grupo é integrado por aquelas condutas dos sujeitos que interferem ativamente a que haja omissão de terceiro. É o caso do sujeito que em avistando a vítima se afogando, impede o salva-vidas de atirar-se ao mar para salvá-la, trancando-o, por exemplo, no interior da guarita.

Dessas possibilidades é evidente que a terceira é a mais assemelhada ao caso do “Quarto de Locke”. É que B agiu de modo a impedir houvesse a ação salvadora de A, consistente na administração do remédio. Na verdade, ao que me parece, a chave para a solução de casos como o presente, a ver se o fazer em questão há de ser enfrentado por conduta comissiva ou omissiva advém do estudo acima mencionado do nexo causal por categoria do ilícito. Conforme sublinhei alhures, nos crimes comissivos a conduta desfecha um processo natural que redundará na produção do resultado. Retorno, a tudo ilustrar, ao exemplo do homicídio por arma de fogo, no qual a morte é resultado direto do projétil que alcança a vítima.

Nos casos em questão, seja o do salva-vidas ou do “Quarto de Locke”, os fazeres de trancar o salvador na guarita ou trancafiar a porta do quarto do pai em nada interferem nalgum processo lógico-causal naturalístico relacionado à morte da vítima. Então, a produção do resultado somente pode ser ligada à conduta por meio de nexo causal normativo, depreendido de determinados deveres de agir que advém da lei, característica a nos remeter para a inserção de tais condutas nalgum tipo omissivo.

Antes de prosseguir, porém, há de se realizar dois destaques. O primeiro vai ao sentido de que fronteira entre condutas comissivas e omissivas não é possível de ser desenhada com precisão matemática, havendo de se atentar para o caso a caso de modo a que se possa caracterizá-la definitivamente.

Ao depois, é certo que existem muitos casos nos quais a interferência na ação de terceiro direcionada a salvar poderá vir a constituir também um fazer e importará reconhecimento de crime comissivo. A tudo exemplificar, trago a situação de determinada vítima que estava a se afogar e recebeu uma boia arremessada por um determinado salvador. Se o agente ativo do delito, após o arremesso da boia e a vítima estiver a nadar em sua direção, trata de arrancá-la d’água e, assim, impede seja alcançada pelo afogado, se está diante, evidentemente, de crime comissivo. É que nesse caso particular, a intervenção do agente ativo – retirar a boia – serve por intervenção em processo causal já iniciado para o salvamento. Ou seja, há ofensa direta ao bem jurídico tutelado dado que se suprime pos-

sibilidade de salvamento que já se realizava.

Muito bem. Estabelecido que os “fazeres” de B não contribuiriam naturalisticamente para o resultado morte e tampouco interromperiam ação salvadora que já alcançara a esfera da vítima conclui-se que sua conduta somente pode se ajustar a alguma forma de omissão. Resta examinar, então, se há forma de crime omissivo que possa ter aplicação ao caso.

O primeiro reflexo do intérprete é buscar encontrar forma de garante a vincular B ao resultado morte, de modo a que se lhe possa imputar crime de homicídio doloso por omissão, infração tradicionalmente comissiva, mas que por força do determinado no artigo 13, § 2º, Código Penal<sup>13</sup>, faz que algumas formas de omissão possam ser relevantes. Para o “Quarto de Locke”, de logo se exclui a possibilidade de garante do item “a”, dado que B não tinha qualquer sorte de obrigação legal de vigilância, cuidado ou proteção com relação à vítima. Também parece singelo concluir que não há assunção de responsabilidade de B a impedir o resultado, o que torna certa a exclusão da hipótese de relevância da omissão da alínea “b”.

Tudo há de ser examinado mais detidamente ao se estudar a possibilidade da alínea “c”, a saber da responsabilidade por omissão em função de comportamento anterior. Diga-se, por primeiro, que em situação diferente daquela que examinamos, na qual o pai houvesse de fato levantado e buscado administrar o remédio ao filho, mas que houvesse restado impedido de sair de seu quarto porque a porta fora trancafiada, há inequívoca responsabilidade de B. É que sua conduta gerou um risco para o bem jurídico, advindo de o pai não haver conseguido dar o remédio à vítima, risco, aliás, que se realizou com a consumação do resultado morte.

Todavia, no caso do “Quarto de Locke” tudo há de ser visto de modo diferente. É que como A estava decidido a não atender a vítima e de fato não se levantou para administrar o remédio, B não gerou risco algum. Ou seja, o bem jurídico tutelado, vida do doente, não se submeteu a nenhuma sorte de acréscimo de risco por força da conduta de B.

Convém recordar que o risco a aferir a partir da omissão há de ser balizado por critério de realidade. Ou seja, nada servem os argumentos de que o pai poderia eventualmente mudar de ideia e se levantar durante à noite. O fato é, insisto, que o pai não se levantou e, portanto, a conduta de B não gerou qualquer sorte de risco ou mesmo de piora

13 Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. (...) § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado

na situação do bem jurídico tutelado.

A esse respeito, impõe-se destacar a opinião da corrente funcionalista a sustentar que somente há imputação possível nos casos em que gerado perigo ao bem jurídico a partir da conduta criminal verificada, mesmo que a parcela subjetiva do comportamento se apresente de modo completo.<sup>14</sup> Ademais, há de se aferir a realização do perigo no resultado concreto alcançado.

Ademais, ainda que se adira às críticas endereçadas às teorias funcionalistas, há de se recordar que no caso do “Quarto de Locke”, a causalidade é necessariamente normativa, mesmo se faça aproximação lançando mão unicamente dos instrumentos vazados na teoria finalista da ação. É que mesmo sob tal perspectiva, em que a causalidade dos fatos comissivos vai aferida por crivo naturalista e os dilemas de imputação são resolvidos por recurso à formatação do dolo, nos casos das omissões há recurso à normatização para a construção do vínculo de responsabilidade.

Ou seja, mesmo que se despreze o pensamento da teoria funcionalista, nos casos das omissões sempre se teve de manejar com aspectos normativos para a construção do nexos causal. Falo da circunstância de que em se estando diante de suposta omissão, haveria de se indagar dos conceitos normativos e não apenas da natureza a saber se determinado comportamento é relevante do ponto de vista penal para a produção do resultado.

Feitas essas observações, conclui-se preliminarmente que não há imputação possível do resultado de homicídio doloso a B por meio da utilização da posição de garante.

É que, como visto, o fato praticado não se insere em qualquer das balizas normativas que tornam o comportamento relevante por gerador de risco de modo que a omissão posterior possa ser apontada por causa do resultado proibido.

Em sendo tudo assim, resta imputar a B eventual crime omissivo relacionado ao não atendimento de dever geral de prestação de auxílio. Considerando o ordenamento jurídico brasileiro, falo de possível imputação que se lhe faça do artigo 135, Código Penal,<sup>15</sup> por ter tido conhecimento de que a vítima se encontrava em apuros e por não haver lhe prestado auxílio, mesmo que não tivesse qualquer sorte de relação com a geração do risco experimentado.

14 “Un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor há creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por um riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado em resultado concreto.” (ROXIN, 1997, p. 363).

15 Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.  
Parágrafo único - A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.

Essa solução não raramente é apresentada pelos que se veem confrontados com a solução desconfortável que a aplicação direta do sistema penal gera para o caso do “Quarto de Locke” – nem A nem B serão responsabilizados diretamente pela morte do doente. Todavia, a solução assim vazada traz também sua dose de desconforto. Num primeiro momento, porque desconsidera integralmente as condutas de A e de B para o efeito de criminalização. Ou seja, as condutas de se omitir diretamente praticada por A ou de trancafiar a porta praticada por B são relegadas a indiferentes penais na solução preconizada.

Depois, porque a solução, bem ou mal, não acarreta responsabilidade direta pela morte da vítima, mas se arrima em mero reclamo de responsabilidade por ausência de auxílio possível. Então, a pena a ser aplicada se mostra ínfima para a reprovabilidade que o conjunto de comportamentos denota.

Considerando-se o resultado morte, vê-se que a pena a ser aplicada a B por força do fato praticado oscilaria entre mínima de dois meses e máxima de um ano no contexto do ordenamento jurídico brasileiro. Então, está-se diante de hipótese em que lhe seria aplicável medida despenalizadora de transação penal<sup>16</sup> caso preenchesse os requisitos objetivos, livrando-se de tudo mesmo sem ser processado.

Por terceiro, há de se apontar que realizada pequena variante do exemplo estudado basta a evidenciar novamente o desconforto resultante da impunidade, excluindo a possibilidade de imputação do crime omissivo próprio a B.

Imagine-se que em vez de administrar determinado medicamento, a vítima necessitasse ser submetida a um procedimento específico – fisioterapêutico, v.g. – para que permanecesse vivo e que demandasse alguma sorte de treinamento a ser aplicado. No contexto de fato do exemplo modificado, apenas A possuiria o conhecimento suficiente para a aplicação da técnica, sendo que B não se fazia capaz de administrá-la. Ademais, pode-se incrementar o exemplo dizendo que todos os três personagens do caso – A, B e a vítima – se encontravam em local distante e não havia possibilidade de que B buscase qualquer sorte de socorro ao agonizante.

Estabelecida essa pequena modificação ao caso apresentado, torna-se à solução da

16 Art. 76, Lei nº 9.099/95: Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. (...) § 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado: I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

qual se pretendia escapar, na qual há impunidade de todos os envolvidos pela morte da vítima. Este, então, o paradoxo.

## CONCLUSÕES

Não é nenhum exagero afirmar que a conclusão do estudo de caso que se apresenta gera enorme desconforto aos que o enfrentam. É que, bem ou mal, havia dois sujeitos que desejaram a morte da vítima e operaram no máximo de suas forças a que o resultado proibido sucedesse. Todavia, não receberão pena ou mesmo reprovação pelo que praticaram. De fato, a genialidade do exemplo apresentado se estabelece justo em determinada particularidade de sua forma de construção. É que as condutas de A e de B constituem anulação simultânea dos riscos agregados à conduta de um e de outro. Ou seja, a omissão de A trata de anular o risco que eventualmente se faria gerar a partir da conduta de B, sendo que de sua vez, a conduta de B trata de anular o risco normativamente criado por força da omissão de A.

Depois de muito meditar acerca do exemplo trazido, tenho que a única forma de estabelecer responsabilidade de um e de outro ou mesmo de um ou de outro pela morte da vítima depende de reconstrução a abandonar o pensamento de Locke acerca da liberdade humana. Desnecessário dizer que tal circunstância transcende significativamente os limites do direito penal e invade o campo da filosofia moral.

Falo de eventual reconstrução da reprovabilidade dos comportamentos humanos que se vaza na circunstância de que somente pode ser categorizada por desviada a conduta que desatende o comando ético livremente, o que há de se entender por prática qualificada por intencionalidade e possibilidade de se comportar de acordo com a prescrição ética pertinente.

Em outras palavras, para além de abandonar modelo de compreensão da filosofia moral que se acha implantado na sociedade contemporânea definitivamente, cuida-se de reconstruir os mecanismos de responsabilidade de modo a reclamar reprovação para aquele que apenas teve a intenção do mal, mas que, de fato, não tinha possibilidade mesmo física de alcançar o comportamento de acordo com a norma ou que não gerou qualquer sorte de perigo ao bem jurídico tutelado. Ou seja, estar-se-á diante de um sistema de reprovação moral e jurídica balizado unicamente nas intenções. E esse é um preço que certamente não vale a pena pagar.

## REFERÊNCIAS

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, Culpa, Direito Penal**. 2. ed., Coimbra: Coimbra Editora, Coimbra, 1983.

GRECO, Luis. **Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva**. Lisboa: Editora da Associação Acadêmica da Faculdade de Lisboa, 2005.

JESCHEK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**. Parte General, 5. ed. Granada: Comares Editorial, 2002.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Campinas: Editora Russel, 2003.

LOCKE, John. **Ensaio Sobre o Entendimento Humano**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

MENDES, Paulo de Sousa. **Sobre a capacidade de rendimento da ideia de diminuição do risco**. Contributo para uma crítica à moderna teoria da imputação objectiva em direito penal. Lisboa: Editora AAFDL, 2007.

MIR, José Cerezo. Derecho Penal. In: **Obras Completas I, Parte General**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MIRABETTE, Julio Fabrinni. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral, São Paulo: Editora Atlas, 1980.

PALMA, Maria Fernanda. **O Princípio da Desculpa em Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 2005.

ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. **La Estructura de La Teoria del Delito**. Madrid: editora Civitas, 1997.

\_\_\_\_\_. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. 3. ed., Lisboa: editora Vega, 2004.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. São Paulo: Editora Del Rey, 2. ed., 2002.

# DIREITOS FUNDAMENTAIS E A NOVA LEI DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS - LEI Nº 12.850/13

Onofre José Carvalho Agostini  
Graduado em direito pela Universidade Federal de Santa Catarina,  
Promotor de Justiça/Coordenador do Centro de Apoio Opcional Criminal – MPSC;

Marcos Dagoberto Cardoso Delavi  
Graduado em direito pela Universidade do Vale do Itajaí,  
Assessor Jurídico do Ministério Público – MPSC;

Guilherme Brito Laus Simas  
Graduado em direito pela Universidade Federal de Santa Catarina,  
Técnico do Ministério Público – MPSC.

## RESUMO

O estudo em referência delinea e explicita, embrionariamente, as principais inovações trazidas pela Lei nº 12.850/13, dentre elas a evolução do conceito de organizações criminosas no ordenamento jurídico pátrio, a criação do crime autônomo, os meios de obtenção de provas e o procedimento criminal, fazendo uma leitura voltada aos direitos fundamentais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Organizações Criminosas. Novo Conceito. Crime Autônomo. Procedimento Criminal. Direitos Fundamentais.

## INTRODUÇÃO

Atualmente, no cenário mundial, estamos vivenciando a globalização da economia e do mercado, que trouxe consigo a expansão do crime organizado, sem o correspondente acompanhamento da justiça e dos direitos e garantias fundamentais. A fraqueza deste sistema jurídico internacional conduz a um cenário de regressão social, no qual vigora a “lei do mais forte”, sob o domínio do crime organizado (terrorismo interno ou internacional, máfias, narcotraficantes, exploração ilícita dos jogos etc.) (GOMES, 2013).

Em âmbito nacional, o legislador tenta aperfeiçoar os instrumentos para combater esse avanço da criminalidade, como ocorreu no caso da edição da Lei nº 12.850/13. Essa legislação introduz novidades no ordenamento jurídico pátrio, alterando conceitos e procedimentos antes positivados, com o intuito de trazer mais eficiência nas ações do Estado.

Em 1995, foi promulgada a Lei nº 9.034 (agora revogada), que dispunha sobre

os meios de investigação e provas relacionadas a ações praticadas por organizações criminosas. No entanto, o referido texto legal foi omissivo ao não conceituar o que seria uma organização criminosa, restando esse trabalho para os intérpretes do direito.

Diante desse impasse, a doutrina dividiu-se em duas correntes a fim de preencher esta lacuna legislativa:

1ª Corrente: O conceito de organizações criminosas poderia ser extraído do art. 2º, “a”, do Decreto nº 5.015/04, que incorporou ao ordenamento brasileiro a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional – Convenção de Palermo:

a) “**Grupo criminoso organizado**” - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material; (ONU, 2003).

Essa corrente foi encampada pelo Superior Tribunal de Justiça em 2008, conforme se observa no seguinte acórdão:

HABEAS CORPUS. LAVAGEM DE DINHEIRO. INCISO VII DO ART. 1.º DA LEI N.º 9.613/98. APLICABILIDADE. **ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CONVENÇÃO DE PALERMO APROVADA PELO DECRETO LEGISLATIVO N.º 231, DE 29 DE MAIO DE 2003 E PROMULGADA PELO DECRETO N.º 5.015, DE 12 DE MARÇO DE 2004.**

AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA A PERSECUÇÃO PENAL.

2. Capitulação da conduta no inciso VII do art. 1.º da Lei n.º 9.613/98, que não requer nenhum crime antecedente específico para efeito da configuração do crime de lavagem de dinheiro, bastando que seja praticado por **organização criminosa, sendo esta disciplinada no art. 1.º da Lei n.º 9.034/95, com a redação dada pela Lei n.º 10.217/2001, c.c. o Decreto Legislativo n.º 231, de 29 de maio de 2003, que ratificou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada pelo Decreto n.º 5.015, de 12 de março de 2004. Precedente.** (STJ, 2008)

2ª Corrente: Em contraposição ao entendimento anterior, esta corrente afirmava que o conceito de organizações criminosas não poderia ser extraído da Convenção de Palermo, como observamos dos comentários de Luiz Flávio Gomes:

1º) a definição de crime organizado contida na Convenção de Palermo é

muito ampla, genérica, e viola a garantia da taxatividade (ou de certeza), que é uma das garantias emanadas do princípio da legalidade;

2º) a definição dada, caso seja superada a primeira censura acima exposta, vale para nossas relações com o direito internacional, não com o direito interno; de outro lado, é da essência dessa definição a natureza transnacional do delito (logo, delito interno, ainda que organizado, não se encaixa nessa definição). Note-se que a Convenção exige “(...) grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material”. Todas as infrações enunciadas na Convenção versam sobre a criminalidade transnacional. Logo, não é qualquer criminalidade organizada que se encaixa nessa definição. Sem a singularidade da transnacionalidade não há que se falar em adequação típica, do ponto de vista formal;

3º) definições dadas pelas convenções ou tratados internacionais jamais valem para reger nossas relações com o Direito penal interno em razão da exigência do princípio da democracia (ou garantia da *lex populi*). (GOMES, 2009).

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar o tema, em 2012, filiou-se à segunda corrente, entendendo que o conceito de organização criminosa não poderia ser extraído da Convenção de Palermo, restando esta conduta atípica, conforme observamos na ementa do mencionado julgado:

TIPO PENAL – NORMATIZAÇÃO. A existência de tipo penal pressupõe lei em sentido formal e material. LAVAGEM DE DINHEIRO – LEI Nº 9.613/98 – CRIME ANTECEDENTE. A teor do disposto na Lei nº 9.613/98, há a necessidade de o valor em pecúnia envolvido na lavagem de dinheiro ter decorrido de uma das práticas delituosas nela referidas de modo exaustivo. LAVAGEM DE DINHEIRO – ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E QUADRILHA. **O crime de quadrilha não se confunde com o de organização criminosa, até hoje sem definição na legislação pátria.** (STF, 2013).

Diante dessa posição do STF, o Congresso Nacional apressou-se para apresentar uma solução a essa falta de definição normativa, o que resultou na Lei nº 12.694/12, que, enfim, conceituou organização criminosa como uma associação, de três ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a quatro anos ou que sejam de caráter transnacional.

Ressalta-se, no entanto, que, apesar de a Lei nº 12.694/12 conceituar organizações criminosas, ela não definiu um crime autônomo para a constituição/formação de organizações criminosas, como era o caso da quadrilha, hoje chamada de “associação criminosa”. Na realidade, ela apenas instituiu uma maneira de se praticar crimes, sujeita a meios de prova e procedimentos investigatórios diferenciados, que, por sua vez, também não foram detalhados, ficando indefinidos seus requisitos e limites.

Ferrajoli, ainda, delineou três grupos de crime organizado:

- **Criminalidade organizada estruturada por poderes criminais privados (organizações criminosas privadas):** são grupos violentos, agressivos, que se utilizam de ações armadas e também contam com substancial poder econômico, como, por exemplo, as organizações de tráfico de drogas.
- **Criminalidade organizada estruturada por poderes econômicos privados:** é uma derivação da primeira modalidade, tendo como características principais a utilização de grandes empresas para o cometimento de crimes e o não uso da violência, em regra. Ela nasce no mundo empresarial e depois se infiltra no poder público. Cita-se, como exemplo, cartéis de empreiteiras e demais corporações empresariais.
- **Criminalidade organizada estruturada por agentes públicos:** trata-se de uma forma de crime organizado que originalmente já nasce dentro dos poderes públicos, praticado por seus próprios agentes. (FERRAJOLI, apud GOMES, 2012).

## CONCEITO

Atualmente, com a chegada da nova lei de organizações criminosas (Lei nº 12.850/13), oriunda do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 150/2006, apresentado pela Senadora Serys Slhessarenko, houve uma alteração da definição de organização criminosa, ficando esta caracterizada por uma associação de quatro ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Portanto, as principais diferenças entre os conceitos podem ser melhor verificadas no seguinte quadro comparativo:

**Lei nº 12.694/12**

Associação de **três** ou mais pessoas.  
Estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente.  
Objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza.  
Mediante a prática de **crimes**.  
Pena máxima **igual ou superior** a quatro anos ou que seja de caráter transnacional.

**Lei nº 12.850/13**

Associação de **quatro** ou mais pessoas.  
Estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente.  
Objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza.  
Mediante a prática de **infrações penais**.  
Pena máxima **superior** a quatro anos ou que seja de caráter transnacional.

