

REVISTA JURÍDICA DO

Ministério Público



Ministério Público do Estado da Paraíba

Número 12

Janeiro/Dezembro 2018



Apresentamos a todos a Revista Jurídica do Ministério Público do Estado da Paraíba número 12/2018. Este periódico prossegue firme no propósito de disseminar o conhecimento por meio da divulgação de artigos das variadas áreas do Direito. Seu conteúdo traz um valoroso contributo acadêmico municiado por discussões e pontos de vista sobre questões da atualidade, sob um enfoque interdisciplinar.

O momento é pertinente. Vivenciamos tempos difíceis, de desafios inéditos, em que se faz fundamental o compromisso e a reafirmação da relevância da atuação do Ministério Público para melhor atender as demandas que lhe são impostas, buscando a efetivação de direitos e a consequente transformação da vida dos cidadãos.

Nesta oportunidade, a publicação conta com sete artigos que discorrem sobre diversos temas como o Estado de coisas inconstitucional do sistema prisional, igualdade, teoria do impacto desproporcional e direitos humanos, métodos extrajudiciais de solução de controvérsias, colaboração premiada e seu custo-benefício, alternativas para a valorização das áreas de preservação permanentes na vida das cidades, dentre outros.

A edição que ora se apresenta, reforça, portanto, a posição protagonista do Ministério Público Paraibano no cenário jurídico estimulando a produção do conhecimento em todos os âmbitos da vida em sociedade.



ESTADO DA PARAÍBA
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL - CEAF

Revista Jurídica do Ministério Público

REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Publicada pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional - CEAF

FRANCISCO SERÁPHICO FERRAZ DA NÓBREGA FILHO
PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

ALCIDES ORLANDO DE MOURA JANSEN
1º SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

ÁLVARO CRISTINO PINTO GADELHA CAMPOS
2º SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

LUCIANO DE ALMEIDA MARACAJÁ
CORREGEDOR-GERAL

ANTÔNIO HORTÊNCIO ROCHA NETO
SECRETÁRIO-GERAL

VASTI CLÉA MARINHO DA COSTA LOPES
DIRETORA DO CEAF

CRISTIANA FERREIRA M. CABRAL DE VASCONCELLOS
COORDENADORA DO CEAF

REVISÃO:
PROF. FRANCELINO SOARES DE SOUZA

CAPA:
RICARDO ARAÚJO

FOTOS:
ARQUIVO DO MEMORIAL DO MPPB

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA PARAÍBA
CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL - CEAF
Rua Rodrigues de Aquino, s/n - Centro
CEP: 58013-030 - João Pessoa - Paraíba - Fone: (83) 3221-0917
E-mail: ceaf@mp.pb.gov.br / ceaf.secretaria@mp.pb.gov.br
Direitos Reservados ao Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do
Ministério Público do Estado da Paraíba
A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.
Catalogação na publicação elaborada pela Biblioteca do MPPB

Revista Jurídica do Ministério Público
Ministério Público. Procuradoria Geral de Justiça /
Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional - João
Pessoa: MP/PGJPB, CEAF, ano 10, n.12. (jan./dez.2018-).
Anual

Revista com interrupção do período de jul. 2008 a dez. 2009.
Passando a ser publicação anual a partir da Revista n. 4.

1. Direito - periódicos I. Ministério Público do Estado
da Paraíba. Procuradoria-Geral de Justiça II. Centro de Estudos
e Aperfeiçoamento Funcional/CEAF.

CDU 34 (05)
ISSN 1980-9662

REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Publicada pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional - CEAF

CONSELHO EDITORIAL

Vasti Cléa Marinho da Costa Lopes

PRESIDENTE

Cristiana Ferreira M. Cabral de Vasconcellos

SECRETÁRIA

Doriel Veloso Gouveia

PROCURADOR DE JUSTIÇA

Kátia Rejane Medeiros Lira Lucena

PROCURADORA DE JUSTIÇA

Francisco Bergson Gomes Formiga Barros

PROMOTOR DE JUSTIÇA

José Farias de Sousa Filho

PROMOTOR DE JUSTIÇA

Maria Áurea Baroni Cecato

PROFESSORA

Rômulo Rhemo Palitot Braga

PROFESSOR

Josinaldo José Fernandes Malaquias

PROFESSOR

APOIO EDITORIAL

Nigéria Pereira da Silva Gomes

TÉCNICO MINISTERIAL - EDITORAÇÃO E NORMALIZAÇÃO

Geraldo Alves Flôr

DIAGRAMADOR - DRT 5152/98 - DIAGRAMAÇÃO

Silvana Cantalice Ramos

ASSESSORA DE APOIO DO CEAF

Irenylza Carla Alves de Almeida

ANALISTA MINISTERIAL

Roberta Pereira Cabral

TÉCNICO MINISTERIAL

APOIO

APMP - Associação Paraibana do Ministério Público

Francisco Bergson Gomes Formiga Barros

PRESIDENTE

FESMIP - Fundação Escola Superior do Ministério Público

José Farias de Sousa Filho

DIRETOR-GERAL

COLÉGIO DE PROCURADORES

Francisco Seráfico Ferraz da Nóbrega Filho - Presidente

Maria Lurdélia Diniz de Albuquerque Melo

Janete Maria Ismael da Costa Macedo

Lúcia de Fátima Maia de Farias

Alcides Orlando de Moura Jansen

Kátia Rejane de Medeiros Lira Lucena

Doriel Veloso Gouveia

José Raimundo de Lima

Álvaro Cristino Pinto Gadelha Campos

Marcus Vilar Souto Maior

José Roseno Neto

Francisco Sagres Macedo Vieira

Nelson Antônio Cavalcante Lemos

Marilene de Lima Campos de Carvalho

Jacilene Nicolau Faustino Gomes

Vasti Cléa Marinho da Costa Lopes

Valberto Cosme de Lira

Luciano de Almeida Maracajá

Herbert Douglas Targino

Joaci Juvino da Costa Silva

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Francisco Seráfico Ferraz da Nóbrega Filho

Presidente

Luciano de Almeida Maracajá

Corregedor-Geral

José Roseno Neto

Marilene de Lima Campos de Carvalho

Kátia Rejane de Medeiros Lira Lucena

Francisco Sagres Macedo Vieira

Valberto Cosme de Lira

José Raimundo de Lima

Antônio Hortêncio Rocha Neto

MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

PROCURADORES DE JUSTIÇA

Maria Lurdélia Diniz de Albuquerque Melo, Janete Maria Ismael da Costa Macêdo, Lúcia de Fátima Maia de Farias, Alcides Orlando de Moura Jansen, Kátia Rejane de Medeiros Lira Lucena, Doriel Veloso Gouveia, José Raimundo de Lima, Álvaro Cristino Pinto Gadelha Campos, Marcus Vilar Souto Maior, José Roseno Neto, Francisco Sagres Macedo Vieira, Nelson Antônio Cavalcante Lemos, Marilene de Lima Campos de Carvalho, Jacilene Nicolau Faustino Gomes, Vasti Cléa Marinho da Costa Lopes, Valberto Cosme de Lira, Luciano de Almeida Maracajá, Herbert Douglas Targino, Joaci Juvino da Costa Silva.

PROMOTORES DE 3ª ENTRÂNCIA

Victor Manoel Magalhães Granadeiro Rio, Maria das Graças de Azevedo Santos, José Eulâmpio Duarte, Sônia Maria de Paula Maia, Francisco Antônio de Sarmiento Vieira, Maria Ferreira Lopes Roseno, Ana Lúcia Torres de Oliveira, Nilo de Siqueira Costa Filho, Sócrates da Costa Agra, Berlino Estrela de Oliveira, Maria Salete de Araújo Melo Porto, Maria do Socorro Silva Lacerda, Ana Raquel Brito Lira Beltrão, Flávio Wanderley da Nóbrega Cabral Vasconcelos, Arlan Costa Barbosa, José Guilherme Soares Lemos, João Geraldo Carneiro Barbosa, Aristóteles de Santana Ferreira, Clark de Souza Benjamim, Francisco Paula Ferreira Lavor, João Arlindo Corrêa Neto, Dinalba Araruna Gonçalves, José Farias de Sousa Filho, Osvaldo Lopes Barbosa, Guilherme Barros Soares, Rogério Rodrigues Lucas de Oliveira, Arlindo Almeida da Silva, Noel Crisóstomo de Oliveira, Fernando Antônio Ferreira de Andrade, Valdete Costa Silva Figueiredo, Francisco Glauberto Bezerra, Rosane Maria Araújo e Oliveira, Alexandre César Fernandes Teixeira, Vanina Nóbrega de Freitas Dias, Eny Nóbrega de Moura Filho, Roseane Costa Pinto Lopes, Soraya Soares da Nóbrega Escorel, Alley Borges Escorel, Silvana Targino Alcoforado, Luís Nicomedes de Figueiredo Neto, Cristiana Ferreira Moreira Cabral de Vasconcellos, Catarina Campos Batista Gaudêncio, Manoel Cacimiro Neto, Ádrio Nobre Leite, Júlia Cristina do Amaral Nóbrega Ferreira, Renata Carvalho da Luz, Rodrigo Marques da Nóbrega, Alexandre Jorge do Amaral Nóbrega, João Manoel de Carvalho Costa Filho, Carlos Romero Lauria Paulo Neto, Antônio Hortêncio Rocha Neto, Ernani Lucena Filho, Aluísio Cavalcanti Bezerra, Valfredo Alves Teixeira, Maria Socorro Lemos Mayer, Ronaldo José Guerra, Cláudio Antônio Cavalcanti, Leonardo Pereira de Assis, Maria Edlígia Chaves Leite, Amadeus Lopes Ferreira, Dmitri Nóbrega Amorim, Luiz William Aires

Urquiza, Ivete Leônia Soares de Oliveira Arruda, Isamark Leite Fontes Arnaud, Tatjana Maria Nascimento Lemos, Carla Simone Gurgel da Silva, Priscylla Miranda Morais Maroja, Bertrand de Araújo Asfora, Octávio Celso Gondim Paulo Neto, Guilherme Costa Câmara, Hamilton de Souza Neves Filho, Darcy Leite Ciraulo, Francisco Seráfico Ferraz da Nóbrega Filho, Ana Cândida Espínola, Francisco Bergson Gomes Formiga Barros, Alyrio Batista de Souza Segundo, Lúcio Mendes Cavalcanti, Edmilson de Campos Leite Filho, Nara Elizabeth Torres de Souza Lemos, Romualdo Tadeu de Araújo Dias, Anne Emanuelle Malheiros Costa Y Plá Trevas, Ismânia do Nascimento Rodrigues Pessoa Nóbrega, Otoni Lima de Oliveira, Demétrius Castor de Albuquerque Cruz, Antônio Barroso Pontes Neto, Fabiana Maria Lôbo da Silva, Pedro Alves da Nóbrega, Francisco Lianza Neto, Anita Bethânia Silva da Rocha, Onéssimo César Gomes da Silva Cruz, Ricardo José de Medeiros e Silva, Jovana Maria Silva Tabosa, Ana Maria França Cavalcante de Oliveira, Otacílio Marcus Machado Cordeiro, Maricelly Fernandes Vieira, Adriana Amorim de Lacerda, Artemise Leal Silva, Herbert Vitória Serafim de Carvalho, Rhomeika Maria de França Porto, Ana Guarabira de Lima Cabral, Marcus Antonius da Silva Leite, Ana Caroline Almeida Moreira, Rodrigo Silva Pires de Sá, Edjacir Luna da Silva, Alessandro de Lacerda Siqueira, Ranieri da Silva Dantas, Liana Espínola Pereira de Carvalho, Clístenes Bezerra de Holanda.

PROMOTORES DE 2ª ENTRÂNCIA

Newton da Silva Chagas, José Raldeck de Oliveira, Alexandre José Irineu, Marinho Mendes Machado, Gláucia Maria de Carvalho Xavier, Manoel Pereira de Alencar, Gláucia da Silva Campos Porpino, Henrique Cândido Ribeiro de Morais, Maria de Lourdes Neves Pedrosa Bezerra, Patrícia Maria de Souza Ismael da Costa, Norma Maia Peixoto, Dulcerita Soares Alves de Carvalho, Márcia Betânia Casado e Silva Vieira, Judith Maria de Almeida Lemos Evangelista, Ana Maria Pordeus Gadelha Braga, Adriana de França Campos, Sandra Regina Lauria Paulo Neto de Melo, Liana Espínola Pereira de Carvalho, Ranieri da Silva Dantas, Dóris Ayalla Anacleto Duarte, Juliana Couto Ramos, Andréa Bezerra Pequeno Alustau, Gardênia Cirne de Almeida Galdino, Márcio Gondim do Nascimento, Juliana Lima Salmite, Clístenes Bezerra de Holanda, Eduardo Barros Mayer, Fernando Cordeiro Sátiro Júnior, José Leonardo Clementino Pinto, Joseane dos Santos Amaral, Alexandre Varandas Paiva, Sandremary Vieira de Melo Agra Duarte, Ricardo Alex Almeida Lins, Rafael Lima Linhares, José Bezerra Diniz, Abraão Falcão de Carvalho, Elaine Cristina Pereira Alencar, Alcides Leite de Amorim, Luciana Lima Simeão Moura, Edivane Saraiva de Souza, Miriam Pereira Vasconcelos, Cláudia Cabral Cavalcante, Márcio Teixeira de Albuquerque, Paula da Silva Camillo Amorim, Caroline Freire Monteiro da Franca, Leonardo Cunha

Lima de Oliveira, Cláudia de Souza Cavalcanti Bezerra Viegas, João Benjamim Delgado Neto, Carmem Eleonora da Silva Perazzo, Fábía Cristina Dantas Pereira, Ismael Vidal Lacerda, Ana Carolina Coutinho Ramalho Cavalcanti, Ítalo Mácio de Oliveira Sousa, Eduardo de Freitas Torres, Geovanna Patrícia de Queiroz Rego, Leonardo Fernandes Furtado, Ilcléia Cruz de Souza Neves Mouzalas, Túlio César Fernandes Neves, Lean Matheus de Xerez, Jamille Lemos Henriques Cavalcanti, Elmar Thiago Pereira de Alencar, Diogo D'arolla Pedrosa Galvão, Lívia Vilanova Cabral, Danielle Lucena da Costa Rocha, Glauco Coutinho Nóbrega, Leonardo Quintans Coutinho, José Carlos Patrício, Ana Grazielle Araújo Batista de Oliveira, Bruno Leonardo Lins, Alberto Vinícius Cartaxo da Cunha, Uirassu de Melo Medeiros, Pedro Henrique de Freitas Andrade, Leidimar Carneiro Rocha dos Santos, Dennys Carneiro Rocha dos Santos, Fabiana Pereira Guedes, Stoessel Wanderley de Sousa Neto, Sarah Araújo Viana, Samuel Miranda Colares, Erika Bueno Muzzi, Flávia Cesarino de Sousa, Reynaldo Di Lorenzo Serpa Filho, Mariana Neves Pedrosa Bezerra.

PROMOTORES DE 1ª ENTRÂNCIA

Jeziel Carneiro dos Santos, Rosa Cristina de Carvalho, Cassiana Mendes de Sá, Airles Kátia Borges Rameh de Souza, Carolina Soares Honorato de Macedo, Jaine Aretakis Cordeiro Didier, Simone Duarte Doca, Fabiana Alves Mueller.

PROMOTORES SUBSTITUTOS

Thomaz Hilton Ferreira dos Santos, Ernani Lucas Nunes Menezes .

COLABORADORES DESTA EDIÇÃO

Jaianny Saionara Macena de Araújo

Advogada
Bacharela em Direito pela UFPB
Especialização em Direito Civil pela
PUC Minas

João Irene da Silva Neto

Acadêmico de Direito da Faculdade de
Ciência e Tecnologia do Maranhão
Graduado em Pedagogia pela
Universidade Estadual do Piauí
Graduado em Letras (Espanhol) pela
Fundação Universidade de Tocantins
Especialista em Gestão Pública pela
Universidade Estadual do Maranhão
Mestrando em Letras na Universidade
Federal do Rio Grande do Norte

Leonam Amitaf Ferreira Pinto de Albuquerque

Graduado e Licenciado em Psicologia
pela UEPB
Especialista em Meios Consensuais de
Solução de Conflitos pela ESMA-PB e
UFPB
Mestrando em Psicologia Social na UFPB

Lívia Vilanova Cabral

Promotora de Justiça do Estado da Paraíba

Luara Cristina dos Santos Reis

Assessora Jurídica do Ministério
Público do Estado do Piauí
Bacharela em Direito pela Universidade
Estadual do Piauí
Especialização em Direito Penal e
Processual Penal pela Escola da
Assembleia Legislativa do Piauí

Luciana Montenegro Valente

Analista do Ministério Público da
União - Direito
Mestrando em Direito Ambiental pela
Pace University – EUA

Marcos Giovane Ártico

Promotor de Justiça do Estado de
Rondônia
Especialista em Ciências Criminais
pela UNIDERP
Mestrando em Ciências Jurídicas pela
UNIVALI

Ronaldo de Souza Silva Filho

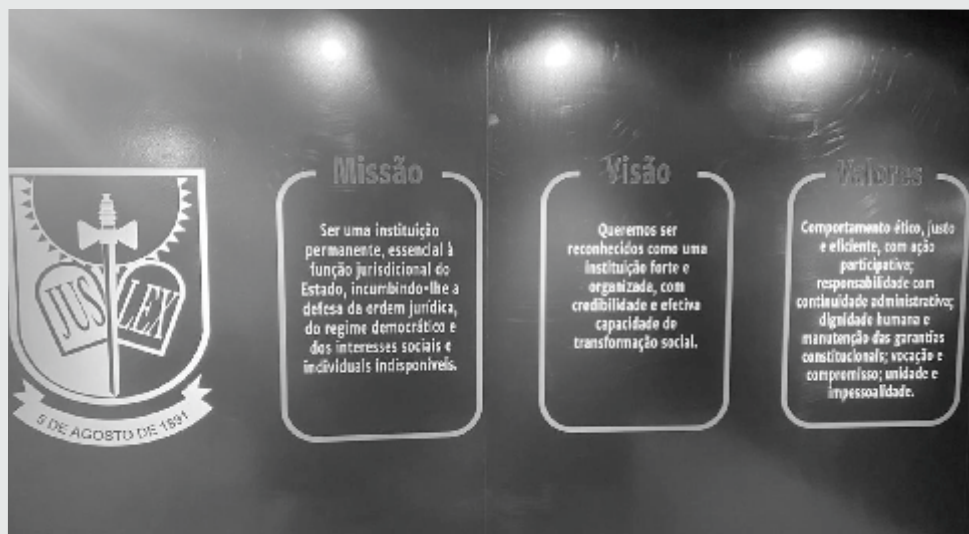
Bacharel em Direito pela
Universidade Católica de Pernambuco
– UNICAP
Especialização em Direito Processual
Civil pela PUC-Minas
Técnico Ministerial do MPPB

Thimotie Aragon Heemann

Promotor de Justiça do Estado do
Paraná
Especialista em Direito Processual
Penal pela Fundação Escola Superior
do Ministério Público do Rio Grande
do Sul - FMP

Victor Ramalho Monfredinho

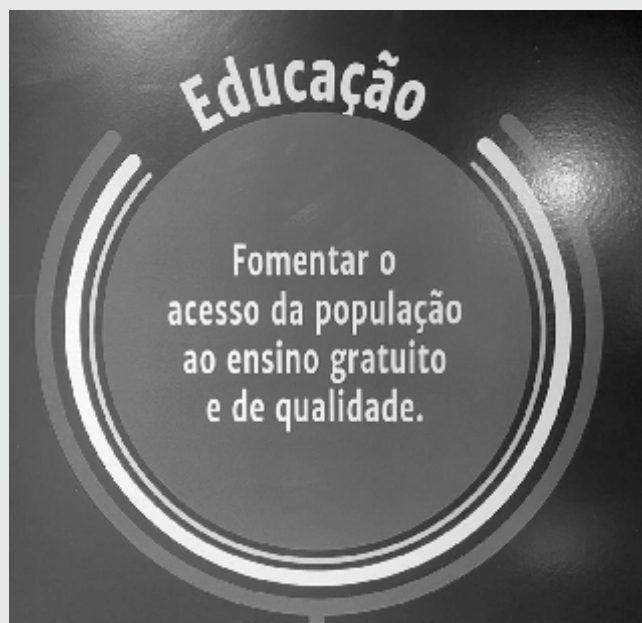
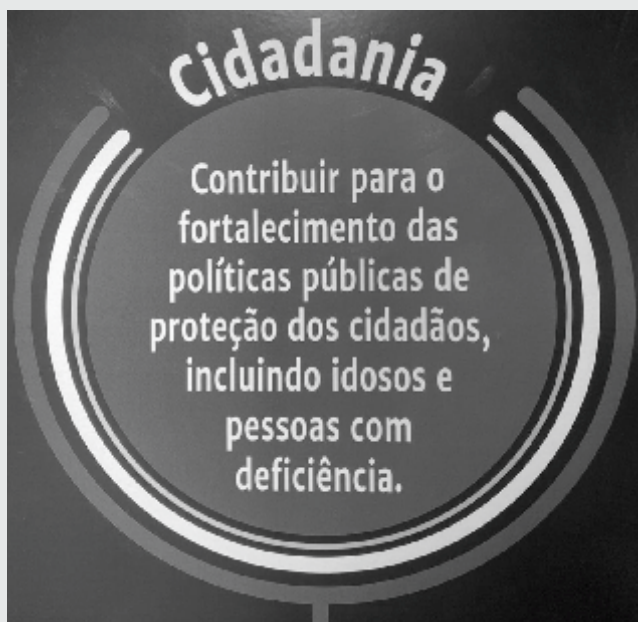
Promotor de Justiça do Estado de
Rondônia
Mestrando em Ciência Jurídica pela
UNIVALI
Pesquisador na área de
Sustentabilidade e Ministério
Público