Em primeira análise, verifica-se que o número mínimo de agentes para a caracterização de uma organização criminosa aumentou de três para quatro, alterou-se a expressão “crime” por “infrações penais”, e agora as infrações cometidas devem ter pena máxima superior a quatro anos, afastando as com pena máxima igual ou inferior a quatro anos, salvo se de caráter transnacional.

A exemplo do ocorrido com a modificação da lei de lavagem de capitais (Lei nº 12.683/12), o termo “crime” foi alterado por “infrações penais”. Apesar dessa expressão abranger as contravenções penais, o outro pressuposto de configuração é a pena máxima superior a quatro anos, o que acaba por dificultar a possibilidade de ocorrência de contravenções, em virtude da elevada pena máxima, restando como eventual possibilidade de configuração do tipo apenas o caso de ter sido cometida a contravenção em caráter transnacional.

Todos os mencionados conceitos de organizações criminosas fazem referência à possibilidade de configuração desta no caso de infrações de caráter transnacional, por isso, faz-se necessário resgatarmos o art. 3º da Convenção de Palermo, que considera infração de caráter transnacional quando:

- a) For cometida em mais de um Estado;
- b) For cometida num só Estado, mas uma parte substancial da sua preparação, planejamento, direção e controle tenha lugar em outro Estado;
- c) For cometida num só Estado, mas envolva a participação de um grupo criminoso organizado que pratique atividades criminosas em mais de

um Estado; ou

d) For cometida num só Estado, mas produza efeitos substanciais noutró Estado. (ONU, 2003).

Em continuidade, a Lei nº 12.850/13 acabou por alargar ainda mais o âmbito de aplicação da norma, alcançando ainda as infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente; bem como as organizações terroristas internacionais, reconhecidas segundo as normas de direito internacional, por foro do qual o Brasil faça parte, cujos atos de suporte ao terrorismo, além dos atos preparatórios ou de execução de atos terroristas, ocorram ou possam ocorrer em território nacional.

Portanto, verificam-se três principais requisitos para o reconhecimento da organização criminosa:

- **associação de 4 (quatro) ou mais pessoas:** perceba-se que há necessidade de uma reunião estável e permanente de, pelo menos, 4 (quatro) indivíduos, característica que a diferencia de um mero concurso de pessoas, que tem natureza efêmera e passageira;
- **estrutura ordenada que se caracteriza pela divisão de tarefas, ainda que informalmente:** geralmente, as organizações criminosas se caracterizam pela hierarquia estrutural, planejamento empresarial, uso de meios tecnológicos avançados, recrutamento de pessoas, divisão funcional das atividades, conexão estrutural ou funcional com o poder público ou com agente do poder público, oferta de prestações sociais, divisão territorial das atividades ilícitas, alto poder de intimidação, alta capacitação para a prática de fraude, conexão local, regional, nacional ou internacional com outras organizações; e
- **finalidade de obtenção de vantagem de qualquer natureza mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) • anos, ou que sejam de caráter transnacional:** para a caracterização de uma organização criminosa, a associação deve ter por objetivo a obtenção de qualquer vantagem, seja ela patrimonial ou não, mediante a prática de infrações penais com pena máxima superior a 4 (quatro) anos, ou que tenham caráter transnacional – nesse caso, pouco importa o quantum de pena cominado ao delito. (LIMA, 2003, p. 558).

Apesar de a Lei nº 12.850/13 ter dado novo conceito às organizações criminosas, Luiz Flávio Gomes, entre outros, entendem que o conceito de organização criminosa dado pela Lei nº 12.694/12 continua válido para os efeitos desta norma, havendo, então, dois conceitos concorrentes, que serão aplicados a depender do caso específico (GOMES, 2013).

De outro lado, temos Cezar Roberto Bitencourt (2013) e Eugênio Pacelli de Oliveira (2013), que afirmam ter havido uma revogação parcial da Lei nº 12.694/12:

Embora a Lei 12.850/13 não se refira à eventual revogação parcial da Lei 12.694/12, precisamente no que respeita à definição de organização criminosa, pensamos não ser mais possível aceitar a superposição de conceitos em tema de tamanha magnitude. Do contrário, teríamos que conviver com um conceito de organização criminosa especificamente ligada à formação do Colegiado de primeiro grau (Lei 12.694/12), e com outro, da Lei 12.850/13, aplicável às demais situações.

É certo que a Lei Complementar 95/98, alterada pela LC 107/01, exige que a cláusula de revogação de lei nova deve enumerar, expressamente, as leis e disposições revogadas (art. 9º), o que não parece ter ocorrido na legislação objeto de nossas considerações (Lei 12.850/13). Nada obstante, o descuido legislativo quanto à respectiva técnica não poderá impor a convivência de normas jurídicas incompatíveis. Assim, e com o objetivo de unificarmos o conceito de organização criminal na ordem jurídica nacional, pensamos que deverá prevalecer, para quaisquer situações de sua aplicação, a definição constante do art. 1º, da Lei 12.850/13. (OLIVEIRA, 2013).

Com a devida vênia, coadunamos com o entendimento de Pacelli e Bitencourt no que diz respeito à não coexistência de dois conceitos distintos de organizações criminosas, devendo ser utilizado o mencionado na nova Lei nº 12.850/13, que revogou tacitamente o anterior conceito.

## CRIME AUTÔNOMO

Em seu art. 2º, por sua vez, a Lei nº 12.850/13 tipificou o crime autônomo de promover, constituir, financiar ou integrar organizações criminosas e ainda dispôs sobre causas de aumento e agravantes de pena:

Art. 2 Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas. (BRASIL, 2013).

Os núcleos do tipo legal são:

- **Promover:** significa estimular, impulsionar, dar força, facilitar ou fomentar a organização criminosa;
- **Constituir:** significa criar, abrir, colocar em marcha ou em movimento, compor, estabelecer, dar vida à organização criminosa;
- **Financiar:** significa arcar com seus custos, pagar suas despesas, dar ajuda financeira para a movimentação do grupo; e
- **Integrar:** significa fazer parte, associar-se, agregar, juntar-se (à organização criminosa). (GOMES, 2013).

Ponto de grande discussão, na doutrina e na jurisprudência, certamente será a possibilidade, ou não, de punição cumulativa entre o crime autônomo do art. 2º dessa lei com a causa de aumento prevista no art. 1º, § 4º, da Lei de Lavagem de Capitais, que assim dispõe:

§ 4º A pena será aumentada de um a dois terços, se os crimes definidos nesta Lei forem cometidos de forma reiterada ou por intermédio de organização criminosa. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012). (BRASIL, 1998)).

Ou seja, caso uma pessoa integre uma organização criminosa e, por intermédio desta, oculte ou dissimule a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal, poderá ela ser punida pela prática do crime previsto no art. 2º da Lei nº 12.850/13 c/c art. 1º, §4º, da Lei nº 9.613/98?

Uma primeira corrente já se apresenta entendendo que essa cumulação não é possível, por caracterizar *bis in idem*, como denota-se das palavras de Cezar Bitencourt:

Entendemos que não é admissível essa dupla punição, pois, nessa hipótese particular, estamos diante da valoração do mesmo fato para efeito de ampliação da sua punição que caracterizaria o *bis in idem*. De modo que se o agente já é punido mais severamente pelo fato de praticar o crime de lavagem de dinheiro na condição de integrante de organização criminosa, esse mesmo fato, isto é, sua participação em organização criminosa não poderá caracterizar de forma autônoma o novo crime do art. 2º da Lei 12.850/2013. Esse nosso entendimento encontra respaldo no conflito aparente de normas, sob a ótica do princípio da especialidade, aplicando apenas uma das duas punições, ou seja, somente a lavagem de capitais com sua respectiva causa de aumento (§ 4º do art. 1º da Lei 9.613), qual seja, cometida “por intermédio de organização criminosa”. (BITENCOURT, 2013).

Apesar da argumentação proposta pelo ilustre jurista, ousamos discordar, entendendo que os delitos em análise são autônomos e independentes, podendo ser aplicada cumulativamente a causa de aumento de pena prevista no art. 1º, § 4º, da Lei nº 9.613/98 e o delito autônomo do art. 2º, da Lei nº 12.850/13.

O raciocínio da autonomia dos delitos aqui tratado é o mesmo aplicado à alegação de bis in idem entre o crime de associação criminosa (antiga quadrilha), previsto no art. 288 do CP, e a causa de aumento em razão do concurso de agentes no crime de roubo, prevista no art. 157, § 2º, II, CP.

Seguindo nesta esteira de pensamento, colacionamos o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal, que já tratava da independência dos crimes:

EMENTA: Quadrilha (ou quadrilha armada) e roubo com majoração de pena pelo emprego de armas e pela prática em concurso de agentes: compatibilidade ou não: análise das variações da jurisprudência do STF: opção pela validade da cumulação da condenação por quadrilha armada, sem prejuízo do aumento da pena do roubo por ambas as causas especiais. A condenação por quadrilha armada não absorve nenhuma das duas cláusulas especiais de aumento da pena de roubo previstas no art. 157, § 2º, I e II, do C. Penal: tanto os membros de uma quadrilha armada podem cometer o roubo sem emprego de armas, quanto cada um deles pode praticá-lo em concurso com terceiros, todos estranhos ao bando. (BRASIL, 1998).

Em julgados mais recentes, o Superior Tribunal de Justiça tem aplicado o mesmo entendimento aqui exposto:

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. QUADRILHA OU BANDO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. CONTRADIÇÕES TESTEMUNHAIS. DESCLASSIFICAÇÃO DELITIVA. AFASTAMENTO DE CONCURSO MATERIAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. QUESTÕES QUE DEMANDAM IMERSÃO FÁTICO-PROBATÓRIA. INCOMPATIBILIDADE. APLICAÇÃO CUMULATIVA DA CIRCUNSTÂNCIA DE CONCURSO DE PESSOAS COM O DELITO DE QUADRILHA OU BANDO. BIS IN IDEM NÃO CONFIGURADO. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA STJ Nº 243. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA. **III. Não se caracteriza bis in idem a condenação por crime de quadrilha armada e roubo qualificado pelo uso de armas e concurso de pessoas, tendo em vista a autonomia e independência dos delitos. Precedentes. (BRASIL, 2012).**

O § 7º do art. 2º da Lei nº 12.850/13, a seu turno, dispõe que, caso haja indícios de participação de policial nos crimes tratados nessa nova Lei, a Corregedoria da Polícia instaurará inquérito policial e comunicará o Ministério Público para que designe membro para acompanhar o feito. Trata-se de desdobramento lógico do controle externo da atividade policial, exercido pelo Ministério Público. No entanto, isto não impede que o Parquet conduza a sua própria investigação, conforme interpretação resultante dos diversos debates acerca da PEC 37. Nesse sentido, Sidney Eloy Dalabrida:

Não se alegue, porém, que o dispositivo legal citado tenha conferido exclusividade à Polícia para a investigação de policiais envolvidos com o crime organizado. A norma deve ser interpretada pelo que nela se contém, sendo princípio elementar de hermenêutica jurídica aquele segundo o qual não se presumem, na lei, palavras inúteis - *verba cum effectu sunt accipienda*. O dispositivo sob análise se refere expressamente à “inquérito policial” e não à “investigação criminal”. Portanto, somente uma leitura comprometida com interesses corporativos pode sugerir a intelecção de que, nessas hipóteses, o inquérito policial figura como instrumento exclusivo de apuração. (DALABRIDA, 2012).

O Capítulo II trata da investigação e dos meios de obtenção da prova. A fim de estabelecer distinções entre essas duas expressões, utilizamos as palavras de Nucci:

**Meios de prova:** são todos os recursos, diretos ou indiretos, utilizados para alcançar a verdade dos fatos no processo. Podem ser lícitos – os admitidos pelo ordenamento jurídico – ou ilícitos – contrários ao ordenamento, logo, vedados pela Constituição Federal (art. 5º, LVI). Os meios de prova lícitos devem ser ponderados pelo juiz na formação do seu livre convencimento (art. 155, caput, do CPP, com nova redação determinada pela Lei 11.690/2008), embora sempre fundamentado (art. 93, IX, CF). **Procedimentos Investigatórios:** a expressão utilizada significa o método pelo qual a autoridade competente pode empreender as diligências necessárias para descobrir e apurar a prática da infração penal e sua autoria. Não há, pois, o sentido jurídico-processual específico de representar o modo de desenvolvimento do processo, nem tampouco o desencadear do inquérito policial (ato após ato, num conjunto único e harmônico, como se diz, por exemplo, quanto ao procedimento comum ou especial do processo penal). Pode haver procedimento investigatório (forma de busca da verdade dos fatos) em qualquer fase da persecução penal, que abrange tanto a fase do inquérito quanto a instauração em juízo. (NUCCI, 2013, p. 91).

O art. 3º estabelece como meios de obtenção de prova na investigação desse crime a colaboração premiada, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, a ação controlada, o acesso a dados cadastrais, a interceptação telefônica, a quebra dos sigilos bancário e fiscal, a infiltração em atividades de investigação e a cooperação entre os órgãos de instituições e órgãos federais, estaduais, municipais e distritais.

Além disso, o agente envolvido em organizações criminosas ainda fica sujeito a outros gravames:

- sujeição do preso provisório ou do condenado ao RDD (LEP, art. 52, § 2º);
- realização de interrogatório por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real (CPP, art. 185, § 2º, I);
- impossibilidade de reconhecimento da figura do tráfico privilegiado de drogas (Lei n. 11.343/06, art. 33, § 4º); e
- aumento da pena do crime de lavagem de capitais de um a dois terços se o crime for cometido por intermédio de organização criminosa (Lei n. 9.613, art. 1º, § 4º, com redação dada pela Lei n. 12.683/12). (LIMA, 2013, p. 559)

## COLABORAÇÃO PREMIADA

O instituto da colaboração ou delação premiada é um instrumento de investigação criminal que permite uma recompensa legalmente preestabelecida a ser concedida pelo Estado ao investigado/indiciado/acusado (e agora condenado) em troca da sua efetiva cooperação com os órgãos de persecução penal na elucidação das infrações penais, podendo resultar na redução de sua pena e até mesmo na extinção da punibilidade pelo perdão judicial. Na lição de Guilherme de Souza Nucci:

(...) delatar significa acusar, denunciar ou revelar. Processualmente, somente tem sentido falarmos em delação, quando alguém, admitindo a prática criminosa, revela que outra pessoa também o ajudou de qualquer forma. Esse é um testemunho qualificado, feito pelo indiciado ou acusado. (NUCCI, 2005, 408).

A Lei nº 12.850/13 tratou o tema sob a denominação de “colaboração premiada”. A opção do Legislador por essa nomenclatura pode se justificar tanto pela controvérsia doutrinária em que se discute se “delação premiada” e “colaboração premiada” são expres-

sões sinônimas ou institutos diversos, quanto pelas críticas que o instituto recebe também da doutrina ao argumento de se constituir um incentivo a valores antiéticos e contrários à moral, associados à ideia de traição. Nesse sentido, Renato Brasileiro de Lima pondera:

Nessa linha, segundo Luiz Flávio Gomes, delação premiada e colaboração à Justiça não são expressões sinônimas, sendo esta última dotada de mais larga abrangência. O imputado, no curso da *persecutio criminis*, pode assumir a culpa sem incriminar terceiros, fornecendo, por exemplo, informações acerca da localização do produto do crime, caso em que é tido como mero colaborador. Pode, de outro lado, assumir a culpa (confessar) e delatar outras pessoas – nessa hipótese é que se fala em delação premiada (ou chamamento de corrêu). Só há falar em delação se o investigado ou acusado também confessa a autoria da infração penal. Do contrário, se a nega, imputando-a a terceiro, tem-se simples testemunho. A colaboração premiada funciona, portanto, como o gênero, do qual a delação premiada seria espécie.

É bem verdade que a referência à expressão delação premiada é muito mais comum na doutrina e na jurisprudência. No entanto, preferimos fazer uso da denominação colaboração premiada, quer pela carga simbólica carregada de preconceitos inerentes à delação premiada, que traz insita a ideia de traição, quer pela incapacidade de descrever toda a extensão do instituto, que nem sempre se limita ao mero chamamento de corrêu. Com efeito, a chamada “delação premiada” (ou chamamento de corrêu) é apenas uma das formas de colaboração que o agente revelador pode concretizar em proveito da persecução penal. (LIMA, 2013, p. 3).

Independentemente da nomenclatura utilizada, o assunto já foi tratado em nosso ordenamento jurídico nas seguintes normas: Decreto-Lei nº 1.001/1969 (Código Penal Militar), no Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940), na hipótese do crime de extorsão mediante sequestro (§ 4º do artigo 159 – redação dada pela Lei nº 9.269/1996), bem como nas Leis nº 8.072/90 (Crimes Hediondos), nº 8.884/94 (Lei Antitruste), nº 8.137/90 (Crimes contra a Ordem tributária), nº 7.492/86 (Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional), nº 9.034/95 (Organizações Criminosas), nº 9.613/98 (Lavagem de Capitais), nº 9.807/99 (Proteção a Vítimas e Testemunhas) e nº 11.343/06 (Drogas).

De igual modo, em que pesem as discussões referentes à sua compatibilidade com a Constituição da República, o instituto da delação premiada foi admitido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento da famosa Ação Penal nº 470 (chamado julgamento do “mensalão”). Naquela oportunidade, o Plenário, ao fundamentar a dosimetria da pena do réu colaborador, sustentou que:

admitiu-se a delação premiada (Lei 9.807/99: “Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços”) para fins de redução da pena, à exceção do Revisor. O Min. Luiz Fux distinguiu a delação do instituto da confissão. Assinalou que a confissão seria pro domo sua, ou seja, quem o faria teria ciência da obtenção de atenuação da pena. Já a delação seria pro populo, em favor da sociedade, porquanto a colaboração serviria para todo e qualquer delito, de modo a beneficiar a coletividade. (BRASIL, 2012).

Esse precedente da Suprema Corte enfraqueceu substancialmente a corrente doutrinária que sustentava a inconstitucionalidade da colaboração premiada sob o argumento de se tratar de um instrumento de cunho moral duvidoso e repugnável na persecução penal.

A Lei nº 9.807/99 (Programa de Proteção a Testemunhas) foi pioneira ao permitir o perdão judicial ao acusado que tenha colaborado com a investigação criminal. Segundo o texto da Lei, quanto ao indiciado e ao acusado (não primário/reincidente), é possível apenas a redução de pena.

Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o **perdão judicial** e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa;

II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada;

III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

Art. 14. **O indiciado ou acusado** que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços. (BRASIL, 1999).

Observa-se que o perdão judicial não foi previsto para o acusado reincidente na Lei nº 9.807/99 e também que os benefícios são destinados apenas aos colaboradores

“indiciados ou acusados”. A Lei nº 12.850/13, por sua vez, expandiu a abrangência do instituto da colaboração premiada facultando o perdão judicial “àquele que tenha colaborado”, possibilitando, em tese, que uma pessoa que não seja o indiciado ou acusado possa ser beneficiado.

A concessão dos benefícios oriundos da colaboração prestada sempre levará em consideração a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e repercussão social do fato, além da eficácia dos resultados da colaboração previstos no art. 4º da Lei nº 12.850/13, os quais estão dispostos na seguinte ordem:

- I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
- II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
- III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
- IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
- V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. (BRASIL, 2013).

É importante destacar que os benefícios previstos na Lei em referência possuem caráter pessoal e serão aplicados tão somente àqueles que colaborarem, efetiva e voluntariamente, com as investigações na medida (LIMA, 2013, p. 16).

A nova Lei de Organizações Criminosas inovou ao permitir expressamente o benefício ao colaborador já condenado que ainda esteja cumprindo pena, possibilitando a este ter sua pena reduzida até a metade ou admitindo a progressão de regime, ainda que ausentes os requisitos objetivos, conforme art. 4º, § 5º.<sup>1</sup>

Antes da Lei, diante da ausência de previsão legal, caso houvesse a oportunidade de se obterem informações de uma pessoa já cumprindo pena definitiva, a única alternativa seria buscar, no juízo competente e na administração da unidade prisional, a possibilidade de oferecer ao condenado alguma espécie de regalia dentro do próprio ergástulo, dentro dos limites legais, é claro, em troca da sua efetiva colaboração.

Criou-se, também, mais uma hipótese de o Ministério Público deixar de oferecer denúncia, mitigando o princípio da obrigatoriedade, além da possibilidade de suspensão

1 Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

do prazo para oferecimento da peça acusatória, com a consequente suspensão do prazo prescricional (art. 4º, §§ 3º e 4º).

A possibilidade de o Ministério Público deixar de oferecer a denúncia já era aventada por parte da doutrina, sustentada por uma concepção de que o instituto da delação premiada se trata de um poder-dever do juiz, uma vez preenchidos todos os requisitos legais pelo colaborador. Nesse sentido:

Não obstante a lei utilizar-se da forma verbal *poterá*, no sentido semântico de mera faculdade, consolidou-se na doutrina e na jurisprudência o entendimento jurídico de se tratar de um poder-dever, que obriga o Magistrado a conceder o benefício sempre que as condições objetivas e subjetivas previstas no direito positivo estiverem presentes no caso concreto sob exame judicial. Nessa linha de raciocínio, o perdão judicial não deve ser entendido como um mero favor a ser concedido pelo Estado-Juiz, mas como um direito individual condicionado à satisfação de determinados requisitos legais. Presentes tais requisitos, indicadores de uma situação fática de perfeita correspondência com o quadro de exigência legal, é evidente que o Magistrado não poderá arbitrariamente negar a concessão do instituto despenalizador. Por isso mesmo, pode-se dizer que, no plano abstrato e genérico da lei positiva, trata-se de uma simples faculdade, que se transforma num verdadeiro poder-dever no momento em que o indivíduo-infrator atende plenamente às exigências estabelecidas na própria lei criadora do referido benefício penal. (LEAL, 2000, p. 451).