Após a promulgação da primeira Constituição da República Federativa do Brasil, peça jurídica que contou com uma grande participação do jurista baiano Ruy Barbosa e, após a edição do decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, organizando a Justiça Federal, embora não tenha citado o Ministério Público, a não ser a nomeação do Procurador-Geral e, em razão do descortino do Ministro da Justiça, do Governo Provisório, o Ministério Público passou a ser tratado como Instituição. À exceção da Constituição de 1937, do Estado Novo, o Ministério Público tem sido respeitado e vem respeitando as atribuições que lhes foram conferidas, cumprindo com as previsões constitucionais, como órgão do Estado (não do governo, nem do poder Executivo), dotado de especiais garantias, ao qual a Constituição e as leis delegam algumas funções ativas ou interventivas, em juízo ou fora dele, para defesa de interesses da coletividade, principalmente os indisponíveis e os de larga abrangência social. Desta maneira, vê-se que as portas da Instituição estão preparadas para cumprir com o seu dever, em favor do povo brasileiro. O Ministério Público deixou de ser o acusador público. Sua finalidade se ampliou, atuando não só no processo criminal, mas também desempenhando funções em favor dos deficientes (Lei 7.853/89); da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90); do Consumidor (Lei 8.078/90); do Patrimônio Público (Lei 8.429/92). Destaque-se, ainda, a Lei dos investigadores do Mercado de Valores Imobiliários (Lei 8.625/930) e a Lei nº 7.347/85, ao lado Carta de 88, em que o Ministério Público, com os Inquéritos Cíveis e as consequentes Ações Cíveis Públicas, passou a ter maior proteção contra a Improbidade Administrativa, em todos os níveis (Municipal, Estadual e Federal), bem como iniciou a proteção ao meio ambiente e a atuação na Justiça Eleitoral, Trabalhista e Previdenciária. Nas atualizações mais recentes, estão as Promotorias da Educação, da Saúde, do Cidadão, do Meio Ambiente e dos Bens Artísticos, Culturais, Históricos, sendo eficaz colaborador da sociedade, de tal forma, que quaisquer problemas que aconteçam numa comunidade, lembram-se em primeiro lugar do Ministério Público. Ao que se observa, as tentativas de amordaçar os membros desta valorosa instituição republicana, estão presentes entre os ímprobos, os criminosos de todos os níveis, aqueles insensíveis à dor, à miséria, à falta de educação, saúde, alimentação, moradia, cuja finalidade é dar ao brasileiro a dignidade que todos merecem. Nunca subtrair ou retardar todos esses direitos e garantias constitucionais. São das atribuições delegadas pela nossa Lei Orgânica ao CEAFF- CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL, convidar a todos os leitores para

renovar o conhecimento sobre o papel do MP, e, particularmente, no conteúdo de cada revista, os autores dos artigos lhes oferecem o que há de mais atualizado, quer na doutrina, na jurisprudência e, especialmente, nas atividades ministeriais de cada membro e servidor. A atual gestão tem cumprido o seu papel de integridade e eficiência, e exigido da Dra. Renata Carvalho da Luz, de toda a equipe técnica e administrativa, a dupla capacitação e boa vontade para atender às demandas de todo o Estado. Constatar a boa vontade em dialogar do Dr. Francisco Seráfico da Nóbrega Filho, de estar presente em todos os setores de sua administração, contanto com o apoio gerencial na área jurídica e administrativa dos Drs. Alcides Orlando de Moura Jansen e Álvaro Cristino Gadelha Campos, destacando a competente e atuante Secretaria-Geral, à frente o Dr. Antônio Hortêncio Rocha Neto, conhecedor da legislação ministerial. Por último, afirmar a convivência pacífica, pedagógica e de aprendizagem institucional, pelo trabalho da Corregedoria-Geral, sob o comando da Dra. Vasti Cléa Marinho da Costa Lopes, auxiliada pela Dra. Kátia Rejane Medeiros Lira Lucena, como atuante substituta em exercício, ao lado dos colegas Promotores Auxiliares, Dr. Clístenes Holanda, Dr. Francisco Lianza e Dra. Cristiana Vasconcellos, cujas capacitações agregam-se ao trabalho bem executado de todos. Finalmente, o trabalho concluído, aproveitem bem a nossa revista eletrônica, com atualizadíssimos e de diversas frentes de pensamentos jurídicos.

José Raimundo de Lima
Diretor do CEAF



SUMÁRIO

1 DIREITO ADMINISTRATIVO E DIREITO AMBIENTAL

Direito à reintegração ao cargo público do servidor estatutário
aposentado e a (im) possibilidade de intervenção ministerial..... 25
Ronaldo de Souza Silva Filho

Alternativas para a valorização das áreas de preservação permanentes
nas cidades..... 43
Luciana Montenegro Valente

2 DIREITO HUMANOS E DIREITO PENAL

Igualdade, teoria do impacto desproporcional e direitos humanos: uma
necessidade na defesa de grupos vulneráveis..... 63
Thimotie Aragon Heemann

O Estado de coisas inconstitucional do sistema prisional: o trabalho
como instrumento de ressocialização..... 89
Marcos Giovane Ártico e Victor Ramalho Monfredinho

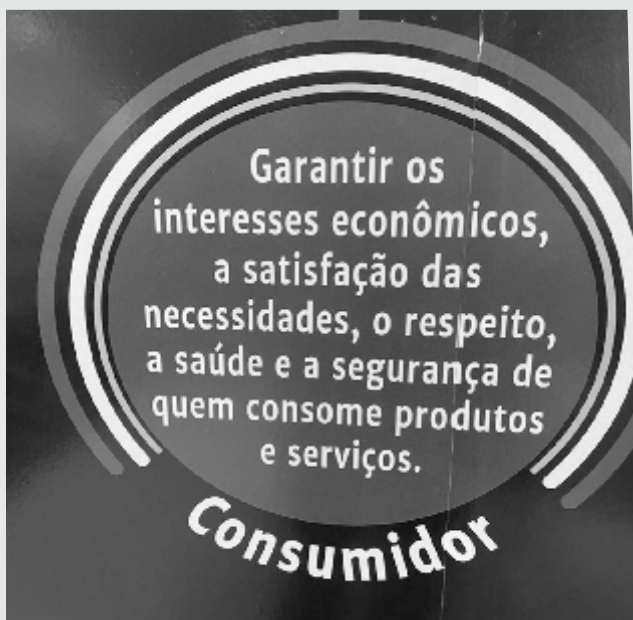
3 PROCESSO CIVIL E PROCESSO CRIMINAL

A conciliação e a mediação à luz do novo CPC como meios
equivalentes jurisdicionais..... 113
João Irene da Silva Neto e Luara Cristina dos Santos

Métodos extrajudiciais de solução de controvérsias: aspectos gerais da
atuação do mediador sob o enfoque humanista..... 125
Jaianny Saionara Macena de Araújo e Leonam Amitaf Ferreira Pinto
de Albuquerque

Colaboração premiada e seu custo-benefício..... 141
Lívia Vilanova Cabral

1 DIREITO ADMINISTRATIVO E DIREITO AMBIENTAL



Áreas de Atuação do Ministério Público do Estado da Paraíba
(Acervo do Memorial do MPPB)

DIREITO À REINTEGRAÇÃO AO CARGO PÚBLICO DO SERVIDOR ESTATUTÁRIO APOSENTADO E A (IM)POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO MINISTERIAL

Ronaldo de Souza Silva Filho

Bacharel em Direito

Resumo

O presente estudo tem como escopo a interpretação do artigo 37, §10 da Constituição Federal, a fim de verificar a possibilidade de acumulação de proventos de aposentadoria do servidor estatutário, aposentado voluntariamente pelo regime geral de previdência, com os vencimentos do cargo público que ocupa. Partindo da hipótese de que tal acumulação é possível, buscou-se analisar também o entendimento das cortes superiores a respeito da possibilidade de caracterização de ato de improbidade, bem como a viabilidade de ação coletiva para tutelar os direitos dos servidores pelo Ministério Público. Para análise da situação acima descrita, foram realizadas pesquisas bibliográficas e, sobretudo, jurisprudenciais nos Tribunais Superiores. Nesse contexto, a proposta deste artigo visa a apresentar as interpretações conferidas ao mencionado dispositivo constitucional e os mecanismos de atuação do Ministério Público diante de tais casos.

Palavras-Chave: Servidor estatutário. Aposentadoria voluntária. Reintegração ao cargo. Ação Civil Pública.

Abstract

The purpose of this study is to interpret article 37, §10 of the Federal Constitution, in order to verify the possibility of accumulation of retirement benefits of the statutory servant voluntarily retired by the general pension scheme with the expiration of the public office in which it occurred the retirement. Assuming that such accumulation is possible, we also sought to analyze the understanding of the superior courts regarding the possibility of characterization of improbidity act, as well as the viability of collective action to protect the rights of the servants by the Public Ministry. To analyze the situation described above, bibliographical researches and, above all, jurisprudence of the Superior Courts were carried out. In this context, the purpose of this article is to present the interpretations given to the aforementioned constitutional provision and the mechanisms of action of the Public Prosecutor's Office in these cases.

Keywords: Statutory server. Voluntary retirement. Reintegration to the position. Related searches.

1 Introdução

Aposentadoria é direito consubstanciado no recebimento de determinado valor à pessoa física que cumpre determinados requisitos exigidos em Lei. Ultrapassado é o conceito pelo qual se define a aposentadoria como, simplesmente, um direito à inatividade remunerada, vez que há casos nos quais é possível a percepção de proventos de aposentadoria com salário/remuneração em atividade, como se verá mais adiante.

A Constituição Federal disciplinou as regras estruturantes dos sistemas públicos de aposentação existentes no Brasil. Nos artigos 40, 42 e 142, tratou do Regime Próprio de Previdência, aplicável aos servidores públicos civis e militares estatutários ocupantes de cargos efetivos, enquanto que, no art. 201, dispôs acerca do Regime Geral de Previdência, de caráter residual, aplicável aos empregados públicos, servidores temporários, servidores ocupantes de cargo comissionado exclusivamente e trabalhadores da iniciativa privada.

Em termos gerais, ambos os regimes previdenciários conferem direito subjetivo igual ao trabalhador, diferindo apenas sobre regras de aquisição e gozo. É importante esclarecer que a Carta Constitucional não esgota todas as regras referentes à previdência, mas tão só estabeleceu normas gerais. Cabe aos Estados, Distrito Federal e Municípios editar suas próprias regras conforme as especificidades locais, desde que observados os parâmetros constitucionais, sob pena de suspensão da eficácia da lei local que lhe for contrário¹.

Dentre as várias modalidades de aposentadoria, apenas aquela chamada de “voluntária”, por tempo de contribuição, interessa ao presente trabalho. Além dos requisitos temporais de idade e de contribuição, faz-se necessária a manifestação de vontade do indivíduo, porquanto, ainda que preenchidas as duas condições acima, o sujeito pode continuar a laborar, hipótese na qual além da remuneração normal do cargo/emprego, faz jus ao abono de permanência enquanto não requerer a aposentadoria voluntária ou completar a idade para aposentadoria compulsória.

Quanto à possibilidade de acumulação de proventos de aposentadoria com remuneração de cargo público, a Constituição pretérita, de 1967, nada esclarecia sobre o tema, havendo fundada dúvida a respeito da sua admissibilidade, notadamente porque a Emenda nº 1/1969, trouxe dispositivo vedando a concentração remuneratória na hipótese, ressalvadas algumas exceções.

¹CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas. 2018. p. 815.

Por sua vez, a atual Constituição apenas tratou do tema dez anos após sua promulgação, com a introdução da Emenda Constitucional nº 20/1998. Foi acrescentado ao art. 37 o parágrafo 10. No entanto, a regra continuou a mesma: impossibilidade de acumular proventos com vencimentos, exceto nas hipóteses ali previstas, como nos casos de cargo acumulável na atividade (tratados no inciso XVI do mesmo artigo 37), cargo eletivo ou cargo comissionado².

Em que pese a omissão no texto do mencionado artigo, a doutrina entende que a norma tem um alcance mais amplo. Deve também ser observada nos casos de proventos pagos em razão de disponibilidade remunerada (art. 41, §3º da CF). Nesse sentido, é esclarecedor o raciocínio de FILHO, CARVALHO³:

Na verdade, seria iníquo que servidor aposentado pudesse, em algumas situações, acumular seus proventos com vencimentos de outro cargo, e que servidor posto em disponibilidade não o pudesse: em ambos os casos, o servidor auferiria remuneração sem estar em atividade. Sendo assim, servidor em disponibilidade pode ocupar, por exemplo, cargo em comissão.

No entanto, a amplitude da referida norma é ainda maior conforme se verá no capítulo seguinte.

2 Da possibilidade de acumulação de proventos de aposentadoria do regime geral com vencimentos de cargo público estatutário

A Lei nº. 8.213/91, a qual disciplina as regras constitucionais relativas ao Regime Geral de Previdência, não prevê restrição ao recebimento de aposentadoria com salário de trabalhador em atividade, ressalvado, por óbvio, os casos de aposentadoria por invalidez. Apenas prescreve em seu art. 124, inciso II, a proibição de recebimento de mais de uma aposentadoria voluntária.