Exemplificando: o indivíduo já indiciado, no momento do oferecimento da denúncia, identifica todos os coautores e partícipes, localiza a vítima com sua integridade física preservada e/ou colabora para a recuperação total do produto do crime. O promotor de justiça percebe que todos os requisitos do art. 13 da Lei nº 9.807/99 foram atendidos, mas o indivíduo ainda não foi denunciado, como exige o dispositivo em questão. Dessa forma, considerando que se trata de um poder-dever do magistrado, uma vez cumpridos todos os requisitos para a concessão do perdão judicial, o membro do Ministério Público poderia deixar de denunciá-lo diante da certeza de que a pena deixaria de ser aplicada ao final da demanda.

Ou seja, considerando a tese de que o preenchimento de todos os requisitos do art. 13 da lei em referência já na fase policial não ensejaria uma mera expectativa, mas um direito subjetivo, o membro do Ministério Público, ciente de que a ação penal estaria inapta a ensejar uma condenação, deixaria de denunciá-lo pela ausência de interesse de agir, pois

o objetivo final da ação penal já estaria fadado ao insucesso.

Deve-se deixar bem claro, no entanto, que a Lei nº 12.850/13 limita essa possibilidade nas hipóteses em que o colaborador for o primeiro a prestar a efetiva colaboração nos termos da Lei, sendo vedada nos casos em que ele for o líder da organização criminosa.

Outro aspecto a se ressaltar é que o juiz não participará das negociações para formalização do acordo de colaboração. No entanto, tal qual ocorre na proposta de transação penal, o acordo de colaboração não terá eficácia se não se submeter à homologação do juiz, que verificará a regularidade e a legalidade dos termos propostos, bem como a voluntariedade do colaborador. Nesse último caso, o magistrado poderá verificar este requisito mediante a sua oitiva, em sigilo, na presença do seu defensor.

Caso o acordo de colaboração não preencher os requisitos legais, o juiz poderá rejeitá-lo ou, ainda, havendo possibilidade, adequá-lo ao caso concreto respeitando as normas constitucionais, penais e processuais penais vigentes.

Assim, não há como afastar o instituto da colaboração premiada do Poder Judiciário, até mesmo porque o prêmio dessa colaboração é atrelado à pena, ou seja, à prestação jurisdicional. Mesmo nas hipóteses do § 4º, I e II, do art. 4º da Lei em referência, a questão deverá ser submetida ao Judiciário para a efetiva verificação da sua validade.

Nesse contexto, mostra-se oportuna a transcrição dos ensinamentos do juiz federal Fausto Martin de Sanctis:

Verifica-se que o espectro normativo é amplo e autorizativo de tal forma que é possível hoje concretizar um “acordo” entre o suspeito/acusado e o Ministério Público, com a participação do magistrado, embora a legislação, quanto a este último aspecto, não seja clara. Entretanto, seria letra morta garantir às partes a delação premiada e não lhe conferir eficácia, dada a ausência de participação do Judiciário. A participação do Judiciário não pode, porém, comprometer a necessária independência deste, que deve estar livre para decidir quanto a conveniência de aplicação do instituto excogitado diante de todo o espectro verificado durante o procedimento autorizativo da delação premiada. (SANCTIS, 2008, p. 125).

A sentença condenatória, por sua vez, não poderá ser fundamentada apenas nas declarações do agente colaborador. Agiu com a prudência necessária o Legislador nesse aspecto, pois a colaboração premiada passa a ser uma estratégia de defesa sedutora, apta a diminuir a pena ou até mesmo torná-la inaplicável.

A delação premiada, desde a sua inserção no plano jurídico pátrio, passou a se constituir um instrumento processual importante para a apuração da verdade real (SANCTIS,

2008, p. 124). No entanto, ela deve ser vista com cautela, servindo de base para a obtenção de outras provas a partir das informações nela obtidas. Não se poderia fixar um decreto condenatório amparado apenas nas informações prestadas por alguém que quer se ver livre de uma condenação a todo custo.

Por outro lado, a Lei permite ao colaborador retratar-se da proposta. Nesse caso, em respeito ao princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*) inserido implicitamente na previsão do direito ao silêncio do art. 5º, LIII, da Constituição da República, a Lei determina que as provas incriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor (art. 4º, § 10).

A Lei nº 12.850/13 finalmente normatizou o procedimento a ser seguido na colaboração premiada. Até então, havia a previsão legal do instituto apenas no seu aspecto material. A sua forma de operacionalização, apesar da existência de uma padronização mínima no âmbito nacional aplicada pelos agentes do Direito, dependia da logística de atuação adotada pelo Judiciário e pelo Ministério Público.

O termo de colaboração premiada, agora, necessariamente, deverá conter o relato da colaboração e de seus resultados possíveis, as condições propostas pelo representante do Ministério Público ou pelo delegado de polícia, a declaração expressa de aceitação do colaborador e do seu defensor, as respectivas assinaturas dos envolvidos, além da especificação das medidas de proteção, quando existentes.

Como não poderia ser diferente, o legislador demonstrou preocupação com a segurança do colaborador, prevendo expressamente, no art. 5º, os seus direitos:

- I - usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica;
- II - ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados;
- III - ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes;
- IV - participar das audiências sem contato visual com os outros acusados;
- V - não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito;
- VI - cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados. (BRASIL, 2013).

A norma em questão, assim como já disposto no art. 15 da Lei nº 9.807/99<sup>2</sup>, as-

2 Art. 15. Serão aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva.  
§ 1º Estando sob prisão temporária, preventiva ou em decorrência de flagrante delito, o colaborador será custodiado em

segura a proteção do colaborador com relação aos demais corréus. Logo, no âmbito do Estado de Santa Catarina, muito embora a norma só se refira a vítimas e testemunhas protegidas, não haveria óbice à aplicação do procedimento previsto na Seção XI (art. 360-D e seguintes) do Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça, incluída pelo Provimento nº 5, de 5 de março de 2010, daquele Órgão (antigo Provimento 14), cuja constitucionalidade já foi assentada pela Corte catarinense<sup>3</sup>.

O respeito incondicional a esses direitos, em conjunto com as demais regras procedimentais previstas nessa Lei, é que torna possível o dispositivo que determina que o acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, ou seja, o que deixa de ser sigiloso é o teor do acordo, permanecendo em segredo as informações referentes à qualificação do colaborador, direito resguardado no art. 5º, II.

Em que pese a Lei nº 12.850/13 ter dedicado uma seção à colaboração premiada, corrigindo a falha das legislações anteriores ao normatizar o seu procedimento, não há dúvidas que ainda se torna um instituto muito difícil de se operacionalizar. Muito embora seja uma ferramenta bastante sedutora para a persecução penal, ao nosso ver, o Estado ainda não conseguiu criar uma fórmula eficaz, apta a dismantelar as organizações criminosas com a devida segurança do colaborador.

Isso porque, pela atual redação da Constituição da República,

todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (art. 93, IX); (BRASIL, 1988).

A Emenda Constitucional n. 45, de 2004, alterou o art. 93, IX, da Constituição da República, mitigando a publicidade dos atos processuais em determinadas hipóteses legais, mas a regra da fundamentação das decisões judiciais continua sendo absoluta.

Assim, surgirão inúmeras situações em que, mesmo respeitadas à risca as regras procedi-

---

dependência separada dos demais presos.

§ 2º Durante a instrução criminal, poderá o juiz competente determinar em favor do colaborador qualquer das medidas previstas no art. 8º desta Lei.

§ 3º No caso de cumprimento da pena em regime fechado, poderá o juiz criminal determinar medidas especiais que proporcionem a segurança do colaborador em relação aos demais apenados.

3 “O Provimento n. 14/2003, da Corregedoria Geral da Justiça deste Tribunal, está em consonância com o disposto na Lei 9.807/99, que estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas. Tal legislação preconiza em seu art. 7º.” (Recurso Criminal n. 2012.017645-4. Relator: Des. Sérgio Izidoro Heil. Julgado em 10.7.2012.)

mentais previstas na Lei nº 12.850/13 e todo o sigilo permitido pela legislação processual penal vigente (informações pessoais preservadas, condução em juízo em separado dos demais réus etc.), o réu colaborador será identificável por força da fundamentação da sentença penal condenatória.

Portanto, deve-se ter muita cautela no momento de se utilizar do instituto da colaboração premiada, ponderando todos os elementos que envolvem a situação fática apresentada, para não submeter indevidamente o colaborador e sua família a um risco irreparável.

Por fim, cabe fazer a ressalva da possível inconstitucionalidade do art. 4º, § 14<sup>4</sup>, onde se verifica uma imposição do legislador para que uma pessoa renuncie ao direito constitucional de permanecer em silêncio. O direito ao silêncio é renunciável, claro, mas de forma voluntária e espontânea, jamais imposta, por isto, deve-se analisar com cuidado este dispositivo.

## AÇÃO CONTROLADA

Ação controlada, segundo definição do art. 8º da Lei nº 12.850/13, consiste em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações. Guilherme Nucci ainda enriquece esse conceito assim tratando a ação controlada:

Ação controlada é o retardamento da realização da prisão em flagrante, mesmo estando a autoridade policial diante da realização do crime praticado por organização criminosa, sob o fundamento de se aguardar o momento oportuno para tanto, colhendo-se mais provas e informações. Assim, quando, futuramente, a prisão se concretizar, será possível atingir um maior número de envolvidos, especialmente, se viável, a liderança do crime organizado. (NUCCI, 2013, p. 91).

Na realidade, a ação controlada funciona como uma mitigação ao flagrante obrigatório (prorrogado, retardado ou diferido). A prisão continua sendo obrigatória, porém em momento posterior.

O procedimento em análise também é mencionado na Lei de Drogas (Lei nº

4 Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.

11.343/11) e na Lei de Lavagem de Capitais (Lei nº 9.613/98). Em ambos os casos, a ação controlada só é possível mediante prévia autorização judicial. No caso da nova Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/13), exigiu-se apenas uma comunicação ao juiz, que, por sua vez, comunicará o Ministério Público (art. 8º, § 1º).

A antiga Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 9.034/95), no entanto, não fazia qualquer menção à autorização ou comunicação judicial, tendo inclusive o STJ entendido que não era necessária prévia permissão da autoridade judicial para a efetivação da ação controlada.

A inovação trazida pela nova Lei é a menção de retardamento da intervenção “administrativa”. Antes, a Lei referia-se apenas à intervenção policial. Portanto, ampliou-se a possibilidade de ação controlada, abrangendo agora os agentes do Estado ligados a centrais de colheita de dados e fiscalização, embora sem pertencerem à polícia.

Essas autoridades administrativas que presidem investigações fazem-no no exercício do respectivo *poder de polícia* e não para a apuração de ilicitudes exclusivamente penais, tal como ocorre nas hipóteses de procedimentos fiscais, tributários, nas ações do Banco Central, dos Tribunais de Contas etc. As Comissões Parlamentares de Inquérito, por sua vez, detêm autoridade para a promoção de investigações, com poderes, inclusive, mais amplos que as policiais, por força do disposto no art. 58, § 3º, da Constituição da República. (OLIVEIRA, 2013).

A Lei nº 12.850/13 ainda trata da ação controlada quando envolver transposição de fronteiras, que somente poderá ocorrer com a cooperação das autoridades dos países que figurem como provável itinerário ou destino do investigado, produto, objeto, instrumento ou proveito do crime.

Uma das mais tradicionais formas de ação controlada já tinha sido prevista na Convenção de Palermo, com a alcunha de “entrega vigiada”, conforme art. 2º, i:

- i) “Entrega vigiada” - a técnica que consiste em permitir que remessas ilícitas ou suspeitas saiam do território de um ou mais Estados, os atravessem ou neles entrem, com o conhecimento e sob o controle das suas autoridades competentes, com a finalidade de investigar infrações e identificar as pessoas envolvidas na sua prática; (ONU, 2003).

O mencionado texto da ONU ainda vai além, em seu art. 20, 4., tratando da interceptação das mercadorias:

4. As entregas vigiadas a que se tenha decidido recorrer a nível interna-

cional poderão incluir, com o consentimento dos Estados Partes envolvidos, métodos como a interceptação de mercadorias e a autorização de prosseguir o seu encaminhamento, sem alteração ou após subtração ou substituição da totalidade ou de parte dessas mercadorias. (ONU, 2003).

Portanto, nessa forma de ação controlada, a autoridade pode interceptar a mercadoria e autorizar que ela prossiga, sem alteração do seu conteúdo (entrega vigiada suja), ou pode subtrair ou substituir o conteúdo por produto lícito (entrega vigiada limpa) (LIMA, 2013, p. 573).

Cumpre-nos afastar a possível alegação de afronta ao direito à não autoincriminação, como inclusive observa-se nos comentários de Maria Elizabeth Queijo, pois inicialmente a inexistência de advertência quanto ao *nemo tenetur se detegere* poderia gerar uma ideia de violação ao citado direito fundamental, em razão de que os averiguados acabariam por produzir provas em seu desfavor. No entanto, prevalece aqui o interesse público na persecução penal dos delitos, que justifica a restrição ao referido princípio, preponderando o princípio da proporcionalidade (QUEIJO, 2003, p. 368).

## INFILTRAÇÃO DE AGENTES

Há pesquisas idôneas dando conta de que o antecedente histórico mais importante do *agente encoberto seria o agent provocateur*, associado a atividades de espionagens francesas, e que, entre nós, ficou conhecido como o agente provocador, presente em situações de flagrante realizados a partir de sua intervenção (OLIVEIRA apud PEREIRA, 2012, p. 358/359).

Infiltração de agentes consiste em uma introdução dissimulada de pessoas integrantes da estrutura dos órgãos policiais em uma organização criminosa, passando eles a agir como um de seus integrantes, ocultando-se sua verdadeira identidade, com o objetivo precípuo de obter informações capazes de permitir a desarticulação da referida organização (LIMA, 2013, p. 582).

A Convenção de Palermo prevê expressamente a possibilidade de utilização de operações de infiltração entre as técnicas especiais de investigação (art. 20.1.), no entanto, ela trata da matéria de forma genérica, configurando como uma mera recomendação.

A antiga Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 9.034/95) fez a primeira abordagem da matéria em âmbito nacional, no seu art. 2º, inciso V, seguida pela Lei nº

11.343/06, em seu art. 53, inciso I. Agora, com a nova Lei nº 12.850/13, a medida foi mais bem regulamentada pelos arts. 10 a 14 e veio com o escopo de suprir as lacunas antes existentes.

Preliminarmente, percebe-se que foi retirada a possibilidade de infiltração de agentes de inteligência, permitindo-se esta técnica apenas aos agentes de polícia (estadual ou federal) em tarefas de investigação. No entanto, manteve-se a proibição de infiltração de particulares, chamados de “gansos” ou “informantes”. Observa-se, ainda, a possibilidade de um dos integrantes da organização colaborar com a investigação a fim de ser beneficiado com a colaboração premiada.

O legislador deixou expresso no art. 10, § 2º, que esta medida será utilizada apenas nos casos em que houver indícios de infração penal praticada por meio das organizações criminosas definidas no art. 1º da Lei, e se a prova não puder se produzida por outros meios disponíveis. Portanto, é uma medida subsidiária e complementar, a ultima ratio das medidas investigatórias.

Continua sendo indispensável a prévia, circunstanciada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites, e agora possui prazo determinado de até 6 meses, sem prejuízo de eventuais renovações. O legislador não estipulou a quantidade máxima de renovações, cabendo ao juiz aferir o termo da infiltração baseado nos critérios da razoabilidade, de acordo com o caso concreto, a depender da complexidade da organização criminosa.

Com relação ainda ao tempo da infiltração, a doutrina costuma classificá-la em duas espécies: Light Cover, com duração de até seis meses; Deep Cover, com duração de mais de seis meses (LIMA, 2013, p. 588).

Importante mencionar que se trata de uma medida cautelar inaudita altera parte, com contraditório postergado (ou diferido), a fim de preservar a eficácia da própria investigação. Nem o advogado de defesa deverá ser cientificado com antecedência desta operação, invocando-se, para isso, a Súmula Vinculante n. 14 do STF.

Conforme art. 11 da nova lei, a infiltração será representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, com a demonstração da necessidade da medida, alcance das tarefas e, quando possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração. Manteve-se a proibição de determinar a infiltração de ofício, pelo juiz, a fim de se afastar a imagem de juiz inquisidor e resguardar o sistema acusatório.

Acerca dos fundamentos judiciais exigíveis para deferimento do pedido de infiltra-

ção de agentes, Eugênio Pacelli os estipula da seguinte forma:

- a) a presença de elementos indicativos da existência da estrutura da organização voltada para a prática de delitos, tal como definida no art. 1º, §1º. Não se pode exigir a prova segura dessa realidade, até por que, se assim fosse, seria desnecessária a produção de quaisquer outros elementos informativos;
- b) a insuficiência de outros meios de prova para a coleta de material comprobatório da organização. Deve-se observar, no ponto, que, por vezes, a comprovação da autoria ou da participação em organização criminosa não seja suficiente para esclarecer as circunstâncias acerca de sua estrutura, da divisão de tarefas e do modus operandi então utilizado;
- c) Pensamos, então, que a infiltração deve ser precedida de outros meios de prova ainda que igualmente invasivos, como as interceptações de comunicações telefônicas e de dados, eventuais buscas e apreensões, desde que também se atendam, em relação a eles, as exigências e demais requisitos legais. Nesse sentido é também a doutrina de Flávio Cardoso PEREIRA (Agente encubierto y proceso penal garantista: limites y desafios. cit. p.778)
- d) Nas hipóteses de ação controlada, evidentemente, a deflagração de alguns meios de prova, como a busca e apreensão, por exemplo, ou de outras medidas cautelares, patrimoniais ou pessoais, poderá reduzir a nada os possíveis êxitos da investigação. Tais circunstâncias deverão ser abarcadas pela decisão judicial que determine a infiltração de agentes.
- e) Que seja fixado, desde logo o prazo para a realização da medida, atendendo-se o magistrado para as necessidades apontadas na representação da autoridade e na manifestação do Ministério Público, quando não for dele próprio o requerimento (art. 10, caput, §1º, §3º)
- f) Observância das exigências do disposto no art. 11. (OLIVEIRA, 2013).

A lei confere ao delegado o poder de representar ao juiz para deferimento da medida de infiltração de agentes, havendo a necessidade de prévia manifestação do Ministério Público. A dúvida que aqui surge é na hipótese do Ministério Público manifestar-se contrariamente à infiltração. Neste caso o juiz estará vinculado a este parecer?

De um lado, temos que, em respeito à titularidade da ação penal pelo Ministério Público, esse parecer deve vincular o juiz. Caso contrário, do que adiantaria uma medida de infiltração, com todos os seus riscos para os envolvidos, se ao final desta o membro do parquet entendesse que não é caso de oferecimento de denúncia. Justamente, por isso que o legislador explicitou a oportunidade de o Ministério Público se manifestar, se não fosse assim, a lei não abriria margem para essa manifestação, como não o fez nos casos de pedido de medidas cautelares pela autoridade policial.

De outro lado, a Lei nº 12.830/13, que dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia, menciona que a este agente, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal. Desse modo, ele não necessitaria de uma autorização do Ministério Público para requerer a infiltração de agentes, assim como ocorre nos casos de requerimento de interceptação telefônica, por exemplo, em que é prescindível manifestação favorável do *Parquet*.

As duas correntes possuem fundamento, restando-nos aguardar o posicionamento a ser adotado pelos tribunais.

O art. 13 da Lei nº 12.850/13, por sua vez, dispõe que o agente deve guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, respondendo pelos excessos praticados. Não obstante, não é punível, no âmbito da infração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa, que excluirá a culpabilidade e, por conseguinte, a existência de crime. Há quem entenda melhor ser mais técnico excluir a ilicitude do fato típico e culpável, em razão do estrito cumprimento do dever legal (MOREIRA, 2013).

Críticas surgem sobre essa excludente prévia da culpabilidade, pois a infiltração de agentes sempre excluirá a existência de no mínimo um crime, qual seja o de “promover, constituir, financiar ou integrar organização criminosa” (art. 2º da Lei nº 12.850/13), como podemos observar nas palavras de Eugênio Pacelli:

Para que seja útil a infiltração, o agente, em regra (não sempre, é verdade) deverá contribuir na prática de infrações penais. E aí, a exclusão prévia e permanente da culpabilidade soa paradoxal (e necessária!): *quando inexigível conduta diversa*. Ora, mas veja-se bem: a inexigibilidade de conduta diversa, como regra, pressupõe situação da necessidade de conduta contrária ao direito, desde que não tenha sido criada voluntariamente pelo agente (a situação de necessidade).