É sedimentado no Tribunal Superior do Trabalho o entendimento de que a aposentadoria voluntária, por si só, não desfaz o contrato individual de trabalho. Nesse sentido é a Orientação Jurisprudencial nº 361 SBDI-1/TST, *in verbis*:

²DIPIETRO, Maria Sylvania Zanela. *Direito administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018. p. 784.

³CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit. p. 827.

A aposentadoria espontânea não é causa de extinção do contrato de trabalho se o empregado permanece prestando serviços ao empregador após a jubilação. Assim, por ocasião da sua dispensa imotivada, o empregado tem direito à multa de 40% do FGTS sobre a totalidade dos depósitos efetuados no curso do pacto laboral.

O entendimento acima também é prevalente no TST quanto às lides envolvendo empregados públicos que, apesar de já aposentados pelo regime geral de previdência, continuam no exercício da sua função, como se percebe dos julgados abaixo transcritos:

RECURSO DE REVISTA. NULIDADE DA DISPENSA. EMPREGADO PÚBLICO CELETISTA. EMPRESA PÚBLICA. APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE PROVENTOS. DISCRIMINAÇÃO POLÍTICA. No tocante aos efeitos da aposentadoria espontânea, o assunto não mais comporta discussão, porque já está superado pela atual e iterativa jurisprudência do TST (OJ 361 da SBDI-1), segundo a qual a aposentadoria não põe fim ao contrato de trabalho. Por outro lado, segundo a jurisprudência da SBDI-1 do TST, é possível cumular a percepção dos proventos de aposentadoria com os salários decorrentes do vínculo empregatício, porquanto o § 10 do art. 37 da Constituição Federal, que veda tal cumulação para algumas hipóteses, faz menção expressa tão somente aos arts. 40, 42 e 142, todos da Carta Magna, ou seja, regimes previdenciários especiais, não abrangendo nessa limitação os empregados aposentados pelo Regime Geral de Previdência, caso da reclamante. [...] ⁴

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. APELO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. EMPREGADO PÚBLICO. APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. CUMULAÇÃO DOS PROVENTOS COM OS VENCIMENTOS. Nos termos da Orientação Jurisprudencial nº.

⁴TST. Recurso de Revista:2202006720085010242, Relator: Augusto César Leite de Carvalho, Data de julgamento:12/12/2018. Disponível em:<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/659750928/recurso-de-revista-rr-2202006720085010242?ref=topic_feed>. Acesso em: 9 jan. 2019.

361 da SBDI-1, 'a aposentadoria espontânea não é causa de extinção do contrato de trabalho se o empregado permanece prestando serviços ao empregador após a jubilação'. Ademais, o entendimento desta Corte Superior é no sentido de que não há vedação da cumulação de proventos com a remuneração do cargo público quando a aposentadoria seja vinculada ao Regime Geral de Previdência Social. Agravo de instrumento desprovido⁵.

O posicionamento do TST apresentado acima decorre, sobretudo, do entendimento firmado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.721, julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 2007. Nesta, o STF delineou a independência entre o vínculo previdenciário mantido pelo trabalhador (público ou privado) com o INSS e o direito à continuidade laboral com o empregador (público ou privado), segundo ementa abaixo:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 3º DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº. 1.596-14/97, CONVERTIDA NA LEI 9.528/97 QUE ADICIONOU AO ART. 453 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO UM SEGUNDO PARÁGRAFO PARA EXTINGUIR O VÍNCULO EMPREGATÍCIO QUANDO DA CONCESSÃO DA APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. PROCEDÊNCIA DA ACÇÃO.

[...]

3. A Constituição versa a aposentadoria como um benefício que se dá mediante o exercício regular de um direito. E o certo é que o regular exercício de um direito não é de colocar o seu titular numa situação jurídico-passiva de efeitos ainda mais drásticos do que aqueles que resultariam do cometimento de uma falta grave (sabido que, nesse caso, a ruptura do vínculo empregatício não opera automaticamente).

4. O direito à aposentadoria previdenciária, uma vez objetivamente constituído, se dá no âmbito de uma relação jurídica entre o segurado do Sistema Geral de Previdência Social e o Instituto Nacional de Previdência Social. Às expensas, portanto, de um sistema atuarial-financeiro que é gerido por esse Instituto mesmo, e não às custas desse ou daquele empregador.

⁵TST. Agravo Interno em Recurso de Revista: 24395020145090411, Relator: Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 12/12/2018. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/659750928/recurso-de-revista-rr-24395020145090411?ref=topic_feed>. Acesso em: 9 jan. 2019.

5. Ordenamento Constitucional não autoriza o legislador ordinário a criar modalidade de rompimento automático de vínculo de emprego, em desfavor do trabalhador, na situação em que está apenas exercita seu direito de aposentadoria espontânea, sem cometer deslize algum.
6. A mera concessão de aposentadoria voluntária ao trabalhador não tem por efeito extinguir, instantânea e automaticamente, o seu vínculo de emprego.
7. Inconstitucionalidade do §2º do art. 453 da Consolidação da Leis Trabalhistas, introduzido pela Lei nº 9528/97⁶.

No que toca ao servidor público estatutário ocupante de cargo efetivo, o regime próprio de previdência deve ser instituído por Lei pela pessoa jurídica da qual faz parte. Caso assim não proceda o vínculo previdenciário do servidor se dará necessariamente com o Instituto Nacional da Seguridade Social por meio do regime geral de previdência, sob pena de afronta ao direito de aposentadoria.

A simples leitura do art. 37, § 10 da Constituição Federal deixa clara e indubitosa a impossibilidade de acumulação de proventos com remuneração, ressalvados os casos previstos no próprio dispositivo.

Art. 37. [...]

§ 10. É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.

Acontece que a vedação para cumulação é limitada expressamente a proventos advindos dos regimes próprios de previdência dos servidores civis (art. 40) e militares (arts. 42 e 142). Nada declarou sobre os proventos pagos pelo INSS sob Regime Geral de Previdência (art. 201).

Caso a intenção do constituinte originário fosse vedar a percepção simultânea de quaisquer proventos de aposentadoria, não teria especificado os artigos referentes apenas a regimes próprios.

⁶STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.721/DF, Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJe 29.06.2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=68093>>. Acesso em: 16 jan. 2019.

Ressalte-se que, sendo plenamente possível ao servidor já aposentado pelo RGPS ser nomeado para novo cargo público, caso aprovado para tal, é exatamente porque não incide a hipótese do art. 37, §10 da CF/88. Nesse sentido, são esclarecedoras as palavras do Min. Marco Aurélio no Recurso Extraordinário 387.269:

Como consta em bom vernáculo no texto constitucional, 'é vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição', os cargos eletivos e os cargos em comissões declarados em lei de livre nomeação e exoneração'. Vale dizer que, consoante bem decidiu o Tribunal de origem, a glosa diz respeito à acumulação de proventos decorrentes de aposentadoria como servidor público, considerado o regime específico e remuneração do novo cargo. A recorrida aposentou-se pelo regime geral de previdência social, não havendo, assim, a impossibilidade de assumir novo cargo. Pouco importa que haja sido servidora do Município. À luz do texto constitucional, cumpre perquirir a fonte dos proventos, que indubitavelmente, não está nos cofres públicos⁷.

Ademais, a natureza jurídica dos vínculos mantidos pelo servidor é diferente. Um é de natureza previdenciária com o INSS; o outro é funcional-administrativa com a Administração Pública da qual faz parte. Some-se a isso o fato de que os proventos e vencimentos possuem fonte de custeio diversas, conforme bem delineado em julgado do TST abaixo, em consonância com jurisprudência do STF:

Acrescente-se que a vedação de acumulação de proventos de aposentadoria com a remuneração de cargo, emprego ou função pública de que cogitam os arts. 37, §10, 40, 42 e 142 da Constituição Federal leva em consideração a unicidade das fontes dos proventos e da remuneração dos cargos, empregos ou funções

⁷STF. Recurso Extraordinário 387.269, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 17.12.2014. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=68093>>. Acesso em: 19 jan. 2019.

públicas, mas não alcança as situações jurídicas em que a fonte de custeio dos proventos de aposentadoria decorre do regime geral de Previdência Social e da remuneração dos cofres públicos⁸.

Se o servidor estatutário, por não possuir regime próprio, é aposentado voluntariamente pelo INSS, não fazendo jus a qualquer benefício de natureza previdenciária paga pelos cofres do ente público a que pertence, nem mesmo recebendo qualquer tipo de complementação de proventos, não deverá ser exonerado somente em razão da aposentadoria.

O Ministério Público Federal, em parecer de autoria do ex Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, nos autos do RE nº 669.645/SC entende que

A vedação contida no §10 do art. 37 não alcança servidores públicos aposentados pelo Regime Geral de Previdência Social, pois veda, especificamente, a percepção cumulativa de proventos decorrentes do regime especial dos servidores públicos com a remuneração de cargo, emprego ou função pública. Logo, carece de legitimidade o ato exoneratório do servidor público, seja por não ter sido precedido de processo administrativo, seja por inexistir vedação constitucional de acumulação de proventos de aposentadoria do RGPS com vencimentos de cargo público⁹.

Na mesma linha de raciocínio é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que pode ser representada pelos acórdãos abaixo ementados:

Agravo regimental nos embargos de declaração no recurso extraordinário com agravo. Direito Administrativo e Constitucional. Servidor público. Cumulação de proventos de aposentadoria oriunda do regime geral de previdência com vencimentos de cargo público. Possibilidade. Precedentes. 1. A jurisprudência do

⁸TST. Recurso de Revista 76300-55.2007.5.10.0001, Relator Min. Luiz Philippe Vieira de Melo Filho, Data de Publicação: DEJT 25/02/2011. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/307152615/recurso-de-revista-rr-14487420145090411/inteiro-teor-307152640>>. Acesso em: 19 jan. 2019.

⁹MPF. Parecer nº 7657/RJMB no RE 669.645/SC, datado de 28/09/2012. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=1852716&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2019.

Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido da possibilidade de cumulação de vencimentos de cargo público com proventos de aposentadoria oriunda do regime geral de previdência. 2. Agravo regimental não provido¹⁰.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL COM REMUNERAÇÃO DE CARGO EFETIVO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO, COM APLICAÇÃO DE MULTA. I - A jurisprudência desta Suprema Corte é assente no sentido de ser possível a acumulação de proventos decorrentes de aposentadoria no Regime Geral de Previdenciária Social com remuneração de cargo público, pois, nesse caso, não há acumulação vedada pela Constituição Federal. II - Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC¹¹.

Oportuno esclarecer que a matéria aqui tratada (acumulação de proventos de servidor estatutário aposentado pelo RGPS com vencimentos de cargo público) ainda não é objeto de repercussão geral reconhecida pelo STF, nem é objeto de súmula, mas representa entendimento dominante naquela corte¹².

Em que pesem os fortes argumentos apresentados acima, algumas turmas de tribunais locais e juízes primevos ainda não se dobraram à tese da cumulatividade dos proventos do RGPS com vencimentos de cargo público. Em tais casos, interpretam o art. 37, §10 de maneira genérica, englobando todo e qualquer regime de aposentadoria.

¹⁰ STF. Agravo Regimental n. 915.420-ED-AgR, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe 5.6.2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000362477&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 23 jan. 2019.

¹¹ STF. Agravo Regimental n. 1.121.013-AgR, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 11.9.2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000363528&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 23 jan. 2019.

¹² Assim também são as seguintes decisões monocráticas: Recurso Extraordinário n. 1.140.380, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe 28.6.2018; Recurso Extraordinário n. 1.111.722, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe 19.3.2018; e Recurso Extraordinário n. 1.033.369, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe 16.6.2017.