No modelo legal de infiltração, o que a lei afirma é o dever de comportamento indevido (participação em delitos), como inexigibilidade de conduta diversa! Se o agente tem o dever de contribuir na ação criminosa como lhe seria exigível outro comportamento? (PACELLI, 2013).

Quanto ao cômputo do agente infiltrado para chegar-se ao número mínimo de pessoas exigido para a caracterização da associação criminosa ou mesmo da organização criminosa, Nucci entende ser possível, da mesma forma que se admite o cômputo do adolescente, que não é culpável, no número mínimo de agentes para configuração do crime do

art. 288 do CP (NUCCI, 2013, p. 96).

A oitiva do agente infiltrado como testemunha é um ponto que merece destaque, devendo a ação de infiltração ser orientada no sentido de colheita de provas diversas da testemunhal, a fim de garantir a segurança do agente, evitando-se ao máximo a necessidade de utilizá-lo como testemunha. No entanto, caso seja indispensável esta oitiva, será dado tratamento similar ao agente colaborador, a fim de resguardar a sua identidade.

Outro ponto que exige reflexão é o fato que o agente infiltrado não será denunciado pelo Ministério Público em razão dos delitos por ele praticados, desde que não atue em excesso. Muito cuidado deve existir nesta situação, pois a ausência deste agente na peça acusatória pode acabar revelando sua identidade para os demais membros da organização criminosa, causando um sério risco para a segurança do agente infiltrado.

Por fim, cabe destacar, ainda a diferenciação de agente infiltrado e agente provocador:

- Agente infiltrado (*undercover agent*): agente de polícia; depende de prévia autorização judicial; deve agir de maneira passiva, não instigando os demais agentes a prática de eventual ilícito; eventual prisão a partir das informações por ele obtidas será um flagrante esperado.
- Agente provocador (*entrapment doctrine ou teoria da armadilha*): pode ser qualquer pessoa; não há necessidade de autorização judicial; caracteriza-se pela indução de alguém a prática de determinado ilícito; eventual prisão será hipótese de flagrante preparado, prisão ilegal, crime impossível, devendo ser relaxada. (LIMA, 2013, p. 590).

## ACESSO A DADOS CADASTRAIS

Conforme art. 3º, inciso IV da nova lei, é permitido, em qualquer fase da persecução penal, o acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais.

A Lei nº 12.850/13 dispõe ainda, em seu art. 15, que o delegado de polícia e o Ministério Público terão acesso, independentemente de autorização judicial, apenas aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito.

Esse dispositivo repete o contido no art. 17-B da Lei nº 9.613/98 (Lavagem de Capitais) com redação dada pela Lei nº 12.683/12.

Quanto à restrição de acesso apenas aos dados cadastrais, a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), da Câmara dos Deputados, ao analisar o texto do Projeto de Lei nº 150/2006, externou sua preocupação ao “abrir a porta para exceções e abusos”, ponderando dois pontos específicos:

- necessidade de prévia autorização judicial versus burocratização da investigação e do combate às organizações criminosas; e
- ausência de definição legal para “dados cadastrais”.

Justificando a inserção do termo “apenas”, feita pela CCJ, por emenda, os deputados citaram a seguinte jurisprudência:

DIREITO CONSTITUCIONAL. SIGILO TELEFÔNICO. INVOLABILIDADE, SALVO REQUISIÇÃO JUDICIAL. DADOS CADASTRAIS. EXCLUSÃO. POSSIBILIDADE DE REQUISIÇÃO DIRETA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. LEI COMPLEMENTAR N. 75/93, ART. 8º, § 2º.

1. A disposição do art. 5º, XII, da Constituição – inviolabilidade do sigilo “de dados e das comunicações telefônicas” – não se estende aos dados cadastrais dos assinantes do serviço de telefonia, em relação a requisições, especificamente justificáveis, feitas diretamente pelo Ministério Público Federal, em face do disposto no art. 8º, § 2º, da Lei Complementar n. 75/93.

2. Parcial provimento à apelação. (BRASIL, 2010).

A lei não trata de acesso a dados de movimentações financeiras nem de valores ou gastos constantes nas contas bancárias ou telefônicas dos investigados. Na realidade, a permissão conferida ao delegado de polícia e ao Ministério Público diz respeito ao acesso a nome, estado civil, filiação e endereço da pessoa investigada. Desta forma, a maioria da doutrina entende pela constitucionalidade do dispositivo, sendo indispensável a existência de regular procedimento investigatório em curso (OLIVEIRA, 2013).

Os argumentos da inconstitucionalidade deste acesso podem ser observados na doutrina de Guilherme Nucci:

Cadastros sigilosos, estejam onde estiverem, com qualquer conteúdo, somente podem ser acessados por ordem judicial. Há muito se consolidou tal entendimento pelo STF e demais tribunais pátrios. Não há razão alguma para se alterar essa posição. De tempos em tempos, por lei ordinária, surge alguma tentativa de violação da intimidade ou da privacidade do indivíduo por órgãos estranhos ao Judiciário, tais como

a polícia e o Ministério Público. [...] Enfim, permitir o livre acesso, sem autorização judicial, é abrir perigoso precedente, incompatível com as garantias individuais básicas do cidadão. (NUCCI, 2013, p. 505).

Coadunando com o pensamento da constitucionalidade do acesso direto, sem necessidade de autorização judicial para o acesso aos dados cadastrais, Renato Brasileiro, ao comentar o dispositivo contido na Lei de Lavagem de Capitais, vai além, permitindo essa medida para a apuração de qualquer delito:

Embora inserido na Lei de Lavagem de Capitais, este dispositivo pode ser invocado para a apuração de qualquer delito, especialmente infrações penais antecedentes. Não teve o legislador a intenção de limitar seu escopo à lavagem de capitais e nem teria razão para fazê-lo, já que o tipo penal de branqueamento depende de uma infração antecedente. (LIMA, 2013, p. 539).

Importante mencionar ainda que a recusa ou a omissão desses dados cadastrais, registros, documentos e informações requisitadas pelo juiz, Ministério Público ou delegado de polícia, no curso da investigação ou do processo configura o crime do art. 21 da Lei nº 12.850/13.

## **CRIMES OCORRIDOS NA INVESTIGAÇÃO E NA OBTENÇÃO DE PROVAS**

A Lei nº 12.850/13 criou mais quatro crimes, estando eles localizados nos seguintes artigos da nova lei:

Art. 18. Revelar a identidade, fotografar ou filmar o colaborador, sem sua prévia autorização por escrito:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Art. 19. Imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 20. Descumprir determinação de sigilo das investigações que envolvam a ação controlada e a infiltração de agentes:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 21. Recusar ou omitir dados cadastrais, registros, documentos e

informações requisitadas pelo juiz, Ministério Público ou delegado de polícia, no curso de investigação ou do processo:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem, de forma indevida, se apossa, propala, divulga ou faz uso dos dados cadastrais de que trata esta Lei. (BRASIL, 2013).

Percebe-se, portanto, que o intuito do legislador foi o de preservar os objetivos da lei, protegendo o colaborador, penalizando o falso colaborador, tipificando a quebra de sigilo específico na ação controlada e infiltração de agentes, além de criminalizar a recusa no fornecimento de dados requisitados pelas autoridades competentes no curso da investigação ou do processo.

## DISPOSIÇÕES FINAIS

O art. 22 da recente norma prevê que os crimes nela previstos, bem como as infrações penais conexas, serão apurados em procedimento ordinário previsto no CPP. Já surgem vozes apontando a inconstitucionalidade deste dispositivo, por afronta à competência constitucional do Juizado Especial, visto que há crimes de menor potencial ofensivo no diploma legal (MOREIRA, 2013).

Quanto ao tempo de duração do procedimento, a antiga Lei nº 9.034/95 previa um prazo para encerramento da instrução criminal de 81 dias, quando o réu estivesse preso, e de 120 dias, quando solto. Com a nova Lei, este prazo passa a ser de 120 dias quando o réu estiver preso, prorrogáveis em até igual período.

O crime de quadrilha ou bando, previsto no art. 288, CP, teve seu nomen juris alterado para “associação criminosa”, tendo sido o requisito do número de agentes reduzido de mais de três (quatro) para apenas três agentes, que associam-se para o fim específico de cometer crimes.

A pena permaneceu a mesma, reclusão de um a três anos. O parágrafo único foi alterado, antes a pena era aplicada em dobro se a quadrilha ou bando fosse armado, agora, a pena é aumentada até a metade se a associação é armada ou se houver participação de criança ou adolescente.

A modalidade qualificada prevista no art. 8º da Lei nº 8.072/90 continua vigente, pois a remição ao art. 288 do CP, em caso de se tratar de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo, continua válida.

A fim de elucidar as principais diferenças entre a associação criminosa e a organização criminosa, apresenta-se o seguinte quadro comparativo:

<b>Associação Criminosa</b>	<b>Organização Criminosa</b>
Associação de <b>três</b> ou mais pessoas.	Associação de <b>quatro</b> ou mais pessoas.
Reunião não eventual de pessoas, com caráter estável e permanente.	Estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente.
Finalidade específica de cometer crimes, independentemente da pena a eles aplicada.	Objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza.
-	Mediante prática de <b>infrações penais</b> .
-	Pena máxima <b>superior</b> a quatro anos ou que seja de caráter transnacional.

Percebe-se importantes diferenças entre os conceitos de associação criminosa e organização criminosa, sendo o primeiro mais genérico na descrição de sua conduta, não possuindo como número de agentes o seu fator de diferenciação, pois também poderá haver associação criminosa com quatro ou mais pessoas.

Característica importante é o objetivo de obter vantagem mediante a prática de infração penal cuja pena máxima seja superior a quatro anos ou que seja de caráter transnacional (ocasião em que não importará a quantidade da pena), a fim de caracterizar a organização criminosa, exigência esta que não é feita ao delito de associação criminosa, pois este demanda apenas a finalidade de cometer crimes, independentemente da pena a eles aplicada.

Outro marco essencial é a forma de constituição do grupo, a organização criminosa caracteriza-se pela estrutura ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, enquanto a associação criminosa dispensa esta organização, considerando irrelevante a posição ocupada pelos agentes, individualmente.

Reforçando as distinções entre a organização criminosa e a associação criminosa, Adel el Tasse ressalta:

Há, ainda, no crime de organização criminosa os seguintes importantes elementos especializadores: a) ordem estrutural; b) divisão de tarefas; c) objetivo de obtenção de vantagem. Com isso, o campo que separa o crime de associação criminosa do de organização criminosa fica mais claro, pois somente se poderá cogitar da ocorrência deste delito se comprovada a existência de estruturação perfeitamente ordenada, com divisão interna de tarefas entre os participantes e objetivo de obtenção de vantagem diversa da inerente ao próprio delito meio, ou seja, deve se comprovar que a existência do grupo criminoso se faz em razão do atingimento de vantagens próprias, o que não pode ser, por exemplo, o lucro pela prática do roubo, pois esta vantagem é a inerente ao próprio delito de roubo, não se confundindo, portanto, com a vantagem objetivada para que se visualize a hipótese como consistente em organização criminosa. (TASSE, 2013).

O crime de falso testemunho ou falsa perícia teve seu preceito secundário alterado, aumentando-se esta pena que antes era de reclusão de um a três anos e multa para reclusão de dois a quatro anos e multa, afastando-se a possibilidade de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95).

Foi revogada a Lei nº 9.034/95. Permanece em vigor a Lei nº 12.694/2012, que trata da faculdade conferida ao juiz para decidir pela formação de um órgão colegiado de primeiro grau para a prática de qualquer ato processual em processos ou procedimentos que tenham por objeto crimes praticados por organizações criminosas, restando aqui a já mencionada discussão de qual definição de organização criminosa será utilizada.

A Lei nº 12.850/13 entra em vigor 45 dias de sua publicação oficial, ou seja, no dia 19 de setembro de 2013.

## CONCLUSÃO

A nova lei de organizações criminosas tratou de instrumentos extremamente delicados, que atingem intensamente direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Esses direitos não são considerados absolutos e ilimitados, encontrando limites em outros direitos fundamentais, podendo, assim, sofrer restrições a fim de que um deles prevaleça sobre o outro, a depender do caso concreto, buscando atingir equilíbrio e harmonia.

O crime organizado possui grande força e potencial de causar danos à sociedade, por isso demanda um combate árduo e diferenciado pelo Estado. Essa incessante persecução aos grupos criminosos especializados exige uma série de duras e invasivas medidas a

serem tomadas para que possa haver um resultado prático na proteção dos bens jurídicos tutelados e uma eficácia na realização da justiça, respeitando, assim, a proibição da proteção deficiente.

De outro lado, deve-se também atentar para não instaurar um Direito Penal de Emergência ou de Exceção, fadado ao reconhecimento de inconstitucionalidade pelos Tribunais. A medida proporcional deve ser encontrada para tratar de forma especial esses crimes que também atingem com especial severidade a sociedade, cuidando sempre para não incidir em excessos.

Os instrumentos jurídicos do direito penal clássico sempre estiveram em descompasso com a sofisticação dos atuais grupos criminosos organizados, e é neste contexto que surge a Lei nº 12.850/13, restringindo direitos e garantias fundamentais.

O direito à intimidade, imanente ao ser humano, cláusula pétrea, é flexibilizado com a possibilidade de realização de interceptação telefônica, ressalvada pelo art. 5º, XII da Constituição Federal, bem como pelo afastamento do sigilo a registros financeiros, bancários e fiscais, previstos pela legislação.

A colaboração premiada, tratada por alguns como um fomento à traição, um incentivo a condutas que violam preceitos éticos e morais também não deixa de ser um sopesamento de valores e princípios feito pelo legislador e pelos atores nas investigações e processos judiciais.

A infiltração de agentes é outro ponto de grande discussão quando se contrapõe aos direitos e garantias fundamentais. Há quem diga que este agente receberia uma “carta branca” para praticar crimes, violando o imperativo da exemplariedade e até mesmo o princípio da moralidade em sentido amplo. No entanto, o legislador preferiu permitir esta prática quando a prova não puder ser produzida por outro meio, justificado na eficiência do combate ao crime organizado e na proteção dos bens jurídicos.

A fim de proteger esses bens e garantir a fruição dos direitos previstos para a sociedade, o Estado deve tomar atitudes que restringirão em certa medida direitos e garantias de indivíduos, mas a pergunta que se faz é qual o grau de restrição aceitável em um Estado democrático. Esta será a decisão a ser tomada pelos operadores do direito.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Primeiras reflexões sobre organização criminosa**. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/cezarbitencourt/2013/09/05/primeiras-reflexoes-sobre-organizacao-criminosa>>. Acesso em 17 set. 2013.

BRASIL. **Lei nº 12.850**, de 2 de agosto de 2013. Brasília, DF. 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.807**, de 13 de julho de 1999. Brasília, DF. 1999.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. AP 470/MG. Rel. min. Joaquim Barbosa. **Informativo 690 do STF**. Julgado em 28.11.2012. Brasília, DF. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 96.007. Relator min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 12/6/2012. Acórdão Eletrônico. **Diário da Justiça Eletrônico - DJe-027**. Brasília, DF. Divulgado em 7.2.2013. Publicado em 8.2.2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 76.213, Relator min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 14.4.1998. **Diário da Justiça**. PP-00003 Ement. v. 01911-01. PP-00185. Brasília, DF. 22.5.1998.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus nº 179.182/RJ. Relator ministro Gilson Dipp, Quinta Turma. Julgado em 7.2.2012. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, DF. 14.2.2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus nº 11.9205/MS. Rel. ministro Jorge Mussi, Quinta Turma. Julgado em 29/9/2009. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, DF. 16.11.2009.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal 1. 5ª Turma. **Apelação Cível nº 2007.33.00.0084184/BA**. Rel. des. João Batista Gomes Moreira. Julgado em 24/5/2010.

DALABRIDA, Sidney Eloy. **A nova lei do crime organizado – Lei n. 12.850/13**. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/henriqueziesemer/2013/09/12/a-nova-lei-do-crime-organizado-lei-n-12-8502013>>. Acesso em 17 set. 2013.

GOMES, Luiz Flávio. **Definição de crime organizado e a Convenção de Palermo**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 6 maio de 2009.

\_\_\_\_\_. **Criminalidade econômica organizada**. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2013/08/29/criminalidade-economica-organizada>>. Acesso em 2 set. 2013.

LEAL, João José. A Lei 9.807/99 e a figura do acusado-colaborador ou prêmio à delação. In: **Revista dos Tribunais**, v. 782. São Paulo: RT, p. 443-458, 2000.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A nova Lei de organização criminosa** – Lei n. 12.850/2013. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/romulomoreira/2013/08/12/a-nova-lei-de-organizacao-criminosa-lei-no-12-8502013>>. Acesso em: 12 ago. 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 7. ed. rev. atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 17. ed. – Comentários ao CPP – 5. Ed. – Lei 12.850/13. Disponível em: <<http://eugeniopacelli.com.br/atualizacoes/curso-de-processo-penal-17a-edicao-comentarios-ao-cpp-5a-edicao-lei-12-85013-2>>. Acesso em 26 ago. 2013.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo** (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal). São Paulo: Saraiva, 2003.

SANCTIS, Fausto Martin de. **Combate à lavagem de dinheiro: teoria e prática**. Campinas, SP: Millenium Editora, 2008.

TASSE, Adel el. **Nova Lei de Crime Organizado**. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/adeleltasse/2013/08/22/nova-lei-de-crime-organizado>>. Acesso em: 4 set. 2013.

# LITÍGIO ESTRATÉGICO DE INTERESSE PÚBLICO: DESAFIO AO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO

Antonio Henrique Graciano Suxberger

Promotor de Justiça no Distrito Federal. Mestre e doutor em Direito. Professor do Uniceub, da Escola Superior do Ministério Público da União e da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (<http://lattes.cnpq.br/9136957784681802>). Contato: <suxberger@gmail.com>; fone 9981-3725 e 3343-9974. Endereço: Sede do MPDFT, sala 905.

## RESUMO

O presente ensaio busca analisar quais as características do litígio estratégico de interesse público, aqui compreendido como aquele utilizado como ferramenta de emancipação cidadã. Coteja os desafios do litígio estratégico com os desafios postos ao Ministério Público, instituição estatal que, para cumprir sua função de garantia institucional de direitos fundamentais, deve guardar atuação próxima e informada por agentes não estatais e pela consecução do interesse da coletividade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Litígio estratégico.–Ministério Público. Controle de Constitucionalidade de leis. Emancipação cidadã.

## CONSIDERAÇÃO INICIAL

A positivação de garantias – jurídicas, culturais, econômicas, políticas etc. – nos textos constitucionais e legais dos países latino-americanos, com especial ênfase no Brasil, tem permitido, juntamente com outros fatores, a judicialização de demandas que usualmente ensejavam discussões apenas em searas diversas da técnico-jurídica. Esse fenômeno acentuou-se com a promulgação da Constituição de 1988 e também com a efetivação de instituições estabelecidas constitucionalmente para a promoção de direitos fundamentais.

O Ministério Público, instituição que passou por um processo de remodelagem institucional e de refundação de suas missões pela Constituição de 1988, enfrenta hoje o desafio de apresentar-se, perante a sociedade e também perante o Poder Judiciário, como relevante ator no processo de desestabilização de práticas sociais contrárias ou nocivas à construção de uma sociedade mais igualitária. Nesse passo, é importante questionar, além da apresentação do modelo institucional do Ministério Público – tema que hoje se encontra amplamente

difundido na literatura jurídica nacional –, como o Ministério Público tem efetivado esse modelo institucional. Cumpre, pois, perquirir para além das estruturas objetivas e esferas de competência outorgadas ao Ministério Público: importa saber o que tem feito a instituição a partir dessas estruturas objetivas, isto é, o que realiza efetivamente a partir de suas posições.

O objetivo do presente ensaio consiste em cotejar os desafios postos ao Ministério Público com os desafios igualmente estabelecidos pela prática incipiente no Brasil do litígio estratégico de interesse público. Para tanto, será necessário apresentar o litígio estratégico como categoria operacional e, principalmente, ferramenta inédita de discussão institucional a respeito de práticas sociais que põem em xeque as estruturas divergentes de um ideal emancipador. Seguidamente, apresentar o difícil diálogo entre as estruturas fixadas ao Ministério Público brasileiro e suas possibilidades de afirmação como sujeito relevante na realização do litígio estratégico de interesse público. Ver-se-á, ao cabo, que os desafios postos ao próprio litígio estratégico de interesse público, ora em maior, ora em menor medida, são igualmente os desafios que se colocam ao Ministério Público, para afastar a possibilidade de que seja ele apenas uma instituição reprodutora de desigualdades e colocá-lo em sintonia com a efetivação de práticas de emancipação cidadã.