Por fim, um fato importante que deve ser levado em consideração na análise de tais casos é a previsão no Estatuto do Servidor Público das hipóteses de vacância. A vacância do cargo pela aposentadoria, em se tratando de servidor estatutário, só ocorre se foi originada de regime próprio, ou no caso de regime geral, se decorrente de invalidez. Pois, como visto no item 5 da ementa da ADI 1.721, o STF declarou que não cabe ao legislador infraconstitucional criar nova modalidade de vacância se tal hipótese não foi prevista no texto constitucional.

3 Papel do Ministério Público nas demandas envolvendo pedido de reintegração de servidor aposentado pelo Regime Geral de Previdência

Tendo como premissa o entendimento esposado acima, há de se perquirir se o Ministério Público tem legitimidade para propor ação judicial objetivando a reintegração de servidores públicos exonerados unicamente em razão da concessão de aposentadoria voluntária pelo INSS, bem como se o ato exoneratório ilegal configura ato ímprobo.

3.1 Da configuração do ato de Improbidade Administrativa

O ato de exoneração motivado tão somente pela concessão de aposentadoria voluntária pelo RGPS, na esteira do raciocínio do Supremo Tribunal Federal demonstrado no capítulo anterior, configura ato contrário ao art. 37, §10 da Constituição Federal, nulo portanto. Há vício no elemento objeto do ato administrativo, porquanto é juridicamente impossível. O ato exoneratório importa violação da lei.

No âmbito da Lei de Improbidade Administrativa, o ato exoneratório em questão não se enquadra em nenhuma das hipóteses dos artigos 9º (enriquecimento ilícito) e 10 (lesão ao erário), o que, em tese, ensejaria a aplicação subsidiária do art. 11, por violação ao princípio da legalidade. Mas, não basta que o ato praticado pelo agente público seja contrário à lei para configurar ato ímprobo. A ocorrência daquela, por si só, não resulta nesta¹³.

O vocábulo latino *improbitate* significa desonestidade. A desonestidade pressupõe a consciência de ilicitude da conduta, existência de dolo, má-fé. Portanto, para ser caracterizada como conduta ímproba, o ato ilegal deve ser revestido do mesmo traço das outras modalidades de improbidade (arts. 9º

¹³FILHO, MARINO PAZZAGLINI. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais e processuais de responsabilidade fiscal*. 7. ed., São Paulo: Atlas, 2018. p. 104.f

e 10): desonestidade, dolo e má-fé. Nesse sentido é a jurisprudência do STJ a teor do julgado abaixo transcrito:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. RESSARCIMENTO DE DANO AO ERÁRIO. PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO. MÁ-FÉ (DOLO). APLICAÇÃO DAS PENALIDADES. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

1. O caráter sancionador da Lei 8.429/92 é aplicável aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições e notadamente: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); b) causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11) compreendida nesse tópico a lesão à moralidade administrativa.

2. A exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve ser realizada *cum granu salis*, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público, preservada a moralidade administrativa e, a *fortiori*, ir além do que o legislador pretendeu.

3. A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o *status* de improbidade, quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública, coadjuvados pela má-intenção do administrador.

4. Destarte, o elemento subjetivo é essencial à caracterização da improbidade administrativa, à luz da natureza sancionatória da Lei de Improbidade Administrativa, o que afasta, dentro do nosso ordenamento jurídico, a responsabilidade objetiva. Precedentes: REsp. 654.721/MT, Primeira Turma, julgado em 23/06/2009, DJe 01/07/2009; REsp. 717.375/PR, Segunda Turma, DJ 08/05/06; REsp. 658.415/RS, Segunda Turma, DJ de 3.8.2006; REsp. 604.151/RS, Primeira Turma, DJ de 08/06/2006¹⁴.

¹⁴STJ. Recurso Especial 1130198 RR 2009/0145722-5, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 02/12/2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17995504/recurso-especial-resp-1130198-rr-2009-0145722-5/inteiro-teor-17995505?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 31 jan. 2019.

Considerando a necessidade da existência da má-fé do Administrador Público no ato de exoneração do servidor, sem dúvida será aplicável a Lei de Improbidade Administrativa. Acontece que, no caso concreto, muitas vezes não há ocorrência de dolo. O que existe é simples adoção de entendimento contrário, ou mesmo seu desconhecimento.

Via de regra, antes do Administrador Público tomar decisão final acerca do ato exoneratório, submete o processo administrativo ao parecer da consultoria jurídica do próprio órgão ou entidade, o qual, na imensa maioria das vezes, opina pela impossibilidade de manutenção do vínculo funcional. Como visto no final do capítulo anterior, ainda há parcela minoritária do judiciário, sobretudo juízes de primeiro grau, que não adotam a posição do STF sobre o tema, interpretando o art. 37, §10 de forma genérica.

Ora, se o próprio magistrado, conhecedor da lei, em tese, entende não ser cabível a cumulação de proventos de aposentadoria do RGPS com vencimentos de cargo público, não é de se exigir que o Administrador Público entenda de forma contrária, salvo desvio de finalidade no ato exoneratório envolto de má-fé.

Desse modo, deve sempre ser averiguado o caso concreto, a fim de saber se efetivamente houve desonestidade do Administrador ou foi apenas adoção de entendimento contrário, que, embora prejudicial ao servidor, não pode ensejar, *a prima facie*, ato de improbidade, haja vista tratar-se de tema que possui certa divergência nos juízos inferiores.

3.2 Da reintegração do servidor como Direito individual homogêneo de relevância social

Em que pese, *a priori*, não ser cabível aplicação das punições da Lei nº 8.429/92, é possível a realização do controle de legalidade do ato exoneratório pelo Ministério Público, via Ação Civil Pública. Dentre as ações coletivas, a ACP é a que possui um maior campo de hipóteses de cabimento. De acordo com a Lei nº. 7.347/85, em seu art. 1º, IV e VI, compete aos seus legitimados, dentre eles o Ministério Público, a defesa do patrimônio público e social, e outros direitos e interesses difusos e coletivos. Apesar de não fazer menção expressa aos interesses individuais homogêneos, doutrina e jurisprudência são uniformes em admitir que sua tutela também pode ocorrer via ACP¹⁵.

De fato, o tema tratado no presente artigo não se refere a direito coletivo, muito menos a direito difuso, porquanto estes possuem natureza

¹⁵ZAVASCKI. Teori Albino. *Processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 40.

indivisível, ou seja, referem-se a direitos que não podem ser divididos ou usufruídos individualmente por aqueles que compõem a coletividade/comunidade¹⁶. Trata-se, *a prima facie*, de direito individual homogêneo por ser, sob o aspecto objetivo, um direito divisível.

No entanto, somente é cabível a tutela de direitos individuais via ação coletiva quando há interesse social relevante na demanda. Esse é o entendimento do plenário do STF, em didático julgamento do Recurso Extraordinário 631.111, cuja ementa abaixo transcrita:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL COLETIVA. DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS (DIFUSOS E COLETIVOS) E DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DISTINÇÕES. LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ARTS. 127 E 129, III, DA CF. LESÃO A DIREITOS INDIVIDUAIS DE DIMENSÃO AMPLIADA. COMPROMETIMENTO DE INTERESSES SOCIAIS QUALIFICADOS. SEGURO DPVAT. AFIRMAÇÃO DA LEGITIMIDADEATIVA. [...]

4. O art. 127 da Constituição Federal atribui ao Ministério Público, entre outras, a incumbência de defender “interesses sociais”. Não se pode estabelecer sinonímia entre interesses sociais e interesses de entidades públicas, já que em relação a estes há vedação expressa de patrocínio pelos agentes ministeriais (CF, art. 129, IX). Também não se pode estabelecer sinonímia entre interesse social e interesse coletivo de particulares, ainda que decorrentes de lesão coletiva de direitos homogêneos. Direitos individuais disponíveis, ainda que homogêneos, estão, em princípio, excluídos do âmbito da tutela pelo Ministério Público (CF, art. 127).

5. No entanto, há certos interesses individuais que, quando visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, têm a força de transcender a esfera de interesses puramente particulares, passando a representar, mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, verdadeiros interesses da comunidade. Nessa perspectiva, a lesão desses interesses individuais acaba não apenas atingindo a esfera jurídica dos titulares do direito individualmente considerados, mas também

¹⁶ ASSUMPÇÃO NEVES. Daniel Amorim. *Ações constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 229.

comprometendo bens, institutos ou valores jurídicos superiores, cuja preservação é cara a uma comunidade maior de pessoas. Em casos tais, a tutela jurisdicional desses direitos se reveste de interesse social qualificado, o que legitima a propositura da ação pelo Ministério Público com base no art. 127 da Constituição Federal. Mesmo nessa hipótese, todavia, a legitimação ativa do Ministério Público se limita à ação civil coletiva destinada a obter sentença genérica sobre o núcleo de homogeneidade dos direitos individuais homogêneos.

6. Cumpre ao Ministério Público, no exercício de suas funções institucionais, identificar situações em que a ofensa a direitos individuais homogêneos compromete também interesses sociais qualificados, sem prejuízo do posterior controle jurisdicional a respeito. Cabe ao Judiciário, com efeito, a palavra final sobre a adequada legitimação para a causa, sendo que, por se tratar de matéria de ordem pública, dela pode o juiz conhecer até mesmo de ofício (CPC, art. 267, VI e § 3.º, e art. 301, VIII e § 4.º)¹⁷.

Em casos envolvendo servidores públicos, as cortes superiores têm admitido a ação coletiva intentada pelo Ministério Público em casos como não pagamento de verbas salariais a determinada categoria de servidores. Nesse sentido é o parecer do MPF acatado nos autos do RE nº 459.456, de Relatoria da Ministra Carmem Lúcia e entendimento da 5ª Turma do STJ:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DE RELEVÂNCIA SOCIAL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO [...] Nessa linha, a manifestação da Procuradoria-Geral da República: “(...) se a defesa de tais interesses [individuais homogêneos] envolver relevante abrangência social, como a hipótese dos presentes autos, que trata da revisão geral anual dos servidores públicos, deverá a ação civil pública correspondente ser intentada pela instituição. Ou seja, se, no caso concreto, a defesa

¹⁷STF. Recurso Extraordinário 631.111, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 7/8/2014. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342219/recurso-extraordinario-re-631111-go-stf/inteiro-teor-159437490?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 2 fev. 2019.

coletiva de interesses transindividuais assumir importante papel social, não se poderá negar ao Ministério Público a defesa desse direito. (...) Depreende-se da análise dos autos, sem dúvida alguma, que a questão iuris é eminentemente social, na medida em que se trata de prestação pecuniária para todos aqueles que trabalham no serviço público, não havendo que se questionar, portanto, a legitimidade do Parquet para atuar no feito” (fls. 452 e 454). E ainda: RE 488.056, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 9.9.2010; transitada em julgado em 7.10.2010; e RE 192.690, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 10.5.2010, transitada em julgado em 30.6.2010. Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido. 7. Pelo exposto, dou provimento ao recurso extraordinário (art. 557, § 1-Aº, do Código de Processo Civil e art. 21, § 2º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal) e determino o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que prossiga no julgamento da ação¹⁸.

PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS E INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ‘AD CAUSAM’ DO MINISTÉRIO PÚBLICO – LEI 6.766/79, ARTS. 38 E 40 – LEI Nº 7.347/85, ART. 21 – CF. ART. 129, III E IX.

1. Há certos direitos e interesses individuais homogêneos que, quando visualizados em seu conjunto, de forma coletiva e impessoal, passam a representar mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, mas verdadeiros interesses sociais, sendo cabível sua proteção pela ação civil pública.

2. é o Ministério Público ente legitimado a postular, via ação civil pública, a proteção do direito ao salário-mínimo dos servidores municipais, tendo em vista sua relevância social, o número de pessoas que envolvem a economia processual.

3. Recurso conhecido e provido. Decisão por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento.

Assim, diante dos julgados acima, para que seja possível a atuação ministerial no caso em apreço - reintegração de servidores públicos estatutários aposentados pelo RGPS e exonerados ilegalmente com base apenas em tal

¹⁸STJ. Recurso Especial 95347/ SE; Relator Ministro Vicente Leal, Quinta Turma, 23/05/2000. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/453855/recurso-especial-resp-95347-se-1996-0029908-0>>. Acesso em: 2 fev. 2019.

fundamento – deve o Órgão Ministerial analisar a existência de relevância social na demanda como, por exemplo, - a) a quantidade de sujeitos contemplados com o interesse tutelado; b) a expressão pecuniária envolvida; c) a repercussão pública da matéria tratada, já que se trata de ação que tem seu fundamento em uma violação à norma constitucional; e, por fim, e) verificar a real necessidade de dar tratamento processual coletivo à matéria, considerando a possibilidade de que a multiplicação de feitos com decisões judiciais divergentes causariam certa confusão e descrédito do judiciário.

4 Conclusão

O desenvolvimento do presente artigo possibilitou uma análise mais aprofundada acerca da interpretação conferida ao art. 37, §10 da Constituição Federal pelo Supremo Tribunal Federal. Além disso, oportunizou verificar um cenário para uma eventual intervenção do Ministério Público, via ação coletiva, em prol do direito de servidores públicos face à Administração.

Apesar de ainda não haver uma interpretação uniforme, sobretudo nos Tribunais inferiores e juízos de primeiro grau, a Corte Suprema tem entendimento firme de que o servidor público estatutário, aposentado voluntariamente pelo regime geral de previdência, têm direito de permanecer no cargo que ocupa, tendo em vista que a vedação contida no art. 37, §10 da Carta Maior apenas impõe a vedação para servidores aposentados pelo regime próprio de previdência.

Em se tratando de tutela de tais interesses do servidor público, é possível a propositura de Ação Civil Pública para pleitear a reintegração destes quando exonerados ilegalmente com fundamento, tão só, na concessão da aposentadoria voluntária pelo RGPS. No entanto, como se refere a direito individual homogêneo, só haveria intervenção do Ministério Público caso houvesse relevante interesse social.

Ao analisar decisões de Tribunais Superiores restou verificado que a caracterização do interesse social relevante na demanda depende de uma conjuntura de aspectos de ordem social, econômica e jurídica, as quais devem ser analisadas à luz do caso concreto tanto pelo *Parquet* quanto pelo órgão judiciário.

Desse modo, tendo como premissa a jurisprudência do STF sobre o tema, é possível a atuação ministerial a fim de verificar a ocorrência de ato de improbidade praticado pelo administrador público, ou, não sendo o caso, o manejo de Ação Civil Pública quando presente o relevante interesse social.

Referências

ASSUMPCÃO NEVES. Daniel Amorim. *Ações constitucionais*. 2.ed. São Paulo. Método, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanela. *Direito administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MPF. Parecer nº 7657/RJMB no RE 669.645/SC, datado de 28/09/2012. Disponível em: < www.stf.jus.br/portal/processo/ver-processopeca.asp?id=1852716&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2019.

STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.721/DF, Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJe 29.06.2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=68093>>. Acesso em: 16 jan. 2019.

_____. Recurso Extraordinário 387.269, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 17.12.2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=68093>>. Acessado em: 19 jan. 2019.

_____. Agravo Regimental n. 915.420-ED-AgR, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe 5.6.2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizar-Ementa.asp?s1=000362477&base=baseMonocraticas>>. Acessado em: 23 jan. 2019.

_____. Agravo Regimental n. 1.121.013-AgR, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 11.9.2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000363528&base=baseMonocraticas>>. Acessado em: 23 jan. 2019.

_____. Recurso Extraordinário 631.111, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 7/8/2014. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342219/recurso-extraordinario-re-631111-go-stf/inteiro-teor-159437490?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 2 fev. 2019.

_____. Recurso Extraordinário 459456, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 27/12/2010. Disponível em: <<https://www.google.com/search?client=firefox-b-ab&q=RE+459456>>. Acesso: 2 fev. 2019.

STJ. Recurso Especial 1130198 RR 2009/0145722-5, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 02/12/2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17995504/recurso-especial-resp-1130198-rr-2009-0145722-5/inteiro-teor-17995505?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 31 jan. 2019.

TST. Recurso de Revista 76300-55.2007.5.10.0001, Relator Min. Luiz Philippe Vieira de Melo Filho, Data de Publicação: DEJT 25/02/2011. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/307152615/recurso-de-revista-rr-14487420145090411/inteiro-teor-307152640>>. Acesso em: 19 jan. 2019.

_____. Recurso de Revista:2202006720085010242, Relator: Augusto César Leite de Carvalho, Data de julgamento: 12/12/2018. Disponível em:<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/659750928/recurso-de-revista-rr-2202006720085010242?ref=topic_feed>. Acesso em: 9 jan. 2019.

_____. Agravo Interno em Recurso de Revista: 24395020145090411, Relator: Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 12/12/2018. Disponível em:<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/659750928/recurso-de-revista-rr-24395020145090411?ref=topic_feed>. Acesso em: 9 jan. 2019.

ZAVASCKI. Teori Albino. *Processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ALTERNATIVAS PARA A VALORIZAÇÃO DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTES NAS CIDADES

Luciana Montenegro Valente
Bacharela em Direito

Resumo

A política urbana encontra fundamento nos artigos 182 e 183 da Constituição Federal de 1988, devendo ser executada pelos municípios com a finalidade de garantir a função social da cidade e o bem-estar de seus habitantes. O principal instrumento legislativo da política de desenvolvimento urbano é o Plano Diretor, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes. No caso da cidade de Manaus, Estado do Amazonas, o poder público estadual vem desenvolvendo o Programa Social e Ambiental dos Igarapés de Manaus – PROSAMIM, cuja estratégia compreende, dentre outras ações, a canalização de cursos d'água urbanos e impermeabilização de suas margens, ocasionando, muitas vezes, a perda da função ambiental das áreas de preservação permanentes urbanas, ou a sua não recuperação. O objetivo deste artigo é demonstrar alternativas para a valorização das áreas de preservação urbanas e a manutenção de seus serviços ambientais como, por exemplo, a implantação de parques lineares, corredores ecológicos e outros modelos de gestão que permitam a conservação e/ou renaturalização dos cursos d'água urbanos e suas margens, em consonância com a legislação ambiental vigente, representada pela Constituição Federal, pelo Código Florestal Brasileiro (Lei n. 12.651/2012) e pelas Resoluções do Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA, que tratam da questão.

Palavras-chave: Cursos d'água urbanos. Áreas de preservação permanente. Serviços ambientais.

Abstract

Urban policy is based on articles 182 and 183 of the Federal Constitution of 1988, and must be implemented by municipalities in order to guarantee the social function of the city and the well-being of its inhabitants. The main legislative instrument of urban development policy is the Master Plan, mandatory for cities with more than twenty thousand inhabitants. In the case of the city of Manaus, State of Amazonas, the state public power has been developing the Social and Environmental Program of the Manaus Igarapés - PROSAMIM, whose strategy includes, among other actions, the channeling of urban water courses and waterproofing of its banks, often resulting in the loss of the environmental function of permanent urban preservation areas, or

their non-recovery. The objective of this article is to demonstrate alternatives for the betterment of urban preservation areas and the maintenance of their environmental services, such as the implementation of linear parks, ecological corridors and other management models that allow the conservation and/or re-naturalization of urban water courses and its margins, in accordance with current environmental legislation, represented by the Federal Constitution, the Brazilian Forest Code (Law No. 12.651/2012) and the Resolutions of the National Environmental Council - CONAMA, which deal with the issue.

Key words: Urban water courses. Permanent preservation areas. Environmental services.

1 A canalização de cursos d'água urbanos como política pública

No Brasil, em geral, a drenagem urbana é fundamentada em grandes projetos de macrodrenagem, mais voltados à canalização e retificação de rios e córregos, com a execução de serviços que muitas vezes envolvem aterros, compactação e remoção da vegetação em áreas de preservação permanente urbanas, sob a falsa alegação de revitalização dos cursos d'água.

Estes projetos visam, ainda, a ocupação de áreas úmidas para fins de reassentamento populacional, nas margens impermeabilizadas dos cursos d'água urbanos. Tal política pública resulta em danos ambientais e sociais irreversíveis, consistentes no efeito de barragem (risco de alagamento), perda de serviços ambientais ocasionada pelo aterramento de cursos d'água, poluição hídrica pelo lançamento de esgoto não tratado, dentre outros impactos.

O modelo acima descrito de política de macrodrenagem urbana acaba por descaracterizar os cursos d'água e suas margens, transformando-os em canais de concreto, com curso retificado e sem margem permeável, prejudicando não somente a fauna que neles vive, como também desvirtuando o papel das áreas de preservação permanente urbanas, que prestam, quando cobertas por mata ciliar (nativa ou regenerada), importantes serviços ambientais, os quais são, assim, suprimidos da população.

As áreas de preservação permanente são bens de interesse nacional e foram contempladas na categoria de espaços territoriais especialmente protegidos, nos termos do artigo 225, §1º, III, da Constituição Federal de 1988 e do art. 4º, I, da Lei n. 12.651/2012.

O Código Florestal Brasileiro prevê a largura mínima das áreas de preservação permanente, de acordo com o leito regular do curso d'água respectivo, desempenhando as funções ambientais de preservação dos

recursos hídricos, da paisagem, da estabilidade geológica e da biodiversidade, além da facilitação do fluxo gênico de fauna e flora, proteção do solo e garantia do bem-estar das populações humanas.

Por tratar-se de espaço territorial especialmente protegido, a alteração ou supressão de área de preservação permanente é permitida somente através de lei, “vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção” (art. 225, § 1º, inciso III da Constituição Federal).

Consoante leciona Paulo Affonso Leme Machado,

A Constituição quis focar algumas partes do território para insistir que devam ser utilizadas dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente. Há de se reconhecer que são áreas frágeis e possuidoras de expressiva diversidade biológica [...]

O texto é pedagógico no dizer que essas áreas integram o “patrimônio nacional”, indicando que os regionalismos não se devem sobrepor aos interesses ambientais nacionais. O § 4º, em exame, não torna permissiva a legislação ambiental nas áreas não contempladas no texto. (Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 16ª edição, 2008, p. 146).

A disciplina legal das áreas de preservação permanente aplica-se tanto à zona rural como à zona urbana, a locais antropizados ou não, com vegetação natural ou recomposta, cobertos ou não com espécies da flora nativa ou exótica, de qualquer porte e tipologia. Por sua singularidade e valor estratégico, essas áreas são caracterizadas, como regra geral, pela intocabilidade e vedação de uso econômico direto, nos termos do artigo 7º do Código Florestal Brasileiro (Lei n. 12.651/2012).

Segundo o artigo 8º, *caput* e §4º, da Lei n. 12.651/2012, a intervenção ou supressão de vegetação nativa em Área de Preservação Permanente somente ocorrerá nas hipóteses de utilidade pública, de interesse social ou de baixo impacto ambiental previstas nesta Lei [...] não havendo, em qualquer hipótese, direito à regularização de futuras intervenções ou supressões de vegetação nativa, além das previstas nesta Lei.

Tais hipóteses excepcionais estão contidas em rol taxativo no artigo 3º da Lei n. 12.651/2012, devendo ser previamente autorizadas pelo órgão ambiental competente, em processo administrativo próprio, motivado tecnicamente, e com observância das condições estabelecidas na Resolução CONAMA 369/2006.