## APROXIMAÇÃO DO LITÍGIO ESTRATÉGICO DE INTERESSE PÚBLICO

O litígio estratégico ou paradigmático consiste na fixação em casos exemplares e com grande impacto social, de modo a dar-lhes a maior visibilidade política. Ele também é chamado de litígio de impacto ou alto impacto, litígio de caso-teste, entre outras expressões. Mais que atentar para a solução do problema posto no caso específico, a preocupação centra-se na criação de um precedente relevante e na percepção generalizada de uma prática que se reputa nociva ou que simplesmente se pretende alterar. Pretende-se no litígio estratégico uma prática de advocacia mais engenhosa, cujas opções ponderem não apenas objetivos próximos, mas efetivamente a influência no processo de construção do problema apontado pelo caso.

O litígio estratégico se vale de uma técnica de advocacia comumente chamada nos países de *common law* de *issue-oriented* ou *policy-oriented*. Busca obter o impacto social e o avanço jurídico em determinado tema, em lugar de simplesmente atender às demandas e aos interesses de determinado cliente. Vale destacar que a ideia de litígio estratégico nem sempre se insere na prática de uma advocacia de direitos humanos.

Interessa aqui, de modo mais amiúde, o litígio estratégico de interesse público, isto é, aquele de se que valem movimentos sociais, redes de atores não estatais ou mesmo instituições públicas, para o incremento das disposições integrantes do sistema de proteção dos direitos humanos. A busca de uma construção conceitual não pretende alcançar uma definição conclusiva. Evorah Cardoso, com precisão, destaca que “não há um conceito definido sobre o que é litígio estratégico, por isso designá-lo como discurso-prática” (2008, p. 42).

Colhem-se exemplos bem-sucedidos dessa prática não apenas no Brasil, mas também em países com realidades mais próximas da brasileira, como Colômbia (T-153 e T-58729 da Corte Suprema de Justiça) e Argentina (Caso Verbitsky da Corte Suprema de Justiça na Nação da Argentina).

A eleição dos casos paradigmáticos, para o litígio estratégico de interesse público, usualmente é marcada pela escassez de recursos – o que dá importância fundamental ao processo de planejamento para a alocação desses recursos –, além de uma criteriosa análise de custo-benefício em relação às mudanças sociais almejadas. Nessa seara, causar impacto e produzir benefícios a uma determinada coletividade são as palavras de ordem (GUIMARÃES, 2009, p. 16).

De modo geral, notadamente num país de desigualdades longevas como o Brasil, o litígio estratégico de interesse público deve orientar-se à atenuação das desigualdades.

A preocupação com a realização de um ethos igualitário para as instituições brasileiras, inclusive o Poder Judiciário, justifica-se pela importância que a realização material da igualdade assume para a concepção de dignidade humana aqui deduzida. A Constituição brasileira foi generosa na afirmação do Ministério Público como instituição dirigida à concretização de direitos fundamentais. Sua afirmação como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, como preceitua o caput do artigo 127 da Constituição de 1988, impõe ao Ministério Público uma missão grandiosa, ao mesmo tempo que sua inserção na organização do Estado deu-se de modo bastante peculiar em face do que havia antes (“Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira” – § 2.º do já mencionado artigo 127).

Mesmo o acesso às próprias instituições estatais no Brasil, para além das já cons-

tatadas desigualdades econômicas, dá-se de modo a praticamente perpetuar a longa desigualdade que marca a sociedade brasileira. Quando se tem em conta o incremento em 270% da população carcerária em aproximadamente 15 anos (conforme dados do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN) em contraste com a percepção de insegurança e de impunidade presente na sociedade brasileira (e nos países latino-americanos em geral, como demonstra a Corporación Latinobarómetro), não é difícil concluir que até mesmo o acesso à Justiça, no Brasil, dá-se de modo aprioristicamente hierarquizado, desigual, especialmente naqueles casos de efetivação deficitária de direitos constitucionalmente assegurados, mas que demandam atuação estatal para sua perfeita concretização.

É importante deixar claro que a pretensão de eliminação total das desigualdades revela-se tão equivocada como a afirmação cega da desigualdade. A desigualdade, aliás, é própria de um conceito mais maduro de democracia, pois o papel desta compromete-se com a justiça social, por força de seu conteúdo ético, mas pressupõe igualar as desigualdades sem eliminá-las. A democracia é fato político, não econômico, por isso não elimina as desigualdades, mas assume as diferenças. A democracia, assim, realiza-se em dois estados do social, isto é, em sistemas objetivos de posições (situados nos campos político e burocrático) e pacotes subjetivos de disposições (situados nas estruturas mentais que compõem o habitus político) depositadas nos agentes sob a forma de esquemas cognitivos e conativos que informam pensamentos, sentimentos e conduta (WACQUANT, 2005, p. 11).

Daí a importância de questionar o papel do litígio estratégico na concretização desse objetivo mais igualitário. Usualmente, especialmente entre aqueles afetos ao mundo do Direito, superestima-se a solução judicial. Das duas, uma: ou essa postura resulta em frustração ou em alheamento da realidade.

## **LITÍGIO ESTRATÉGICO DE INTERESSE PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE EMANCIPAÇÃO**

De plano, cumpre salientar que a construção do Estado de Direito é projeto substancialmente inconcluso. O projeto constitucional do Estado de Direito observa, nesse particular, o paradoxo do próprio projeto democrático.

Convém rememorar a advertência de que a redação do artigo 1.º da Constituição brasileira traz uma promessa, e não uma constatação. Ao afirmar que “a República Federativa do Brasil [...] constitui-se em Estado Democrático de Direito”, a Consti-

tuição reclama de seu intérprete a consideração inafastável de que as normas jurídicas expressam-se por proposições deontológicas. É dizer: conquanto guarde texto que se pretende acessível por qualquer pessoa que o leia, a Constituição, logo em seu artigo primeiro, afirma, em verdade, que a República Federativa do Brasil “deve ser” um Estado Democrático de Direito. E, para a ultimação dessa proposição, deve-se buscar a leitura e efetivação dos demais dispositivos da Carta Política sempre à luz desse projeto, desse objetivo maior. A valer, essa advertência serve para toda e qualquer Carta de Direitos; caso contrário, corre-se o risco de redução da complexidade social, de modo a ensejar a pueril crença de que as mudanças sociais se dão apenas pela positivação de preceitos jurídicos.

Assim, é preciso ter em conta de que, tal como a democracia, o momento de plena realização do Estado de Direito é igualmente o momento em que se inicia sua desintegração. A lição de Chantal Mouffe, quando se refere à democracia, é igualmente válida aqui: cuida-se de um bem que só existe como bem enquanto não pode ser alcançado. Afinal, “o conflito e o antagonismo são simultaneamente condição de possibilidade e condição de impossibilidade de sua total realização” (1996, p. 19).

Na construção do Estado Democrático de Direito, o litígio estratégico de interesse público há de atuar como ferramenta de construção de uma sociedade mais igualitária. Há inúmeros desafios a serem enfrentados pelo Brasil quando se coteja a realidade brasileira com a do restante do mundo. No entanto, mais do que atentar para a elevação do padrão de desenvolvimento brasileiro, a preocupação deve centrar-se no fato de que os mais altos padrões apresentados pelo Brasil são alcançados apenas por alguns setores sociais (poucos) em detrimento de outros (muitos). De modo simples: o problema brasileiro não reside no nível de desenvolvimento em si, mas no nível de desigualdade desse desenvolvimento dentro do próprio país. No entanto, impõe-se que o diálogo da sociedade sobre os temas versados nas ações de forte impacto social ocorra igualmente além dos autos de um processo.

Nessa linha de ideias, o desafio que se impõe ao litígio estratégico de interesse público, como ferramenta de emancipação cidadã, reside na apresentação de meios para assegurar acesso igualitário ao próprio bem “justiça” e, nesse processo, permitir a abertura para soluções hábeis a atenuar desigualdades sociais. Tome-se essa emancipação cidadã como a preocupação em assegurar meios orientados a um valor: a riqueza humana. Esta, dirigida a permitir o desenvolvimento das capacidades humanas, a construção de condições que permitam a real apropriação e igual concretização dessas capacidades por parte

dos indivíduos, grupos, culturas e qualquer forma de vida existente no mundo (HERRE-  
RA FLORES, 2008, p. 171 et seq.).

Ademais dos já conhecidos índices de desigualdade social, como já asseverado, o próprio acesso à jurisdição se apresenta de modo aprioristicamente hierarquizado no Brasil. Em verdade, o próprio “império da lei”, mais do que um projeto em construção, mostra-se ora mais concretizado para alguns poucos em detrimento de outros. Não é exagero afirmar que o debate sobre o pluralismo jurídico, que usualmente nos Estados se refere a temáticas próprias do multiculturalismo, alcança, no Brasil, a certeza de que o Direito vale mais para alguns que para outros. Isso é tão mais verdade quando se analisam os dados do sistema prisional brasileiro. Em 2014, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (2014), já são mais de quinhentos e sessenta mil pessoas vinculadas ao sistema carcerário. Esse número dá a certeza de que o sistema de justiça criminal, propaladamente ensejador de uma percepção cruel de impunidade, “funciona” para esse mais de meio milhão de pessoas. A questão é saber quem são seus clientes habituais, invisíveis no desenho das polícias públicas de segurança pública e de organização dos grandes centros urbanos.

Assim, é preciso inserir o litígio estratégico de interesse público no Estado de Direito no Brasil, necessariamente, como ferramenta de redução de desigualdades. Em sentido mais estrito, se tomarmos o conceito de dignidade da pessoa como o acesso igualitário e não hierarquizado aprioristicamente aos bens materiais e imateriais necessários a uma vida que valha a pena ser vivida, o litígio estratégico de interesse público pode (deve) ser um instrumento para efetivação do postulado da dignidade da pessoa. Se os direitos humanos são os resultados – provisórios – de lutas sociais dirigidas à efetivação dessa dignidade, é preciso tomá-la (dignidade) como um fim material, isto é, para além do simples acesso aos bens, mas efetivamente acesso igualitário e não hierarquizado a priori por processos de divisão do fazer que coloquem alguns, ao ter acesso aos bens, em posições privilegiadas e outros, em situação de opressão e subordinação (HERRERA FLORES, 2009, p. 37).

Caso contrário, perde-se o leitmotiv emancipatório que informa o litígio estratégico de interesse público, para torná-lo apenas mais um entre os inúmeros instrumentos da discussão em torno da judicialização de políticas públicas e da assunção pelo Poder Judiciário de papéis e missões então outorgadas a instâncias puramente políticas ou mandatárias.

## O PAPEL DAS INSTITUIÇÕES EM TERMOS DE LITÍGIO ESTRATÉGICO

A pretensão, pois, assumida de uma sociedade igualitária, correspondente a um ideal de Estado de Direito, é a distribuição de direitos de forma igual a todos, bem assim de deveres e responsabilidades igualmente a todos. Nesse feixe de demandas, o impacto da desigualdade dá-se justamente na ausência de reciprocidade do exercício dos diversos papéis sociais. Em verdade, ocorre um processo que torna alguns estratos sociais invisíveis, demonizados ou mesmo imunes aos processos de construção das identidades sociais. Identidade é processo de construção entre iguais – o que não surge como igual aparece apenas como coletivo.

Há alguns paralelos que ilustram essa assertiva. Há demandas políticas identificadas e há massas que deduzem opções dirigidas politicamente. Há reclamos de concretização de direitos individualmente considerados e há ações subversivas do status quo jurídico. Há desafios economicamente postos e há grupos que são economicamente desconsiderados (ou considerados apenas como força de trabalho, mas não de consumo).

O Direito, por óbvio e infelizmente, também reproduz esse processo de afirmação de desigualdades. Em espectros mais amplos, o Direito atua na faixa existente entre dois extremos: os imunes a sua incidência (máxime em relação à imposição de deveres e responsabilidades) e os invisíveis em relação a sua vigência (especialmente em relação aos direitos assegurados). É claro que, em seu desenho abstratamente considerado, o Direito imagina-se num feixe de direitos e obrigações que incide igualitariamente para todos. Mas, nas práticas sociais que efetivam sua incidência, parece inegável que o Direito realiza-se nas mais das vezes como ferramenta de manutenção de uma ordem social injusta. A chave, em verdade, não reside tanto na mudança do Direito posto, mas no Direito efetivado. Como fenômeno social dinâmico e complexo, é inútil considerar o Direito apenas nas prescrições veiculadas pelos textos positivados. Interessa mais a prática das instituições que eventuais reformas legislativas. E nisso reside a importância do litígio estratégico de interesse público, pois atua como ferramenta que impõe a reflexão e verdadeiramente põe em xeque o modo pelo qual as instituições realizam o Direito.

Assim, o debate sobre o papel das instituições na construção do Estado de Direito inarredavelmente passa pela reflexão a respeito do cumprimento (ou não) dos papéis outorgados às instituições. No particular, importa trazer esse questionamento ao Ministério Público.

## MINISTÉRIO PÚBLICO: AGENTE DE TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS?

As origens históricas do Ministério Público são objeto de discussão na literatura especializada. De qualquer modo, não deixa de ser curioso que o *le gens du Roi*, título nobiliárquico instituído por Felipe IV (o Belo) no século XIV (ordonnance de 23 de março de 1302), seja apontado como o início daqueles que viriam a integrar o chamado *Ministère Public*. Tornaghi relembra que “a hipertrofia de poderes dos antigos procuradores do rei e a confusão entre a pessoa desse e o Estado que fez surgir o Ministério Público” (1990, p. 482). Eles passaram de mandatários judiciais a verdadeiros funcionários, encarregados de mover ações penais e de fiscalizar a atividade da Justiça e da Polícia.

Embora mereça destaque a passagem que fez dos *gens du Roi* funcionários responsáveis pela persecução penal e por atividade fiscalizatória do próprio Estado, não deixa de ser interessante notar a manutenção do Ministério Público no Estado francês mesmo depois do movimento revolucionário que culminou com a ascensão da burguesia ao poder. Por sua origem vinculada aos interesses reais, os integrantes desse incipiente Ministério Público estariam fadados à guilhotina, destino da base nobiliárquica que o criou. Porém, vê-se aí que a manutenção da instituição – ou mesmo seu fortalecimento – deu-se justamente por uma prática emancipatória sedimentada ao longo do tempo, a se coadunar com as preocupações que resultaram na fixação de um novo paradigma de Estado pelo movimento revolucionário. É válido lembrar que a fundação desse novo estado de coisas não se deu em espaço de consenso. Ao revés, é preciso investigar essa percepção a partir dos motivos (reais ou dissimulados), das diversas forças sociais que ali interferiram, em cada momento, no sentido de impulsionar, retardar ou modificar o desenvolvimento e a efetividade prática dos direitos humanos naquela sociedade. Esse esforço por uma “história social”, na feliz expressão de Trindade (2011, p. 16), deve ser resgatado a todo tempo, sob pena de vermos instituições vocacionadas a práticas emancipadoras reproduzirem o contexto de desigualdade a que deveriam se contrapor.

É esse o dilema perene do Ministério Público. Saber-se Estado, mas colocar-se ao lado do interesse da coletividade. Afirmar-se como voz do interesse público naquilo que necessariamente o distinga do interesse público subjetivamente considerado. Guardar sintonia com atores não estatais, embora sua atuação seja de Estado. E, também por isso, guardar-se como poderosa ferramenta de uma prática que resulte num Judiciário acessível, independente e criativo, cujas decisões tenham aptidão de transformação social, capaci-

dade de influenciar a decisão de outros tribunais (precedentes) e poder de diálogo com políticas públicas existentes ou, quando menos, de provocação de gestão pelo Executivo, e com o processo legislativo (por vezes sobrepondo-se a ele ou provocando a promulgação de normas). Essas qualidades e aptidões são pressupostos de um litígio estratégico de interesse público (CARDOSO, 2011, p. 367) e, por isso, chocam-se com noções tradicionais como separação de poderes e convergem com os desafios do ativismo judicial.

O Ministério Público, em lugar de contrapor-se, deve caminhar *pari passu* a esses atores não estatais que promovem o litígio estratégico de interesse público. Em algumas situações, por contar com recursos de que muitas vezes não dispõem esses atores, deve assumir para si a promoção do litígio. Isso porque, em certa medida, a situação experimentada pelo Ministério Público com a Constituição de 1988 lembra a passagem da ascensão da burguesia. A paulatina caminhada do Ministério Público como garantia institucional de tutela objetiva dos direitos fundamentais é que assegurou não apenas a sua manutenção, mas sua verdadeira reinvenção pela Constituição-cidadã.

Há aqui consideração derradeira dessa afirmação do Ministério Público como eventual ou suplementar protagonista do litígio estratégico de interesse público.

O litígio estratégico de interesse público, após superar a ausência de visibilização de demandas ou sujeitos politicamente considerados, dirige-se à desestabilização de práticas sociais nocivas ou impeditivas de instrumentos de efetivação dos direitos humanos. Essa desestabilização opera-se ora por meio do aumento do custo político da prática violadora, posta em evidência por meio do litígio de alto impacto, ora por meio da interferência no processo que resulta na prática violadora.

Essa segunda hipótese – interferência no processo que resulta na prática violadora –, pela própria conformação estatal do Ministério Público, não admite realização solitária pela instituição. É bem verdade que o processo de visibilização da prática violadora também não ocorre de modo desacompanhado dos demais atores e sujeitos políticos envolvidos na construção de demandas de emancipação cidadã. Contudo, quando aborda a interferência no processo que resulta na prática violadora, o concurso dos agentes não estatais não se presta a aprimorar a atuação do Ministério Público, mas sim a permitir essa atuação de modo efetivamente emancipador. Sem a aproximação lúdima desses agentes não estatais, o risco é de uma atuação dissociada das próprias razões inspiradoras da consolidação do Ministério Público pela Constituição de 1988.

## UM EXEMPLO A PARTIR DO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE: DIÁLOGO ENTRE MINISTÉRIO PÚBLICO E ATORES NÃO ESTATAIS

Um exemplo simples pode ilustrar a compreensão de que o litígio estratégico de interesse público mais efetivo é o que, além de dar visibilidade a práticas nocivas, permite a atuação no processo que resulta na prática violadora.

A Câmara Legislativa do Distrito Federal, por causa da peculiar conformação do Distrito Federal, reúne competências estadual e municipal. Sua implementação ocorreu no início da década de 1990, que culminou com a promulgação da Lei Orgânica do Distrito Federal, que faz as vezes de Constituição local. O Distrito Federal reproduz modelo de controle abstrato de constitucionalidade, para permitir que o órgão especial do Tribunal de Justiça local, o Conselho Especial, aprecie ações diretas de inconstitucionalidade e outros instrumentos próprios desse controle direto que tomem como parâmetro de controle a Lei Orgânica do Distrito Federal. Assim, tal controle dá-se sem prejuízo da competência assegurada ao Supremo Tribunal Federal de efetivar o controle abstrato que tenha por parâmetro a Constituição da República.

A Lei federal nº 11.697 (Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal), de 2008, enumera os legitimados a provocar o controle abstrato de constitucionalidade local: o Governador do Distrito Federal; a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Procurador-Geral de Justiça; a Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Distrito Federal; as entidades sindicais ou de classe, de atuação no Distrito Federal, demonstrando que a pretensão por elas deduzida guarda relação de pertinência direta com os seus objetivos institucionais; os partidos políticos com representação na Câmara Legislativa.

O Distrito Federal é apontado como a segunda unidade da Federação com maior número de normas julgadas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, conforme os dados disponíveis no sítio eletrônico do próprio Tribunal. O Ministério Público, por meio de sua Procuradoria Geral de Justiça, surge – de longe – como o principal provocador do controle abstrato local perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

Uma rápida análise dos últimos oito anos evidencia a gravidade da situação do Distrito Federal, que se apresenta como unidade da Federação infensa à promoção de seu próprio texto constitucional. Os dados aqui mencionados derivam de análise das ações disponibilizadas no sítio eletrônico do Ministério Público do Distrito Federal e Território.

rios (<http://www.mpdft.mp.br>). Quando se avaliam apenas as ações diretas de inconstitucionalidade promovidas pelo Ministério Público, tem-se que, no ano de 2004, foram 60 ações; em 2005, 76; em 2006, 63; em 2008, 28; em 2009, 27; em 2010, 25; em 2011, 18; em 2012, 28; 2013, 36; 2014 (até o mês de setembro), 37 ADIs. Além dessas ações diretas apresentadas ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, não se devem olvidar as representações deduzidas em 2013. Nos anos de 2004, 2005 e 2006, o elevadíssimo número de leis inconstitucionais que padeciam de vícios similares – a ensejar discussões de baixíssima ou nenhuma complexidade jurídica na Corte de Justiça local –, ensejou prática pouco ortodoxa pelo Ministério Público, com vistas a dar justamente maior visibilidade às ações do Legislativo local na aprovação de leis inconstitucionais. Nesses anos, o Ministério Público passou a reunir, em ação única, grupos de leis cujos vícios de inconstitucionalidade fossem idênticos.

A repercussão midiática dessas ações – assunto que usualmente pouca ou nenhuma atenção atrai da imprensa – deteve-se justamente nos números absolutos, bastante elevados, de leis editadas e sabidamente inconstitucionais. Chegou-se a ponto de noticiar que a Câmara Legislativa teve mais da metade de suas leis invalidadas por decisão judicial.

Aos fins do presente estudo, pouco interessam as razões jurídicas pelas quais as leis distritais foram impugnadas e, ao final, declaradas inconstitucionais. Basta dizer que, nos últimos oito anos, o Ministério Público sempre obteve patamar superior a 75% de procedência dos pedidos deduzidos nas ações diretas de inconstitucionalidade (esse percentual não considera a pendência de julgamento de um sem-número de recursos extraordinários, já admitidos, pelo Supremo Tribunal Federal). Importa aqui, verdadeiramente, analisar como se deu visibilidade a essa prática nociva – isto é, uma produção legiferante casuística e totalmente dissociada das razões de higidez da Carta Política local e, por via oblíqua, da própria Constituição da República.

Além do próprio ajuizamento das ações diretas, o Ministério Público passou a reunir os dados que noticiavam o número de ações ajuizadas e de leis fulminadas por decisão judicial. Esse último dado – quantitativo de leis questionadas e declaradas inconstitucionais – impressiona quando cotejado com os números absolutos de produção legiferante da Câmara Legislativa do Distrito Federal. Em 2006, o Distrito Federal foi a unidade da Federação que mais teve leis declaradas inconstitucionais em todo o Brasil. Esses dados permitiram que a própria sociedade civil se atentasse para essa produção sabidamente inconstitucional levada a efeito pela Câmara Legislativa.

Conquanto a extensiva cobertura midiática desses alarmantes números assegurasse uma visibilidade dessa corriqueira e nociva prática legislativa no Distrito Federal, sozinho, o Ministério Público pouco poderia fazer em relação aos processos políticos e sociais que, em si, redundavam na edição dessas leis sabidamente inconstitucionais. Mais do que isso, o tempo de resposta do Poder Judiciário, quando se trata do controle abstrato de constitucionalidade, em que mesmo o exame de cautelaridade responde a uma conveniência política de suspensão de eficácia da norma, e não ao perigo de manutenção de sua vigência, muitas vezes faz que a resposta seja ainda mais amarga que o mal em si, uma vez que os quadros fáticos francamente inconstitucionais acabam se estabilizando. Surge, então, o difícil confronto que coloca, de um lado, o valor da segurança jurídica e a estabilização da própria realidade e, de outro lado, a necessidade de se assegurar a higidez de um sistema cujo fechamento dá-se pela supremacia da norma constitucional.

Se o Ministério Público acertou, na junção de leis em blocos, para maior visibilidade dos casos de inconstitucionalidade, em nítida atuação de litígio paradigmático, vê-se que essa atuação por si só não ensejaria interferência no processo que resulta na proliferação absurda de diplomas inconstitucionais.

Em janeiro de 2011, graças à influência da bem-sucedida iniciativa havida na cidade de São Paulo, intitulada “Adote um Vereador”, inaugurou-se no Distrito Federal o projeto “Adote um Distrital”. O projeto decorreu igualmente da gravíssima situação política enfrentada no Distrito Federal, que chegou ao extremo de ver decretada a prisão cautelar de seu governador e a nomeação de um governador para mandato interino eleito por votação indireta, promovida no seio da multicitada Câmara Legislativa. A coordenação do grupo é feita pelo Movimento de Combate a Corrupção Eleitoral – MCCE e pelo Instituto de Fiscalização e Controle – IFC, não tem fins lucrativos e não guarda vinculação com nenhuma agremiação partidária. Vale lembrar que a investigação que ensejou a chamada “Operação Caixa de Pandora”, que resultou na prisão do governador, iniciou-se no próprio Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

No final de 2012, após a realização de operação conjunta entre o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e a Polícia Civil, noticiou-se a possível prática de crimes contra a Administração Pública no seio da Câmara Legislativa do Distrito Federal, por meio da destinação de emendas parlamentares fraudulentas para eventos que sabidamente reverteriam financeiramente ao próprio parlamentar que as apresentou. A Câmara Legislativa, do ponto de vista correicional, isto é, em referência aos órgãos internos de

controle, não ultimou quaisquer providências de ofício para aferição de eventual quebra de decoro parlamentar.

Os integrantes do Projeto “Adote um Distrital”, em conjunto com outros atores da sociedade civil organizada, então, dirigiram-se à Casa Legislativa, para pleitear formalmente a instauração de processo disciplinar por quebra de decoro parlamentar do investigado. No mesmo sentido, o Projeto, em conjunto com outros atores da sociedade civil organizada, trouxe para si a responsabilidade de fiscalizar e divulgar práticas sabidamente ilegais que, até então, se davam sem qualquer visibilidade à população do Distrito Federal. Conquanto a mobilização social, inclusive por intermédio da imprensa, cobre da Casa Legislativa providências para ultimar o procedimento de apuração de eventual quebra de decoro, até o momento, por fás ou por nefas, não se ultimaram providências processuais – no plano interna corporis – para conduzir os fatos à apreciação dos membros do Parlamento.

Especificamente em relação à edição de leis sabidamente inconstitucionais, o papel desempenhado pelo Ministério Público, justamente porque alijado, distante, das práticas ensejadoras da edição desses diplomas, carecia de maior efetividade, porque sempre posterior e, muitas vezes, ineficaz, dada a realização dos efeitos pretendidos pela edição da norma sabidamente inconstitucional. Demais disso, os custos políticos decorrentes da invalidação judicial da lei – que interessava a este ou aquele grupo ou coletivo provocador da atuação legislativa – recaíam invariavelmente em desfavor do Ministério Público e do Poder Judiciário, rotulados como insensíveis aos graves problemas que tais leis inconstitucionais buscavam solucionar. Viam-se pululando as chamadas “inconstitucionalidades úteis”, isto é, normas sabidamente inconstitucionais que, por menor que fosse o tempo de vigência do diploma normativo, ensejavam situações fáticas que traziam benefícios a esse ou aquele grupo mencionado no tema versado no diploma legal.

Merece destaque, ainda, nessa atuação fiscalizatória, o trabalho realizado pela Corte de Contas distrital: o Tribunal de Contas do Distrito Federal. Muitas vezes por provocação do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas – MPTCDF, esta analisa rotineiramente a constitucionalidade das leis distritais e, em caso de conclusão pela contrariedade em face do texto constitucional ou da Lei Orgânica do Distrito Federal, comunica suas conclusões ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – MPDFT para as providências judiciais. O MPDFT dispõe de termo de cooperação com o MPTCDF justamente para facilitar essa troca de informações úteis a respeito de temas que tocam as atribuições dessas instituições.

Quando se tem em conta, especialmente o exercício de competência em matérias de interesse local (como são as competências normativas levadas a efeito na esfera estadual e municipal, reunidas no seio normativo exercitado pelo Distrito Federal), a decisão declaratória da inconstitucionalidade, ainda que dotada de eficácia *ex tunc*, nem sempre ultrapassa o plano fático já alterado pela norma sabidamente inconstitucional.

Aliás, nesse particular, o desvirtuamento do debate normativo mostra-se exemplo pernicioso. Isso porque as normas seguidamente editadas acabam se prestando a regular situações pretéritas e os efeitos dos julgamentos realizados pela instância judiciária verdadeiramente atentam-se ao futuro. É dizer: tem-se nítida inversão do papel usual dessas instâncias, porque, comumente, espera-se que as leis venham a normatizar situações futuras e que as ações levadas ao Judiciário resolvam situações fáticas já passadas. Ao se observar a realidade prolífica de leis inconstitucionais, conclui-se por um Legislativo que busca, em sua produção normativa, “regularizar” os fatos já consolidados no passado e um Judiciário, chamado muitas vezes a modular temporalmente efeitos de suas decisões em sede de controle de constitucionalidade, ajustando sua mirada ao futuro.

Ao contar com a atuação próxima de atores não estatais, mas hábeis a interferir no processo que resulta na prática violadora (no caso, a edição de normas sabidamente inconstitucionais e, por isso, hábeis a serem invalidadas pelo Poder Judiciário), a atuação do Ministério Público ganhou em adesão social e, principalmente, em efetividade, dado que a salutar interferência da sociedade civil organizada surge como medida de efetivação da própria democracia, bem assim de legitimidade das instâncias formalizadas de controle social.

A provocação cega, descontextualizada e repetitiva do Ministério Público, em face da proliferação destacada de diplomas sabidamente inconstitucionais pelo Distrito Federal, embora juridicamente lúdica e verdadeiramente obrigatória, por si só, guardaria ação pouco efetiva e inábil à concretização das missões outorgadas à instituição. Pensar situações que permitam a provocação da via judicial em situação *policy-oriented*, mais que medida recomendável, revela-se ação necessária para coibir as notícias práticas violadoras de caráter local (no caso, a edição de leis sabidamente inconstitucionais no Distrito Federal).

Nesse sentido, para além da simples provocação do aparato jurisdicional, máxime porque o controle de constitucionalidade pela via abstrata veicula juízo marcadamente político – daí a expressão cunhada de “legislador negativo” para destacar a atuação do Judiciário em casos assim –, a atuação em juízo deve vir acompanhada do chamamento da coletividade para o processo deduzido pela via concentrada. É certo que o processo já

guarda a previsão legal de ingresso, para subsidiar o julgamento efetivado pela Corte, dos chamados amici curiae (amigos da Corte). No entanto, impõe-se que o diálogo da sociedade sobre os temas versados nas ações de forte impacto social ocorra igualmente além dos autos de um processo.

Decerto que, cuidando-se do Ministério Público, essa atuação policy-oriented não deve guardar flexibilização do regime de direito estrito que informa a atuação institucional. É dizer: não há como deixar de lado a obrigatoriedade do Ministério Público, no exercício da titularidade da ação direta de inconstitucionalidade, para provocação do aparato jurisdicional. Em verdade, essa preocupação estratégica guarda importância na eleição dos meios de provocação desse aparato jurisdicional e, sobretudo, na construção do diálogo jurisdicional de que resultará a decisão a ser proferida.

Para fomentar a participação social no debate, há de se buscar meios para ampla divulgação dos trabalhos do Ministério Público. A estratégica disponibilização da informação e, quando mais, a divulgação desses temas, dados e decisões impõe ao Ministério Público atenção necessária ao poder comunicativo que exerce a instituição junto à mídia. Até por força do caráter mais reservado das instâncias jurisdicionais e certamente em razão do protagonismo levado a efeito pelo MPDFT nas ações diretas de inconstitucionalidade, o Ministério Público acaba prestando-se como referência midiática no debate público sobre os temas levadas à discussão na fiscalização abstrata de constitucionalidade.

Isso passa pela divulgação do ajuizamento da ação direta, com ampla disponibilidade ao conteúdo da ação e as necessárias explicações dos termos técnicos, máxime porque a juridicização da discussão muitas vezes alija o grande público do assunto que, amiúde, toca de perto o cotidiano. Igualmente, reclama a disponibilidade para o debate franco quanto às consequências de eventual decisão que acolhe o pedido de declaração de inconstitucionalidade, especialmente porque, do lado governamental, os argumentos da “inviabilidade fática” ou “consolidação da situação” sempre surgem como razão, ainda que não técnica, robusta na construção do processo decisório pelo Poder Judiciário.

Subjacente a essa discussão, decerto, encontra-se o debate mais profundo sobre a judicialização das políticas públicas e o controle jurisdicional das opções políticas do gestor da coisa pública. O processo de fiscalização abstrata, que é procedimentalmente fechado, deve fazer-se acompanhar de necessária postura aberta de seus atores processuais. Essa abertura verdadeiramente epistemológica há de atrair a possibilidade de compreensão não apenas do tema estritamente jurídico que se encontra subjacente a cada uma das ações

de inconstitucionalidade, mas verdadeiramente em relação às opções de que dispunha e dispõe o Estado na realização dos temas ali lançados à discussão.

De igual modo, há de se fomentar a participação pública nesse processo decisório. Ainda que por meio da simples disponibilização dos temas em discussão, há de se buscar meios para autorizar maior proximidade das lideranças comunitárias ou mesmo das instâncias de controle da gestão pública não só no processo de construção desses diplomas legislativos – seara da incipiente legística, tema ainda pouco ou mal versado no Brasil –, mas também na construção das alternativas a serem consideradas por ocasião do reconhecimento formal da inconstitucionalidade de diplomas que versam sobre temas do cotidiano da sociedade.

O modo de fazê-lo? Essa é pergunta para outra oportunidade. Por ora, fica a certeza de que o Ministério Público, na qualidade de protagonista do litígio estratégico de interesse público que versa sobre leis de interesse local, há de se colocar com abertura e diálogo às contribuições que certamente surgirão do seio social para minorar ou evitar que as decisões por ele perseguidas venham a se convolar em práticas violadoras da própria cidadania.

Nessa linha de ideias, se o litígio estratégico orienta-se para a desestabilização de práticas nocivas, somente o concurso da sociedade civil organizada é que permitirá ao Ministério Público fomentar a interferência no processo que resulta na prática violadora. A interferência do Ministério Público no processo que resulta na prática violadora representa, olvidada do debate com a sociedade, situação de questionável aceitação, pois implicaria intromissão na seara própria da democracia representativa. Por isso, a necessária proximidade com os atores não estatais, de modo a assegurar, justamente por essa iniciativa conjunta, uma atuação lídima e efetivamente emancipatória ao cidadão.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF. **Novo Diagnóstico de pessoas presas no Brasil**. Jun. 2014. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/>>. Acesso em 20 ago. 2014.

CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Ciclo de vida do litígio estratégico no sistema interamericano de direitos humanos: dificuldades e oportunidades para atores não estatais. In: **Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”**. Ano V, Número Especial, 2011. 16 f. Disponível em <[http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R000E01A005\\_0038\\_p-d-der-humanos.pdf](http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R000E01A005_0038_p-d-der-humanos.pdf)>. Acesso em 25 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. **Litígio estratégico e sistema interamericano de direitos humanos: análise de casos da Corte Interamericana**. 2008, 191 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo.

GUIMARÃES, Livia Gil. **Direitos das mulheres no Supremo Tribunal Federal: possibilidades de litígio estatégico?** 2009, 115 f. Monografia – Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. Disponível em <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/146\\_Monografia%20Livia.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/146_Monografia%20Livia.pdf)>. Acesso em 20 ago. 2014.

HERRERA FLORES, Joaquín. **A reinvenção dos direitos humanos**. Trad. Carlos Roberto Diogo Garcia et al. Florianópolis: Fundação Boiteux; IDHID, 2009. 232p.

MOUFFE, Chantal. **O regresso do político**. Trad. Ana Cecília Simões. Lisboa: Gradiva, 1996. 206p.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. v. i. São Paulo: Saraiva, 1990.

TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Peirópolis, 2001.

WACQUANT, Loïc J. D. **O mistério do ministério: Pierre Bourdieu e a política democrática**. Trad. Paulo Cezar Castanheira. Rio de Janeiro: Revan, 2005. 232p.

# ASFALTO BORRACHA: ALTERNATIVA AMBIENTALMENTE ADEQUADA PARA OS PNEUS INSERVÍVEIS

Marcelo Azevedo Maffra  
Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais  
Coordenador Regional de Meio Ambiente  
Membro do Conselho Estadual de Política Ambiental – COPAM  
Especialista em Direito Ambiental

Tiago Santos e Souza  
Analista Ambiental Instituto Prístino  
Professor do Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM  
Mestre em Engenharia Ambiental - UFT

## RESUMO

O objetivo do presente trabalho é analisar as deficiências existentes no sistema atual de gestão dos pneus inservíveis e apontar uma alternativa ambientalmente adequada para a disposição final desses resíduos. O estudo elenca os principais danos ambientais e sanitários decorrentes da disposição irregular dos pneumáticos inservíveis. Sob a ótica do princípio da máxima efetividade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, faz-se uma análise jurídica da Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos e da Resolução CONAMA nº 416/09, que priorizam a reutilização e a reciclagem dos pneus, em detrimento de outras formas de destinação final. Com alicerce nos princípios constitucionais da prevenção e do desenvolvimento sustentável, parte-se da premissa de que os atos do Poder Público estão vinculados ao dever constitucional de proteger o meio ambiente, de forma a garantir a preservação dos recursos naturais para as futuras gerações. A partir de uma criteriosa avaliação técnica, o trabalho demonstra que o emprego de borracha proveniente dos pneus inservíveis na massa asfáltica tem se mostrado extremamente eficaz para impedir o descarte inadequado desses resíduos na natureza e garantir a obediência à ordem de prioridade definida na legislação federal. Além dos benefícios ao meio ambiente e à saúde pública, o presente estudo aponta outras diversas vantagens técnicas e econômicas na utilização Asfalto Borracha, que apresenta maior resistência e melhor custo-benefício do que o asfalto convencional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Fundamentais. Meio Ambiente. Resíduos Sólidos.

Pneus Inservíveis. Asfalto Borracha.

## INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, a destinação final adequada de pneus inservíveis tem sido um dos maiores desafios da sociedade brasileira, uma vez que a disposição irregular desses resíduos vem causando graves prejuízos ao meio ambiente e à saúde pública.

No Brasil, estima-se que são descartados 30 milhões de unidades de pneus inservíveis por ano e que, além disso, há um passivo da ordem de 300 milhões de unidades acumuladas inadequadamente.

Grande parte destes resíduos é lançada em lotes vagos, lixões e outros locais impróprios, quando não são clandestinamente queimados a céu aberto ou lançados em corpos d'água.

O descarte irregular de pneus também representa um grave problema de saúde pública, pois acumulam água das chuvas, formando ambientes propícios à disseminação de doenças como a dengue e a febre amarela. Apenas no ano de 2013, quase 1,5 milhão de pessoas foram diagnosticadas com dengue no país e mais de 500 morreram por causa da doença.

A disposição final de pneumáticos em aterros sanitários é considerada ilegal, além de tecnicamente inadequada, pois, em razão de sua baixa compressibilidade, reduzem a vida útil dos aterros, além de comprometer sua estabilidade.

Diante dos graves problemas gerados pelo descarte irregular dos pneumáticos inservíveis, aliados à grande dificuldade em promover a disposição final adequada desses resíduos, a técnica conhecida como Asfalto Borracha, que utiliza borracha reciclada de pneus na massa asfáltica, apresenta-se como excelente alternativa para a solução do problema.

Para cada quilômetro pavimentado com o Asfalto Borracha são utilizados entre 600 a 1200 pneus que seriam descartados no meio ambiente. Sem contar com a redução do uso de recursos naturais não renováveis na fabricação do asfalto (v.g. petróleo), uma vez que parte da matéria-prima é substituída por borracha moída.

Além dos benefícios ao meio ambiente e à saúde pública, existem outras inúmeras vantagens técnicas e econômicas na utilização desse tipo de pavimento, que apresenta maior resistência e melhor custo/benefício a médio/longo prazo do que o asfalto convencional.

## PROBLEMAS AMBIENTAIS E SANITÁRIOS

Os pneumáticos inservíveis, quando descartados inadequadamente, constituem grave problema para o meio ambiente e a saúde pública, devido à sua lenta degradação na natureza e à disseminação de doenças infecto-contagiosas, como a dengue.

Quando queimados, contribuem para a diminuição da qualidade atmosférica e o aumento de doenças respiratórias.

É comum verificar pneus depositados nos diversos corpos d'águas, desde nascentes a grandes rios. Esse procedimento inadequado provoca mudanças no comportamento dinâmico da água, alterando o habitat da fauna aquática. O fator estético também é bastante significativo, principalmente em corpos d'água em áreas urbanas, cujos contatos com a comunidade se dão de forma regular.

Outra destinação recorrente é a disposição final dos pneus inservíveis nos aterros e lixões, não obstante existir vedação legal neste sentido (CONAMA, 2009, art. 15). Além de diminuir consideravelmente a vida útil dos aterros, o pneu pode armazenar gases gerados por resíduos orgânicos, apresentando grande risco potencial de explosão, além de comprometer a estabilidade do aterro, bem como a saúde e a segurança dos trabalhadores e da população, principalmente da circunvizinhança.

A destinação inadequada de pneus inservíveis tem contribuído significativamente para o aumento dos casos de dengue, pois permitem o acúmulo de água e, com isso, propiciam um ambiente adequado para proliferação do mosquito *Aedes aegypti*.

No ano de 2013, quase 1,5 milhão de pessoas foram diagnosticadas com dengue no país e mais de 500 morreram por causa da doença. A região Sudeste concentrou o maior número de casos, 63,6% do total (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2013 citado por UOL, 2013).

O estado de Minas Gerais, em 2013, teve o maior registro na história de casos da doença, com 364.189 confirmações. Em 2014 está previsto investimento de R\$65 milhões no Plano de Contenção da dengue no estado, em 778 municípios mineiros (SES, 2014 apud HOJE EM DIA, 2014).

Merece destaque ainda o gasto estatal incalculável com a conscientização da população (via mídia) nas campanhas de combate à dengue. A conta aumenta ainda mais se acrescentarmos as despesas com profissionais, medicamentos e postos de saúde públicos para diagnóstico e acompanhamento de pacientes com dengue.