Ao contrário dessas situações excepcionadas pela legislação ambiental, o poder público em geral, no Brasil, tem preferido adotar medidas intensi-

vas da aceleração do escoamento da água como a canalização e retificação dos leitos dos cursos d'água urbanos, alterando o padrão de drenagem natural dos mesmos com a redução do comprimento, sinuosidade e perda de seus meandros, acarretando o seu assoreamento e, na maioria dos casos, transferindo o problema do manejo das águas urbanas para as áreas de jusante.

Em geral, esses projetos de macrodrenagem urbanas não tratam a bacia, ou micro- bacia hidrográfica urbana, como um todo, mas apenas realizam a canalização dos igarapés ou cursos d'água menores por meio de canais fechados e galerias, e o aterramento dessas áreas para a construção de habitações para o assentamento populacional.

Com isso, tais programas governamentais acabam por consolidar a ocupação das áreas úmidas urbanas, em vez de protegê-las, aumentando a impermeabilização e a urbanização da área. Ao contrário, o Poder Público deveria promover a preservação/recuperação dos cursos d'água urbanos, a preservação de suas áreas de nascentes, a recuperação das áreas de preservação permanente e sua valorização social com, por exemplo, a implantação de parques lineares para uso público ou de corredores ecológicos para a conservação da biota, bem como o gerenciamento dos resíduos sólidos da bacia.

É importante, ainda, que os projetos de intervenção em cursos d'água urbanos e suas margens abranjam a totalidade da bacia hidrográfica – da nascente até a foz, incluindo os tributários do curso principal – e contemplem as etapas de regularização da ocupação do solo, controle de erosão, adequação da infraestrutura de drenagem, coleta e tratamento de esgotos, assim como a gestão dos resíduos sólidos.

Observa-se, de forma geral, no país, que muitos investimentos em drenagem urbana voltados para a canalização dos cursos d'água resultaram na transferência de impactos para outras áreas, além do fato das elevadas velocidades impostas aos escoamentos dos canais artificiais eliminarem a vida aquática antes existente nesses ambientais e excluí-los do convívio com a comunidade.

Assim, há a necessidade de implantar-se um novo modelo de urbanização que priorize a preservação das áreas verdes naturais das várzeas, o planejamento da expansão para áreas adequadas, a utilização de toda a capacidade de ocupação existente nas áreas já loteadas, a instalação prévia da infraestrutura urbana necessária, a redução dos impactos socioambientais e a adoção de medidas de mitigação para os problemas já criados pelos modelos inadequados de urbanização existentes.

A drenagem urbana não pode mais ser equacionada por grandes projetos de macrodrenagem, os quais contemplam apenas medidas que

resolvem os trechos críticos, mais voltadas para a canalização/retificação dos rios e córregos, sem respeito às calhas naturais de inundação de determinado rio e sem considerar as consequências para o restante da bacia. Essas práticas acabam por transferir a inundação de um lugar para outro, sendo que quem produz o impacto não sofre suas consequências.

Basta dizer que a tendência atual em outros países é o processo de revitalização dos rios e córregos, por meio da retirada das canalizações existentes e devolução das curvas originais do rio.

2 O caso PROSAMIM em Manaus – Amazonas

O Rio Negro é o escoadouro dos cursos d'água que atravessam a cidade de Manaus, no Estado do Amazonas, e que tem como principais bacias hidrográficas da área urbana as do São Raimundo e do Educandos-Quarenta, e, como bacias parcialmente em zona urbana e zona rural, as do Tarumã e do Puraquequara.

As bacia do São Raimundo e do Educandos-Quarenta são alvos do Programa Social e Ambiental do Igarapés de Manaus - PROSAMIM, financiado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento - BID, cuja estratégia se alicerça em quatro pilares, sendo que dois deles são de caráter corretivo, e os outros dois são de caráter preventivo (Amazonas, 2018):

- a) obras de macro e microdrenagem para regular o impacto das chuvas intensas e as enchentes do Rio Negro;
- b) reassentamento da população que ocupa os igarapés em terrenos aptos para usos residenciais dotados de serviços básicos;
- c) construção de avenidas e parques nas áreas mais vulneráveis às invasões para prevenir sua ocupação; e
- d) ampliação da oferta de solo equipado para uso residencial barato e maior controle e vigilância de ocupação e uso da terra segundo as disposições do Plano Diretor.

Os trabalhos são realizados com recursos de Contratos de Empréstimo Internacional, com contrapartida do Governo do Estado do Amazonas, sendo que o programa de investimentos do BID para o Estado do Amazonas foi concebido com três componentes: 1) melhoria ambiental, urbanística e habitacional; 2) infraestrutura sanitária; e 3) sustentabilidade social e institucional.

Além de agente financiador, o Banco aprova o projeto do Prosamim, antes da sua execução, e exige, como norma, que o reassentamento da população retirada de área de risco se dê no raio de 1km do local anteriormente

ocupado, o que vem, de forma direta, contribuindo para a ocupação das áreas de preservação permanente pelo Prosamim, através do artifício denominado “solo criado”, para fins de estabelecimento dos conjuntos residenciais sobre as áreas anteriormente alagadas.

De fato, o próprio Estudo de Impacto Ambiental (EIA/RIMA) do empreendimento, licenciado pelo Instituto de Proteção Ambiental do Estado do Amazonas – IPAAM, prevê que parte do assentamento populacional se dará com aterramento de leito e afluentes dos igarapés menores da bacia onde ocorre a intervenção, sem respeito à faixa das áreas de preservação permanente estabelecidas pela legislação que, no caso do Igarapé do São Raimundo, por exemplo, deveria ser, de acordo com Código Florestal Brasileiro, de, no mínimo, cem metros de largura.

Ainda, como as obras do Prosamim no Igarapé do São Raimundo chegaram até a foz deste com o Rio Negro, temos que a faixa de preservação permanente nesta área da desembocadura, seria de quinhentos metros, pois a largura do curso d’água aqui supera os trezentos metros.

Isto sem mencionar que, no caso do Igarapé do São Raimundo, o entendimento dado pela lei para o chamado leito regular não pode se aplicar, pois os cursos d’água amazônicos apresentam peculiaridades que os diferem dos de outras regiões do país. É que o nível d’água do igarapé São Raimundo permanece alto por vários meses do ano, influenciado que é pelas cheias do rio Negro. Portanto, não é correto tomar por base a largura do curso d’água no período de estiagem, pois colocaria a população em risco. Assim, o conceito de leito regular, aqui, deveria continuar seguindo o critério da maior enchente, como era o estabelecido pelo Código Florestal anterior (Lei 4.771/1965).

Além disso, ainda no caso desta obra específica do Prosamim sobre o Igarapé do São Raimundo na sua foz, verifica-se que a intensa impermeabilização do solo na orla do rio Negro causou a transformação da paisagem amazônica. Esta modificação estética também representa danos graves e irreparáveis ao patrimônio ambiental e à paisagem natural da cidade de Manaus – Amazonas. Atualmente, reconhece-se o direito à paisagem hídrica como um dos que compõe o conjunto de direitos socioambientais da coletividade, de natureza difusa e intergeracional.

Um dos principais problemas na concepção do projeto e execução das obras do PROSAMIM, em quaisquer de suas etapas, é a ocupação das áreas de preservação permanentes urbanas.

De fato, as áreas de preservação permanente atingidas pela atuação do Prosamim, localizadas no bioma amazônico, além de serem parte da floresta amazônica brasileira, embora em área urbana no Município de Manaus e na

foz do Rio Negro, são muito importantes para a manutenção da qualidade ambiental da cidade, pois o aterro dos afluentes e nascentes, além dos canais secundários dos igarapés, diminuem a vazão das águas e causam o estreitamento de seu canal, o que pode contribuir para o aumento das enchentes a montante da área de intervenção, com o represamento da água, no chamado efeito barramento.

Assim, os danos ambientais decorrentes da intervenção nas áreas de preservação permanente de dezenas de cursos d'água urbanos e seus afluentes, além de serem irreversíveis, afetando o meio ambiente e a cultura amazônicas, são muito superiores a qualquer benefício social que possa ser gerado pelo programa governamental como, por exemplo, o reassentamento populacional.

Isto porque, no meio urbano, as áreas de preservação permanentes têm o potencial de funcionar como amenizadores de temperatura (controle climático), diminuir os ruídos e os níveis de gás carbônico (melhoria da qualidade do ar), promover equilíbrio de distúrbios do meio (proteção contra enchentes e secas), proteger as bacias hidrográficas para o abastecimento de águas limpas (controle e suprimento de águas), proporcionar abrigo para a fauna silvestre (controle biológico e refúgio da fauna), promover a melhoria da saúde mental e física da população que as frequenta (função recreacional e cultural) e contribuir para o melhoramento estético da paisagem. Ao contrário, quando perdem sua vegetação ciliar, essas funções ambientais ficam prejudicadas.

Esses serviços ambientais prestados pelas áreas de preservação permanente urbanas, perdidos com o aterramento dos igarapés, são danos ambientais que merecem ser indenizados, tanto sob o aspecto material como sob o aspecto moral coletivo e – uma vez que não puderam ser evitados – a execução de medidas compensatórias pelo empreendedor que, no caso, é o Poder Público estadual, é medida que se impõe.

De fato, o Estado do Amazonas, agindo por meio da Unidade de Gerenciamento do Programa Social e Ambiental dos Igarapés de Manaus – UGPI-PROSAMIM, é o empreendedor, responsável direto pela intervenção em áreas de preservação permanente urbanas, em desacordo com as normas legais.

A responsabilidade objetiva do Estado pelo dano ambiental encontra apoio no art. 37, §6º, da Constituição Federal de 1988, que dispõe que a Administração ou empresas prestadoras de serviços responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Os danos ambientais causados pelo modelo defasado de implantação do Prosamim, que transforma os igarapés de Manaus em verdadeiros canais de esgoto a céu aberto ou promovem o seu aterramento, são permanentes e imprescritíveis. Sua continuidade e progressivo aumento são consequências da não reparação anterior, estando a sociedade continuamente afetada.

São indenizáveis, inclusive, os danos intermediários e residuais ao meio ambiente, ou seja, os danos que permanecem até a efetivação das providências necessárias para impedir a continuidade da degradação, bem como aqueles que subsistem mesmo após a cessação da atividade degradadora (danos irreversíveis).

Ainda que se busque justificar a intervenção em áreas de preservação permanente urbanas pela necessidade de controlar as enchentes nas bacias da cidade e reassentar os moradores de áreas de risco e insalubres, este argumento não merece prosperar, uma vez que o Prosamim, executado da maneira como vem sendo realizado, com o aterro, canalização, retificação de leito e subdimensionamento da micro drenagem, não contribui com a adoção de medidas para melhorar o fluxo do curso d'água, que seria, por exemplo, a instalação de bacias de contenção em áreas estratégicas, que deveriam ser estudadas e apontadas como de melhor localização para a instalação destes chamados piscinões, especialmente nas regiões onde se localizam as cabeceiras das bacias hidrográficas urbanas, e onde as margens dos igarapés são mais degradadas e há maior concentração de população em áreas de risco.

Além disso, a experiência de intervir-se em áreas de preservação permanente urbanas, canalizando cursos d'água de grande volume e retificando seus leitos, já se mostrou ineficiente e equivocada para minorar o problema das enchentes urbanas, a exemplo das marginais de São Paulo, nos rios Tietê e Pinheiros, que, ao contrário, ao impermeabilizarem o solo das margens desses rios, agravaram enormemente as alagações na cidade. Também o Prosamim, em vez de realizar a recomposição florestal das matas ciliares, instala vias de trânsito com a total impermeabilização do solo nas margens dos igarapés.