Importante instrumento na solução desta problemática, a logística reversa, prevista no art. 33 da Lei nº 12.305/2010, ainda apresenta baixa eficiência, sendo os principais gargalos a pouca demanda por pneus inservíveis e o reduzido número de pontos de coleta.

No Brasil são apenas 814 pontos conveniados com a Reciclanip, entidade criada pelos fabricantes de pneus Bridgestone, Goodyear, Michelin, Pirelli e Continental, com maior atuação na logística reversa de pneus inservíveis no país. Este número representa menos de 15% do total dos municípios existentes em todo o território nacional.

Na prática, as coletas nos Ecopontos não são regulares, o que dificulta ainda mais sua gestão, não tendo a imensa maioria condições mínimas de armazenamento temporário desses resíduos. Quando mal administrados, os depósitos de pneus constituem uma verdadeira “bomba relógio”, em razão da alta suscetibilidade de incêndios.

A situação é agravada pelo fato de que as coletas nos pontos conveniados só são realizadas mediante a definição prévia dos locais que receberão os resíduos para proceder à destinação, o que acaba por propiciar grande acúmulo de pneus nos depósitos provisórios.

No Brasil, cerca de 47% dos pneumáticos inservíveis são destinados para indústrias de cimento para coprocessamento, que consiste na utilização dos pneus triturados em fornos clínquer como substituto parcial de combustíveis.

Ocorre que a queima de pneus, ainda que de forma controlada, gera como produtos finais o Monóxido de Carbono, Óxidos de Enxofre, Óxidos de Nitrogênio, Hidrocarbonetos Aromáticos Policíclicos – PAH, metais pesados, furanos e dioxinas.

As dioxinas são descritas como os compostos químicos mais tóxicos já produzidos pelo homem. Mesmo em quantidades muito pequenas, as dioxinas se caracterizam por sua grande afinidade com tecidos lipídicos e por sua persistência, ou seja, não degradação, tanto no meio ambiente como nos tecidos biológicos. Ademais, essas substâncias têm propriedades que dificultam seu controle e medição.

No homem elas podem causar câncer, enfraquecer o sistema imunológico e a infertilidade. A Convenção de Estocolmo sobre os Poluentes Orgânicos Persistentes, ratificada pelo Brasil em 2004, determina que as dioxinas devem ser eliminadas.

Os demais produtos químicos tóxicos gerados pela queima de pneus também produzem graves danos à saúde, tais como riscos de mortalidade prematura, deterioração das funções pulmonares, problemas do coração e depressão do sistema nervoso central.

Os pneumáticos inservíveis, quando não são utilizados nos fornos das indústrias de cimento, frequentemente são queimados a céu aberto, provocando a emissão de gases

com efeito mutagênico, além de emissões orgânicas muito mais elevadas do que aquelas provenientes dos pneus triturados, uma vez que a estrutura inteira apresenta taxas de combustão muito superiores ao resíduo fragmentado.

Como se não bastasse, na queima de pneus a céu aberto são produzidos dois subprodutos com grande risco de contaminação do ambiente, sendo eles o óleo pirolítico e as cinzas. Apenas para ilustrar a dimensão do problema, cada pneu médio, quando queimado, libera cerca de 10 litros de óleo no solo, que podem percolar até o lençol freático, contaminando também a água do subsolo.

As cinzas contêm diversos metais pesados, como chumbo, cádmio e zinco. Em análises laboratoriais de amostras de solos retirados em locais onde foram realizadas queima de pneus nos Estados Unidos, nas cidades de Bakersfield e Panoche, foram encontrados valores dez vezes acima do permitido, demonstrando a gravidade das contaminações.

## **DESTINAÇÃO FINAL ADEQUADA DOS PNEUMÁTICOS INSERVÍVEIS**

Nos termos do art. 225, caput, da Constituição Federal:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL, 1988).

Consoante a lição de Édis Milaré, “ao proclamar o meio ambiente como ‘bem de uso comum do povo’, foi reconhecida sua natureza de ‘direito público subjetivo’, vale dizer, exigível e exercitável em face do próprio Estado, que tem também a missão de protegê-lo”.

A proteção ao meio ambiente é pressuposto para o atendimento do mais importante dos valores fundamentais: o direito à vida, seja pela ótica da própria existência física e saúde dos seres humanos, seja pelo aspecto da dignidade dessa existência (qualidade de vida).

O reconhecimento do direito ao meio ambiente equilibrado como direito fundamental de terceira dimensão, bem como à constatação de que tal direito possui caráter intergeracional, foram feitos pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 3540MC/DF, que teve como relator o ministro Celso de Melo:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina. (...) Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural (...). (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2005).

A responsabilidade das atuais gerações para com o bem-estar das seguintes foi muito bem ressaltada por Édís Milaré, in verbis:

De acordo com o senso comum, a sociedade humana não se limita às nossas pessoas (gerações presentes) nem termina em nossos dias; é previsível e desejável que ela se perpetue, oxalá, em melhores condições (gerações futuras). Somos responsáveis pela propagação da espécie, não somente do ponto de vista biológico, mas, ainda, de vários pontos de vista (histórico, cultural, econômico etc.). Incumbe, pois, à sociedade construir, mais do que o seu mundo atual, o mundo do amanhã. Por isso, quando se estabelece o princípio de que ‘todos tem direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado’, esse equilíbrio ecológico traz no bojo as condições indispensáveis ao planeta Terra e as condições favoráveis para as gerações futuras. Mais uma vez a gramática nos socorre: tomemos a expressão usufruir corretamente dos recursos ambientais: o verbo usufruir traduz um direito, o advérbio corretamente conota um dever: direito e dever são fatores recíprocos e complementares. (MILARÉ, 2005)

Como já asseverado, o gerenciamento ambientalmente adequado de resíduos sólidos constitui um dos maiores desafios atuais da sociedade brasileira, uma vez que a disposição irregular vem causando graves prejuízos ao meio ambiente e à saúde pública.

No país, são gerados cerca de 100 milhões de toneladas de lixo por dia, sendo a

imensa maioria desses resíduos depositada em lixões, lotes vagos e outros locais totalmente inadequados, quando não são queimados a céu aberto ou lançados em corpos hídricos.

Para tentar mudar esta triste realidade, o legislador pátrio editou a Lei nº 12.305/2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos e trouxe significativos avanços na disciplina jurídica da gestão e do gerenciamento de resíduos.

O caráter vanguardista da novel legislação fica evidente logo no art. 3º, que traz importantes conceitos e definições, os quais traduzem a intenção de reduzir ao máximo a geração de resíduos e de fomentar o reaproveitamento e a reciclagem. Vejamos:

VII – destinação final ambientalmente adequada: destinação de resíduos que inclui a reutilização, a reciclagem, a compostagem, a recuperação e o aproveitamento energético ou outras destinações admitidas pelos órgãos competentes do Sisnamaa, do SNVS e do Suasa, entre elas a disposição final, observando normas operacionais específicas de modo a evitar danos ou riscos à saúde pública e à segurança e a minimizar os impactos ambientais adversos;

VIII – disposição final ambientalmente adequada: distribuição ordenada de rejeitos em aterros, observando normas operacionais específicas de modo a evitar danos ou riscos à saúde pública e à segurança e a minimizar os impactos ambientais adversos; (...)

XIV – reciclagem: processo de transformação dos resíduos sólidos que envolve a alteração de suas propriedades físicas, físico-químicas ou biológicas, com vistas à transformação em insumos ou novos produtos, observadas as condições e os padrões estabelecidos pelos órgãos competentes do Sisnama e, se couber, do SNVS e do Suasa;

XV – rejeitos: resíduos sólidos que, depois de esgotadas todas as possibilidades de tratamento e recuperação por processos tecnológicos disponíveis e economicamente viáveis, não apresentem outra possibilidade que não a disposição final ambientalmente adequada;

XVI – resíduos sólidos: material, substância, objeto ou bem descartado resultante de atividades humanas em sociedade, a cuja destinação final se procede, se propõe proceder ou se está obrigado a proceder, nos estados sólido ou semissólido, bem como gases contidos em recipientes e líquidos cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgotos ou em corpos d'água, ou exijam para isso soluções técnica ou economicamente inviáveis em face da melhor tecnologia disponível; (BRASIL, 2010).

Note-se que a norma permite apenas a disposição final em aterros dos rejeitos, ou seja, dos resíduos que não são passíveis de reutilização, reciclagem, compostagem, recuperação ou aproveitamento energético.

A mesma lei, em seu art. 9º, exigiu a observância obrigatória da seguinte ordem de

prioridade: não geração, redução, reutilização, reciclagem, tratamento dos resíduos sólidos e disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos.

Pela simples leitura do dispositivo legal, conclui-se que o Poder Público é obrigado a priorizar a reutilização e a reciclagem em detrimento da disposição dos resíduos em aterros, de sorte que, repita-se, somente os rejeitos devem ser descartados em valas para posterior recobrimento.

O ordenamento jurídico brasileiro confere tratamento diferenciado a diversas espécies de resíduos sólidos, que não podem ser dispostos juntamente com o lixo comum, por apresentarem características que representam risco à saúde ou ao meio ambiente, tais como pneus, resíduo hospitalares, lâmpadas fluorescentes, pilhas e baterias.

A Resolução CONAMA nº 416/09, que dispõe sobre a prevenção à degradação ambiental causada por pneus inservíveis, determina que esses resíduos sejam reaproveitados ou reciclados, proibindo expressamente a disposição em aterros.

Art. 2º. Para os fins do disposto nesta Resolução, considera-se:  
(...) VI – destinação ambientalmente adequada de pneus inservíveis: procedimentos técnicos em que os pneus são descaracterizados de sua forma inicial, e que seus elementos constituintes são reaproveitados, reciclados ou processados por outra(s) técnica(s) admitida(s) pelos órgãos ambientais competentes, observando a legislação vigente e normas operacionais específicas de modo a evitar danos ou riscos à saúde pública e à segurança, e a minimizar os impactos ambientais adversos.  
Art. 15. É vedada a disposição final de pneus no meio ambiente, tais como o abandono ou lançamento em corpos de água, terrenos baldios ou alagadiços, a disposição em aterros sanitários e a queima a céu aberto. (BRASIL, 2009).

Contudo, no Brasil o número de ações de reutilização e reciclagem de pneus, como, por exemplo, a recauchutagem, recapagem ou remoldagem, apresenta limitações técnicas e econômicas, o que dificulta sua ampla utilização. Dessa forma, tais ações têm se mostrado absolutamente insuficientes para garantir destinação adequada ao grande número de pneus que se tornam inservíveis todos os dias.

Com efeito, considerando o rápido crescimento da frota de veículos no país, é preciso buscar alternativas mais eficazes para a destinação adequada dos pneus inservíveis, antes que o problema se torne insustentável e os danos ao meio ambiente sejam irreversíveis.

Neste contexto, oportuna é a lição de Juarez Freitas:

A sustentabilidade, numa fórmula sintética, consiste em assegurar, de forma inédita, as condições propícias ao bem-estar físico e psíquico no presente, sem empobrecer e inviabilizar o bem-estar no amanhã, razão pela qual implica o abandono, um a um, dos conceitos insatisfatórios de praxe. (FREITAS, 2012).

O Princípio do Desenvolvimento Sustentável, consagrado no art. 225 da Constituição Federal, impõe que a utilização dos recursos naturais no presente não comprometa o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado das futuras gerações. Logo, o crescimento econômico deve obedecer aos limites impostos pelo ordenamento jurídico, de forma a preservar o equilíbrio dos ecossistemas e a qualidade de vida dos seres humanos.

Já o Princípio da Prevenção preconiza uma atuação anterior à ocorrência do dano ambiental. Vale dizer, as ações da sociedade, incluindo o Poder Público, devem ser voltadas para a preservação e melhoria da qualidade ambiental, sempre optando pelo caminho mais benéfico ao bem-estar coletivo.

Sob esta ótica, os Princípios da Prevenção e do Desenvolvimento Sustentável devem sempre orientar as ações da Administração Pública, pois concretizam o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao qual a Constituição Federal confere eficácia direta e imediata (art. 5º, §1º). Assim, buscando sempre a máxima efetividade do comando constitucional, podemos dizer que tais princípios vinculam juridicamente as tomadas de decisão do Poder Público, que deve sempre visar à proteção ambiental, não apenas para às presentes, mas também para as futuras gerações.

A determinação contida na Lei nº 8.666/93 corrobora esse entendimento:

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos (grifo nosso). (BRASIL, 1993).

O art. 12, VII, da mesma lei diz, que nos projetos básicos e projetos executivos de

obras e serviços deverão ser considerados, entre outros requisitos, o impacto ambiental, assim como a funcionalidade e a adequação ao interesse público.

Já o art. 4º, III, da Lei nº 12.462/2011, que instituiu o polêmico Regime Diferenciado de Contratações, impôs, nas licitações e contratos firmados pelo RDC, a “busca da maior vantagem para a administração pública, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental” (grifo nosso).

Com o mesmo entendimento aqui defendido, Juarez Freitas sugere que:

Nas licitações e contratações administrativas, imperioso assumir que a proposta mais vantajosa será sempre aquela que apresentar a mais apta a gerar, direta ou indiretamente, o menor impacto negativo e, simultaneamente, os maiores benefícios econômicos, sociais e ambientais. (FREITAS, 2012).

No que concerne aos resíduos sólidos, a Lei da PNRS foi ainda mais enfática ao exigir efetividade nas ações de implementação de suas diretrizes e na mitigação dos danos ambientais causados pelos resíduos sólidos:

Art. 25. O poder público, o setor empresarial e a coletividade são responsáveis pela efetividade das ações voltadas para assegurar a observância da Política Nacional de Resíduos Sólidos e das diretrizes e demais determinações estabelecidas nesta Lei e em seu regulamento.

Art. 29. Cabe ao poder público atuar, subsidiariamente, com vistas a minimizar ou cessar o dano, logo que tome conhecimento de evento lesivo ao meio ambiente ou à saúde pública relacionado ao gerenciamento de resíduos sólidos.

Parágrafo único. Os responsáveis pelo dano ressarcirão integralmente o poder público pelos gastos decorrentes das ações empreendidas na forma do caput. (BRASIL, 2010).

Neste contexto, fica claro que, dentre as opções viáveis existentes, o Poder Público é obrigado a adotar a alternativa técnica mais eficiente para minimizar os impactos ambientais provocados pela disposição irregular de resíduos sólidos.

Em relação aos pneus inservíveis, o emprego de borracha reciclada na massa asfáltica tem se mostrado extremamente eficaz para impedir o descarte inadequado desses resíduos na natureza e garantir a obediência à ordem de prioridade definida na legislação federal.

Em Minas Gerais, a utilização preferencial do Asfalto Borracha foi expressamente

reconhecida pela Lei Estadual nº 18.719/2010, que impõe ao Estado o dever de, como regra geral, empregar borracha de pneumáticos inservíveis na massa asfáltica. Confira-se:

Art. 1º. Na construção e na recuperação de vias públicas, o Estado utilizará preferencialmente massa asfáltica produzida com borracha de pneumáticos inservíveis, observados os percentuais de mistura definidos em norma técnica de engenharia.

Parágrafo único. Nos processos licitatórios de obras que envolvam a utilização de asfalto, o Estado estabelecerá a utilização preferencial da massa asfáltica a que se refere o caput, bem como especificará a norma técnica de engenharia a ser adotada para a composição. (MINAS GERAIS, 2010).

Em consonância com o ordenamento jurídico pátrio, a legislação mineira consagra definitivamente a técnica do Asfalto Borracha como alternativa ambientalmente adequada para a disposição final dos pneus inservíveis, de forma que nas pavimentações de vias públicas o estado está vinculado ao comando legal, devendo sempre priorizar a utilização da borracha reciclada na massa asfáltica.

Apenas para ilustrar a relevância ambiental da determinação contida na lei mineira, conjugando-se a extensão das estradas pavimentadas atualmente existentes no estado com a média de pneus inservíveis utilizados por quilômetro de Asfalto Borracha, apenas em Minas Gerais poderiam ter sido utilizados cerca de 20 milhões de pneumáticos inservíveis na pavimentação da malha rodoviária atual.

Levando-se em conta que as rodovias atualmente existentes no país passarão ao longo do tempo por adaptações e reformas, e que ainda novas estradas serão pavimentadas, milhões de pneus inservíveis ainda poderão ser empregados na massa asfáltica, evitando, assim, a destinação inadequada desses resíduos.

## **VIABILIDADE DO ASFALTO BORRACHA**

Baseado na nova proposta mundial de sustentabilidade, que incentiva a reutilização e o reaproveitamento de materiais descartados, descobriu-se, por meio de diversas pesquisas e experimentos, as qualidades da utilização de agregados da borracha em ligantes asfálticos.

A técnica Asfalto Borracha é classificada como mistura asfáltica modificada por polímero e começou a ser desenvolvida nos Estados Unidos na década de 60, quando se

iniciou a pesquisa na área, ao perceber-se que os pneus triturados proporcionavam material elástico que poderia ser utilizado no asfalto para corrigir problemas relacionados a durabilidade, resistência, flexibilidade, etc.

Vale ressaltar que, nas misturas asfálticas, existem dois métodos de incorporação dos pneus, o processo seco (dry process) e o úmido (wet process).

O Asfalto Borracha é produzido a partir do método úmido, que consiste na adição de partículas finas de borracha ao cimento asfáltico, produzindo novo tipo de ligante denominado asfalto borracha.

Nesse processo, a borracha finamente triturada é adicionada ao Cimento Asfáltico de Petróleo – CAP aquecido, produzindo ligante modificado, denominado de asfalto borracha (asphalt rubber, em inglês), que pode ser utilizado em serviços de pavimentação como: concreto asfáltico (CA), Stone Matrix Asphalt ou Stone Mastic Asphalt (SMA), Camada Porosa de Atrito (CPA), tratamentos superficiais (TS), selagem de trincas e de juntas e outros. No processo úmido, o pó de pneus representa em geral 15% a 20% da massa de ligante ou menos que 1,5% da massa total da mistura (BERNUCCI et al., 2008).

## ADEQUAÇÃO AMBIENTAL E SOCIAL

A técnica Asfalto Borracha tem sido bastante utilizada em todo o mundo devido à redução significativa dos problemas ambientais, ao oferecer alternativa ambientalmente adequada para o acúmulo de pneus inservíveis.

Para cada quilômetro pavimentado com o Asfalto Borracha são utilizados entre 600 a 1.200 pneus. Somente nos 35 km de estrada da RJ-122, foram utilizados cerca de 43 mil pneus reciclados. O Departamento de Estradas e Rodagem do Rio de Janeiro foi o primeiro do País a contratar uma obra de pavimentação com asfalto-borracha “in situ field blend”, tecnologia que aditiva in loco 20% de pó de pneu reciclado à massa asfáltica.

A tecnologia, que promete aumentar em 60% a durabilidade da pavimentação, foi especificada em 2011 como objeto de licitação para a restauração da RJ-122, rodovia que liga Cachoeiras de Macacu a Guapimirim.

Com a utilização do pneu, há uma redução do uso de recursos naturais não renováveis, como o petróleo (asfalto), pela substituição parcial por borracha moída de pneus.

Além disso, diante da situação alarmante de casos de dengue, a utilização da técnica Asfalto Borracha poderá inibir a criação de focos de insetos transmissores de doenças

infecionas; reduzir o descarte de pneus em locais inadequados, como lixões, terrenos baldios, rios, lagos etc., e ainda diminuir o número de pneus usados em depósitos, reduzindo os riscos de incêndios e a não disposição em aterros sanitários.

Os pneus contam com materiais de difícil decomposição, não biodegradáveis, sendo necessários aproximadamente 600 anos para a decomposição total.

## VIABILIDADE TÉCNICA

A combinação de ligante modificado e aumento da elasticidade das misturas asfálticas tende a produzir pavimentos mais resistentes à fadiga e ao trincamento a baixas temperaturas. Existem evidências científicas de que a adição de borracha triturada aumenta a resistência à deformação permanente em relação às misturas convencionais.

Entre os benefícios da utilização do Asfalto Borracha estão a diminuição do processo de envelhecimento do asfalto, devido à presença de antioxidantes na borracha dos pneus, melhoria da flexibilidade do asfalto, em virtude da maior concentração de materiais elásticos, aumento do “ponto de amolecimento” do asfalto, o que significa maior resistência às deformações provocadas pelo trânsito intenso de veículos e ainda redução da suscetibilidade térmica do asfalto.

A técnica Asfalto Borracha propicia o aumento da vida útil do pavimento; a maior resistência à formação de trilhas de roda; a maior resistência ao envelhecimento; o aumento do ponto de amolecimento; a melhor aderência pneu-pavimento e a redução do ruído gerado pelo tráfego, acarretando maior conforto aos usuários; e, ainda, redução dos riscos de aquaplanagem em dias de chuva.

Para a fabricação do Asfalto Borracha bastam pequenas adaptações de automação nas usinas de asfalto convencionais, tais como a instalação de agitadores, o que não compromete a viabilidade técnica e econômica da produção desse tipo de massa asfáltica.

As restrições conhecidas para aplicação do Asfalto Borracha se referem apenas aos serviços de tapa-buraco e outros reparos localizados, uma vez que o material utilizado nesses serviços deve ser empregado em temperatura mais elevada do que na massa asfáltica convencional. Enquanto esta exige calor de 60° ou 70°C, aquela precisa de 160 ou até 180°C, o que dificulta o transporte do material ao longo do trecho em reparação, especialmente em razão da manutenção da temperatura ideal.

## VIABILIDADE ECONÔMICA

O custo e a função estrutural das camadas asfálticas e cimentadas são aspectos marcantes na avaliação do desempenho do pavimento. A razão de se combinar asfaltos com determinados polímeros é prevenir a degradação prematura do pavimento com o uso e, dessa forma, estender sua vida útil, reduzindo assim seu custo de manutenção (CURI, 2001).

Rodovias pavimentadas com Asfalto Borracha podem ter a espessura da camada de revestimento reduzida e, ainda assim, ter vida útil superior ao asfalto convencional.

Estima-se que o custo nominal para implantação do Asfalto Borracha é de aproximadamente 33% a mais que o asfalto convencional. Contudo, estudos científicos demonstram que a durabilidade deste tipo de asfalto é 40% maior, por ser mais resistente do que o asfalto convencional. Logo, a relação entre o custo inicial e a durabilidade, demonstra que o Asfalto Borracha apresenta melhor custo/benefício e viabilidade econômica de médio/longo prazo.

Por outro lado, o sistema rodoviário brasileiro é o principal sistema logístico do país, responsável por 56% das cargas movimentadas em todo o território, com aproximadamente 1,7 milhão de quilômetros, destes, cerca de 186 mil quilômetros pavimentados (o Brasil detém a quarta maior malha rodoviária do mundo, atrás de Estados Unidos, Índia e China).

As rodovias brasileiras sempre desempenharam papel vital para a economia do país, sendo atualmente responsáveis por uma movimentação de 140 milhões de usuários/ano, e participação expressiva na economia com faturamento anual estimado em mais de 3 bilhões de reais, o que reforça a importância que deve se dar à pavimentação no Brasil.

Dessa forma, haverá economia de investimentos públicos para manutenções das rodovias, devido à maior vida útil do Asfalto Borracha, além de economia em outras áreas, como no sistema de saúde decorrente da eliminação de um dos principais fatores de disseminação de doenças infecto-contagiosas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A destinação final inadequada de pneus inservíveis representa grave problema ambiental, seja pela queima em fornos ou a céu aberto, seja pelo lançamento em locais inadequados (cursos d'água, lixões, lotes vagos etc.), interferindo negativamente na qualidade do ar, da água e do solo, causando prejuízos à biota.

A destinação final inadequada de pneus inservíveis também favorece a disseminação de doenças infecto-contagiosas, como a dengue, gerando gastos públicos e transtornos para a população.

Os riscos ao meio ambiente e à saúde da população, associados à ineficiência da logística reversa e à baixa reutilização/reciclagem desses resíduos, demonstra a urgência em implantar ações eficientes para o enfrentamento dessa situação, por meio de destinações finais ambientalmente adequadas dos pneumáticos inservíveis.

Os Princípios da Prevenção e do Desenvolvimento Sustentável vinculam os atos administrativos, pois visam à máxima efetividade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para a presente e as e futuras gerações.

O emprego da borracha proveniente dos pneus inservíveis na massa asfáltica coaduna-se com as exigências do ordenamento jurídico, especialmente com as diretrizes fixadas pela Política Nacional de Resíduos Sólidos e pela Resolução CONAMA nº 416/09.

Na construção e na recuperação de vias públicas, o Poder Público deverá utilizar preferencialmente massa asfáltica produzida com borracha de pneumáticos inservíveis.

Nos processos licitatórios de obras que envolvam a utilização de asfalto, o Poder Público deverá exigir a utilização preferencial da massa asfáltica produzida com borracha de pneumáticos inservíveis.

A utilização de Asfalto Borracha demonstra ser uma alternativa técnica e economicamente viável, proporcionando: aumento da resistência e da vida útil do asfalto; melhor custo/benefício a médio/longo prazo; aumento do “ponto de amolecimento” do asfalto, o que significa maior resistência às deformações provocadas pelo trânsito intenso de veículos; redução da suscetibilidade térmica do asfalto; melhor aderência pneu-pavimento; redução do ruído gerado pelo tráfego; redução dos riscos de aquaplanagem em dias de chuva.

## REFERÊNCIAS

ANTT – AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES. **Apresentação**. 2013. Disponível em: <http://www.antt.gov.br/index.php/content/view/4890/Apresentacao.html>. Acesso em: 20 fev. 2014.

BERNUCCI, Liedi Bariani et al. **Pavimentação Asfáltica: formação básica para engenheiros**. 1. ed. Rio de Janeiro: Petrobrás ABEDA, 2008.

BRASIL. **Lei 8.666**, de 21 de junho de 1993. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm). Acesso em: 15 jul. 2014.

BRASIL. **Lei nº 12.305**, de 2 de agosto de 2010. Brasília, DF: [s.n], 2010. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/112305.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112305.htm). Acesso em: 26 fev. 2010.

BRASIL. **Lei nº 12.462**, de 4 de agosto de 2011. Brasília, DF: [s.n], 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm). Acesso em: 15 jul. 2014.

CAPONERO, J. & TENÓRIO, J. A. S., 2000, **Study of the pyrolysis reactors of brazilian waste tire using TGA and DTA**. Department de Engenharia Metalurgica e de Materiais, U.S.P. São Paulo, 1983 IN: MONTEIRO, L. P. C; MAINIER, F. B. Queima de pneus inservíveis em fornos de clínquer. Universidade Federal Fluminense. ENGEVISTA, v. 10, n. 1, p. 52-58, junho 2008 Disponível em: <http://www.uff.br/engevista/seer/index.php/engevista/article/view/211/113>. Acesso em: 8 mar. 2014.

CONAMA. Conselho Nacional do Meio Ambiente. Resolução nº 416 de 30 de setembro de 2009. **Dispõe sobre a prevenção à degradação ambiental causada por pneus inservíveis e sua destinação ambientalmente adequada, e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=616>. Acesso em: 19 mar. 2014.

CURY, M. V. Q.; et al.. **Análise Sócio-Econômica e Ambiental para o Uso de Asfalto Emborrachado na construção das Rodovias**, Rio de Janeiro: IME, 2001, Dissertação (Mestrado em Transporte) – Instituto Militar de Engenharia, Rio de Janeiro, In: SIMPÓSIO BRASILEIRO SOBRE ESTRADAS E A INTERFACE AMBIENTAL, (2002), Foz do Iguaçu, PR, 12 p.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. Págs. 15 e 238.

HOJE EM DIA. Belo Horizonte, 14 de março de 2014. Disponível em: <<http://www.hojeemdia.com.br/minas/minas-ja-contabiliza-duas-mortes-e-3-427-casos-de-dengue-desde-o-inicio-do-ano-1.226682>>. Acesso em: 19 mar. 2014.

IBAMA. **Relatório de Pneumáticos 2013**. Resolução CONAMA n° 416/2009. Disponível em: <[http://www.ibama.gov.br/phocadownload/category/4?download=7487%3Arrelatorio\\_pneumatico\\_2013](http://www.ibama.gov.br/phocadownload/category/4?download=7487%3Arrelatorio_pneumatico_2013)>. Acesso em 24 fev. 2014.

LAGARINHOS, C. A. F.; TENÓRIO, J. A. S. **Polímeros: Ciência e Tecnologia**, v. 18, n°2, p. 106-118, 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/po/v18n2/a07v18n2.pdf/tecnologias>>. Acesso em: 08 mar. 2014.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 4. ed. São Paulo: RT, 2005. Págs. 58 e 186.

MINAS GERAIS. **Lei n° 18.719**, de 13 de janeiro de 2010. Dispõe sobre a utilização, pelo Estado, de massa asfáltica produzida com borracha de pneumáticos inservíveis e dá outras providências. Diário do Executivo. Minas Gerais. 14 jan. 2010.

NOHARA, J. J.; ACEVEDO, C. R.; PIRES, B. C. C.; CORSINO, R. M. GS-40. **Resíduos Sólidos: Passivo Ambiental e Reciclagem de Pneus**. 2006. Disponível em: <<http://pneus.observatoriodesresiduos.com.br/files/2012/06/renato.pdf>>. Acesso em 7 mar. 2014.

ODA, S.; NASCIMENTO, L. A. H.; EDEL, G. **Aplicação do asfalto borracha na Bahia**. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE P&D EM PETRÓLEO E GÁS, 3, 2005, Salvador. Anais. IBP, 2005.

RECICLANIP. São Paulo-SP. Disponível em: <<http://www.reciclanip.org.br/v3/pontos-coleta/brasil>>. Acesso em: 7 mar. 2014.

UOL NOTÍCIAS. São Paulo, 25 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2013/10/25/casos-de-dengue-quase-tripli-cam-em-2013.htm>>. Acesso em: 7 mar. 2014.

VELOSO, Z. M. F. **Ciclo de Vida dos Pneus**. Brasília: MMA, 2010. 24p. por LAGARINHOS, C. A. F. Reciclagem de Pneus: Análise do Impacto Ambiental da Legislação Ambiental através da Logística Reversa. São Paulo. 2011.

## MENSAGEM DE ENCERRAMENTO

Em agosto de 2014, a Procuradora-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Eunice Pereira Amorim Carvalhido, completou seu mandato na Presidência do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais (CNPNG). Abaixo, uma cópia do discurso proferido na ocasião reflete os valores que nortearam sua gestão à frente do nobre Colegiado, entre eles, a preocupação com o incentivo ao conhecimento e à produção acadêmica:

Hoje, 21 de agosto de 2014, mais um mandato diretivo do Conselho Nacional de Procuradores Gerais (CNPNG) encontra o seu termo final, iniciando-se uma nova etapa da sua história.

O CNPNG foi idealizado na década de 80, com o objetivo de atribuir unidade ao Ministério Público Brasileiro e, assim, promover de forma mais efetiva a defesa dos seus princípios, prerrogativas e funções.

Desde a sua criação, o CNPNG fez-se presente em todos os momentos importantes da vida legislativa do Brasil Democrático. Muitos dos que aqui estão guardam na lembrança fatos e feitos relevantes da sua história, que penso valer a pena lembrar e repetir, de modo que os novos integrantes do Ministério Público brasileiro conheçam suas lutas, conquistas e a renovação permanente dos seus ideais.

O CNPNG participou ativamente da Constituinte. E não tenham dúvida de que lutou bravamente e influenciou, muito, na positivação da conformação atual do Ministério Público no texto constitucional.

Não foi outro o seu papel na minirreforma de 1983.

Também nunca descurou do acompanhamento dos Projetos de Lei e Emendas Constitucionais de interesse do MP e da Sociedade Brasileira, no sentido de evitar o sucesso de quaisquer iniciativas que pudessem obstar a atuação ministerial.

Ao assumir, com muita honra, a presidência deste Conselho, norteou-me o sentimento de imperativo respeito a sua história e, assim, cuidei de zelar pela aproximação com o Parlamento, construindo novas bases e fortalecendo as que já existiam.

Atualmente, o CNPNG acompanha semanalmente mais de 50 Projetos de Lei e Propostas de Emendas à Constituição. Em 5 agosto de 2014, o CNPNG lançou sua primeira Agenda Legislativa.

A publicação foi entregue ao Excelentíssimo Senhor Presidente da Câmara dos Deputados e ao Presidente da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara. Para nossa alegria, um dos Projetos de Lei (o PL 2201/2011), ali relacionado, foi votado no dia seguinte à reunião e encaminhado para sanção presidencial.

O CNPNG também caminhou na direção do Supremo Tribunal Federal e obteve o reconhecimento da legitimidade dos Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal para atuar diretamente naquela Corte. Atuar na qualidade de parte, nas ações penais e civis públicas, interpondo os recursos cabíveis, apresentando memoriais e fazendo sustentação oral, como posto em Resolução da própria Corte Constitucional.

O Ministério Público dos Estados de Minas Gerais e de Goiás já subiram à tribuna do Supremo Tribunal Federal.

O CNPG, por intermédio da CONAMP, também postulou seu ingresso como *amicus curiae* em diversas ações judiciais que tramitam na Corte Constitucional. O STJ ainda não reconheceu tal legitimidade. Mas não esmorecemos. E estou certa de que você, Veiga, prosseguirá nessa luta.

O CNPG também se aproximou do Poder Executivo, aprimorando suas parcerias com o Ministério da Justiça, com a Secretaria Nacional de Políticas para as Mulheres e a Secretaria Nacional de Direitos Humanos, para a consecução de diversos projetos.

Neste momento, peço permissão para citar alguns deles.

a) Em 2014, firmou termo de cooperação com a Secretaria de Reforma do Judiciário. O objetivo do acordo foi o desenvolvimento de ações dirigidas à criação e à disseminação da cultura de resolução pacífica de conflitos.

b) Em 2014, passou a ter assento no Grupo Interministerial de Monitoramento e Avaliação do II Plano Nacional de Combate ao Tráfico de Pessoas. Além de continuar participando da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (Enccla), órgão que reúne integrantes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário federal e estadual.

c) Fez parte da Comissão julgadora do III Prêmio Nacional de Combate à Pirataria, que foi entregue em dezembro de 2013.

d) Aderiu à campanha “Compromisso e Atitude pela Lei Maria da Penha – A Lei é mais forte”, da Secretária da Mulher da Presidência da República, somando esforços na luta contra a violência doméstica.

e) Renovou o termo de cooperação com a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, visando dar maior celeridade na investigação e punição de violência contra crianças e adolescentes. Por essa atuação, recebeu o Prêmio Amigos do Disque Direitos Humanos.

O CNPG foi mais longe nas suas conquistas.

Passou, também de direito, a integrar o Conselho Nacional de Direitos Humanos (CNDH), incluído que foi na Lei Federal n.º 12.986, de 2 de junho de 2014. Trata-se de luta iniciada há mais de vinte anos.

O CNPG cuidou ainda de se aproximar do Conselho Nacional do Ministério Público, participando ativamente dos eventos institucionais. Em 2014, designou quatro Procuradores-Gerais de Justiça e um promotor de Justiça, com a missão de aprimorar as relações entre os dois colegiados.

O CNPG também se aproximou do Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais, do Conselho Nacional dos Ouvidores e do Colégio de Diretores e Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional dos Ministérios Públicos do Brasil.

Com o Colégio de Diretores das Escolas, firmou parceria exitosa para a realização de cursos de capacitação à distância. O primeiro curso, relativo ao Direito Eleitoral, iniciou no último mês de julho, com mais de cem membros inscritos.

O CNPG uniu-se mais à CONAMP. Eis que, além de incrementar as parcerias já existentes, formalizou a sua participação, a partir deste ano, nas reuniões ordinárias da nossa Associação Nacional.

O CNPG rompeu as fronteiras e firmou parcerias com reconhecidos órgãos internacionais. Dentre eles, destacam-se a Associação Junior Chamber International – Brasil e o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados – ACNUR.

Merece realce, por oportuno, que o CNPG foi a única instituição da América Latina convidada para participar de reunião da Rede Judiciária Européia, rea-

lizada no último mês de junho, em Atenas. O foco do encontro foi estabelecer procedimentos para que as nações viabilizem a execução de sentenças condenatórias de forma ágil e eficaz.

Tem-se, assim, que o CNPG segue se reinventando e se organizando.

Em fevereiro deste ano, foi dado o primeiro passo para conhecer as especificidades das Regiões brasileiras. Na reunião de Boa Vista, a primeira com foco Regional, os Procuradores-Gerais de Justiça da Região Norte lançaram o Projeto “Reencontro: Em busca das crianças do Norte”.

Uma experiência que deu certo no Estado do Tocantins e que agora se estende a toda Região Norte, com resultados positivos no resgate de crianças desaparecidas.

Nos últimos doze meses, o CNPG fomentou a nacionalização de projetos desenvolvidos pelos Ministérios Públicos Estaduais. Dentre eles, posso destacar o projeto “Consumidor Vencedor”, idealizado pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e adotado em diversos estados brasileiros.

A organização administrativa do CNPG foi um desafio que me impus aceitar assumir a presidência. Com a aprovação do novo Estatuto, imprimiu-se maior agilidade e presteza no desempenho das funções institucionais e criamos o Conselho Fiscal.

Nesta área, muito me alegra poder afirmar que conseguimos efetuar os ajustes financeiros e dar encaminhamento à questão dos tributos federais. Muito embora ainda seja pequena a arrecadação do CNPG, finalmente viabilizou-se a abertura de conta corrente em agência do Banco do Brasil, em Brasília, o que facilitará a movimentação financeira.

Além disso, foram aprimorados os canais de comunicação por meio da renovação do site do CNPG, que agora conta com conteúdo de todos os grupos de trabalho e banco de imagens, com atualização online. O número de seguidores no Facebook foi quadruplicado e o Twitter reativado.

Para estimular a produção acadêmica, em 2014, o CNPG lançou sua Revista Eletrônica, que reunirá artigos de representantes dos Ministérios Públicos dos Estados e da União. O primeiro número já está em andamento, sob a coordenação de José Renato Oliva de Mattos, promotor de Justiça do Estado da Bahia. A impressão da revista ficou a cargo do Ministério Público do Estado de Rondônia.

A efemeridade de um mandato não nos permite fazer tudo o que sonhamos. Às vezes, não nos permite nem o necessário. Mas a parceria inestimável e o apoio irrestrito dos meus colegas procuradores-gerais de Justiça fizeram toda a diferença.

Ressalto que o que foi relatado aqui somente se mostrou possível graças ao trabalho dos colegas que me antecederam na presidência deste Conselho, com destaque para o ex-procurador-geral e Justiça do Estado de São Paulo, José Emmanuel Burlle Filho, que plantou a primeira semente. Mas não poderia deixar de nominar os demais colegas:

- Achilles de Jesus Siquara Filho, da Bahia;
- Anísio Marinho Neto, do Rio Grande do Norte;
- Leonardo Azeredo Bandarra, do Distrito Federal;
- Antonio Carlos Biscaia; Hamilton Carvalhido, Marfan Martins Vieira e Claudio Soares Lopes, do Rio de Janeiro;
- Demóstenes Torres e Ivana Farina, de Goiás;
- Francisco Sales de Albuquerque, de Pernambuco;
- Gilberto Giacoia, Luiz Chemin Guimarães

- e Olympio de Sá Sotto Maior Neto, do Paraná;
- Luiz Antonio Guimarães Marrey, Rodrigo Pinho e Fernando Grella Vieira, de São Paulo;
- Mondercil Paulo de Moraes, Voltaire de Lima Moraes, Claudio Barros Silva e Roberto Bandeira Pereira, do Rio Grande do Sul;
- Nedens Ulisses Freire Vieira, Castellar Guimarães Filho, Waldir Vieira e Aluizio Alberto da Cruz Quintão, de Minas Gerais;
- Oswaldo Trigueiro do Valle Filho, da Paraíba;
- Pedro Sérgio Steil, de Santa Catarina; e
- Raimundo Nonato, do Maranhão.

É com muita honra, portanto, que transmito ao ilustre Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Eduardo de Lima Veiga, a presidência do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União.

Veiga, cabe a você agora, com sua reconhecida habilidade, competência e sabedoria, assumir o desafio de prosseguir e trilhar novos caminhos em busca da consolidação do CNPG como órgão fundamental para a manutenção da unicidade do Ministério Público brasileiro. É tempo de agradecer. Agradeço aos procuradores-gerais de Justiça que me confiaram tão importante missão. Agradeço a cada um dos vice-presidentes regionais, que estiveram ao meu lado em todas as batalhas: Fabio Stica, Paulo Prado, Regina Rocha, Gilberto Giacoia, Carlos André e Marcelo Weitzel.

Agradeço a cada um dos presidentes dos Grupos de Trabalho, coordenadores de Comissões e das campanhas realizadas pelo CNPG. Agradeço ao eminente procurador-geral da República, Rodrigo Janot, à ilustre vice-procuradora-geral da República, Ela Wiecko, e aos ilustres conselheiros do CNMP, que tanto contribuíram para crescimento de nossa instituição ministerial.

Agradeço aos ilustres conselheiros do CNJ, Gilberto Valente e Luiza Cristina, que, a partir do ano de 2014, têm participado das reuniões do CNPG.

Agradeço a cada um dos assessores, a cada um dos servidores, fiéis colaboradores que me acompanharam nessa jornada.

Agradeço a ilustre presidente da CONAMP, Norma Angélica, que tem sido uma incansável parceira nas lutas institucionais.

Trabalhei muito. Dei o melhor de mim para materializar o que era possível e tornar factível o que parecia impossível. Em nenhum momento cruzei os braços e esperei as coisas acontecerem. Tenho, portanto, a consciência do dever cumprido. Muito obrigada. (EUNICE CARVALHIDO)



**Material impresso por:**

**SEGRAF - SEÇÃO GRÁFICA/MPRO**  
**Rua José Camacho, 1112 - Olaria**  
**Porto Velho - RO - CEP: 76.801-330**