Por fim, o Prosamim vai no sentido contrário ao que está sendo realizado nos países desenvolvidos, onde, atualmente, se investem bilhões na descanalização e na renaturalização dos cursos d'água que cortam grandes centros urbanos como, por exemplo, no Estado da Flórida-EUA, com a recriação das regiões pantanosas que foram anteriormente aterradas pelo crescimento das cidades e especulação imobiliária.

3 Outro modelo de intervenção e valorização dos cursos d'água e áreas de preservação permanente urbanos

Diante do quadro acima descrito, é necessário pensar novos modelos de intervenção e valorização dos cursos d'água e áreas de preservação permanente urbanos, não só na cidade de Manaus, revendo o atual modelo de intervenção executado pelo Prosamim, mas no Brasil como um todo, substituindo tal modelo pela implantação, por exemplo, de parques lineares e corredores ecológicos urbanos que propiciem o uso público das áreas de preservação permanente urbanas aliado à manutenção de suas funções ecológicas, garantindo assim a prestação dos serviços ambientais para todos os habitantes da cidade.

Neste caso, paradoxalmente, a cidade de Manaus, Amazonas, também possui exemplo a relatar, agora positivo, quanto à implantação do primeiro corredor ecológico urbano do Brasil, situado às margens do Igarapé do Mindu, tributário da bacia do São Raimundo, a mesma que, em outros trechos e em outros igarapés, foi alvo de intervenção do Prosamim.

O igarapé do Mindu é parte integrante da bacia hidrográfica de São Raimundo, que abrange aproximadamente 100 km², drenando dezenas de bairros das Zonas Leste, Norte e Centro-Sul da cidade de Manaus (PMM, 2007). Percorre aproximadamente 20 km da sua nascente, situada no bairro Cidade de Deus, na Zona Leste, até a sua foz, na Ponte dos Bilhares, Zona Centro-Sul, onde se junta com o Igarapé dos Franceses, formando o Igarapé da Cachoeira Grande, que deságua no rio Negro, na altura do bairro São Raimundo. Apresenta uma superfície de 66,02 Km² (Araújo, 2002), sendo considerado um dos principais igarapés e o mais extenso curso d'água da área urbana de Manaus.

Assim, o Igarapé do Mindu é o mais expressivo curso d'água na área urbana de Manaus, Amazonas. A bacia hidrográfica deste igarapé ocupa aproximadamente $\frac{1}{4}$ do território urbano e concentra aproximadamente 30% da população.

De acordo com Cleto Filho & Walker (2001), fatores como crescimento urbano e adensamento populacional, ocupação rápida e desordenada do solo, desmatamentos marginais aos cursos d'águas que, por sua vez, provocam a intensificação dos processos erosivos e eutrofização das águas, somado à emissão de esgotos em quase todo seu curso d'água, contribuem diretamente no processo de alteração qualitativa das águas do igarapé do Mindu.

Para tratar este problema, comum a todos os igarapés da cidade de

Manaus, o Município estabeleceu, no ano de 2007, convênios com o Ministério do Meio Ambiente, para a criação do “Corredor Ecológico Urbano do Igarapé do Mindu”, por meio do recebimento de recursos federais, oriundos do Projeto Corredores Ecológicos (PCE), provenientes do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID).

Ademais, a implantação de referido Corredor Ecológico Urbano se deu por meio de um Plano de Revitalização, decorrente do Programa do Governo Federal intitulado “Saneamento para Todos”, tendo como proponente a Prefeitura Municipal de Manaus em contrato com a Caixa Econômica Federal, dentro da modalidade Manejo de Águas Pluviais. Referido projeto foi inserido no Plano de Aceleração do Crescimento – PAC, do Governo Federal e previa, dentre outras intervenções, a “proteção ambiental na área de influência dos igarapés situados na Bacia Hidrográfica do Mindu”.

Tais convênios e recursos federais permitiram ao município de Manaus e elaboração do Plano de Manejo do Corredor Ecológico Urbano do Igarapé do Mindu e do Parque Municipal do Mindu, por meio do qual foram identificadas, em relação à fauna que habita o Igarapé do Mindu, sete espécies de quatro famílias de anfíbios, jacarés, tracajás, bandos de Saium-de-Manaus, marsupiais (como o *Micoureus demerarae* e o *Chiroptera*), além da peixes (ictiofauna) e aves.

Os corredores ecológicos são previstos no art. 2º, XIX da lei que cria o Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC (Lei n. 9.985/2000), como

porções de ecossistemas naturais ou seminaturais, ligando unidades de conservação, que possibilitam entre elas o fluxo de genes e o movimento da biota, facilitando a dispersão de espécies e a recolonização de áreas degradadas, bem como a manutenção de populações que demandam para sua sobrevivência áreas com extensão maior do que aquela das unidades individuais.

A instituição de corredores ecológicos é prevista no Plano Diretor Urbano e Ambiental do Município de Manaus (Lei n. 671/2002), conforme o artigo 56:

Para proteção das unidades de conservação urbana e das áreas de preservação permanente, valorização de áreas verdes e ampliação da circulação intraurbana, será implantado o Corredor Ecológico Urbano, unindo as unidades de conservação urbana ao Corredor Ecológico da Amazônia Central.

E, ainda, no artigo 110 do Plano Diretor de Manaus, segundo o qual

A criação de áreas de especial interesse ambiental deverá atender às diretrizes e aos objetivos expressos na Estratégia de Qualificação Ambiental do Território desta Lei, priorizando: I - a implantação de corredor ecológico que permita a integração entre as unidades de conservação urbana; II - a recuperação das margens de rios e igarapés que favoreça a criação de espaços públicos de lazer.

Tais dispositivos foram, ainda, regulamentados pelo Decreto Municipal n. 8.352, de 17 de março de 2006, referente à criação de Corredores Ecológicos no Município de Manaus.

Assim, o Corredor Ecológico Urbano do Igarapé do Mindu foi o primeiro do Brasil instituído em área urbana, criado pela Prefeitura de Manaus, em convênio com o Ministério do Meio Ambiente, através do Decreto n. 9.329, de 26/10/2007, com o objetivo de prevenir a erosão e o consequente assoreamento dos recursos hídricos, impedindo, concomitantemente, o acesso de poluentes aos corpos d'água e a ocupação indevida das faixas e/ou áreas de preservação permanente.

Ainda, considerou-se, para a criação deste corredor ecológico, a importância do igarapé do Mindu para a cidade de Manaus, a caracterização da faixa de cobertura vegetal que margeia este igarapé como Corredor Ecológico, com os remanescentes de floresta, a crescente fragmentação dos ecossistemas e a necessidade de estabelecer um caminho para o fluxo da biota e a preservação da biodiversidade.

Por isso, segundo o art. 2º do Decreto Municipal n. 9.329/2007, são objetivos do Corredor Ecológico Urbano do Igarapé do Mindu, dentre outros: a) disciplinar o uso e ocupação do solo nas zonas de proteção do Corredor Ecológico do Mindu, a fim de prevenir o assoreamento e a poluição dos cursos d'água afetados; b) assegurar o perfeito escoamento das águas fluviais, evitando inundações; e c) garantir a cobertura vegetal existente entre remanescentes de vegetação primária em estágio médio e avançado de regeneração, propiciando *habitat* ou servindo de área de trânsito para a fauna residente nos remanescentes.

Ainda, segundo o mesmo Decreto, nos corredores ecológicos municipais só será permitida a realização de obras e infraestrutura para implantação de áreas de lazer compatíveis com a preservação ambiental, mediante licença ambiental expedida pelo Órgão Municipal de Meio Ambiente e, exclusiva-

mente, nas áreas já alteradas, desde que reconhecidamente não possam sofrer recuperação ambiental.

Fica, assim, proibida a supressão total ou parcial das florestas e demais formas de vegetação de preservação permanente, bem como, as áreas dentro dessas delimitações passíveis de recuperação natural ou não da vegetação.

A gestão do Corredor do Mindu cabe à Secretaria Municipal de Meio Ambiente de Manaus, em parceria com o Conselho Consultivo instalado e em funcionamento conforme a Portaria n. 123/2008 – GS/SEMMA, composto por 20 (vinte) membros, eleitos paritariamente por representantes de órgãos públicos e da sociedade civil organizada, o qual teve seu Regimento Interno publicado no Diário Oficial do Município de Manaus de 20/10/2008.

Por fim, o Decreto de criação do Corredor Ecológico do Mindu previa a adoção das seguintes medidas prioritárias: a) providências para o reflorestamento da mata ciliar; b) elaboração dos planos de recuperação das áreas degradadas; e c) articulação com outras secretarias a fim de realizar ações conjuntas.

O Corredor Ecológico Urbano do Igarapé do Mindu está assim caracterizado no RIMA – Relatório de Impacto Ambiental – decorrente do Estudo de Impacto Ambiental elaborado para a criação do Projeto de Revitalização do Igarapé do Mindu, apresentado pela própria Prefeitura de Manaus, para licenciamento ambiental do IPAAM – Instituto de Proteção Ambiental do Amazonas:

O Corredor Ecológico, trecho de intervenção do projeto de revitalização do igarapé do Mindu, possui aproximadamente 7,0 km de extensão; começa na nascente do mesmo igarapé, no bairro Cidade de Deus, próximo à Reserva Florestal Adolpho Ducke, sofre interrupção pela ocupação urbana, nos Bairros São José, Armando Mendes, Mutirão e outros da zona leste de Manaus, voltando próximo ao Clube do Trabalhador do SESI, passando por áreas verdes privadas (Reserva Particular do Patrimônio Natural – Honda) e áreas verdes de conjuntos habitacionais (Villar Câmara, Tiradentes, Petros – na margem esquerda, Barra Bela, Jardim Primavera, Parque Imperial – na margem direita). O Corredor contempla também o Parque Municipal do Mindu (bairro Parque 10), terminando nas proximidades da Ponte dos Bilhares, no bairro Nossa Senhora das Graças (SEMMA, 2007). Conforme citado, este agrega quatro Unidades de Conservação Municipais: o Jardim

Botânico Adolpho Ducke, o Parque Municipal Nascentes do Mindu, o Parque Municipal do Mindu e Reserva Particular do Patrimônio Natural de propriedade da Honda. Além do Corredor Ecológico (*sic*). Conforme, todo o curso do Igarapé do Mindu será revitalizado, conforme Figura 01.

[...]

No Bairro Cidade de Deus foi criado o Parque das Nascentes do Mindu, através da Lei n. 8.351 de 17/03/2006, onde será instalado o Centro de Vigilância, Monitoramento e Educação Ambiental do Igarapé do Mindu.

[...]

A faixa de preservação permanente será revegetada e será feita a integração entre a vegetação e espaços públicos como implantação de pistas de caminhada, ciclovia, equipamentos de ginástica e parquinhos infantis, dando oportunidade para a população usufruir desses ambientes e fiscalizar a conservação dos cursos d'água. Áreas que ainda apresentam mata ciliar em grande parte de sua extensão serão definidas como Corredor Ecológico Urbano no qual a vegetação situada na Área de Preservação Permanente permite a conectividade entre diferentes áreas protegidas já existentes. Áreas de relevante interesse ambiental ou urbanístico serão utilizadas para a implantação de Unidades de Conservação ou parques públicos.

[...]

O objetivo geral deste empreendimento é diminuir o risco de alagações em novas áreas, e as alagações hoje existentes, ao longo do Igarapé do Mindu, com a recuperação ambiental de suas margens.

Observa-se, então, que, no interior do corredor ecológico, se previa a implantação de parques lineares nos trechos de áreas de preservação permanente já degradadas, propiciando sua recuperação para o uso público, na medida em que tais parques são comumente associados a medidas de manejo de águas pluviais, estando normalmente associados a cursos d'água.

Ainda, o EIA-RIMA do projeto de revitalização do Igarapé do Mindu previa e impunha, dentre outras medidas ambientais, as seguintes: controle de processos erosivos; controle de emissão de material particulado e efluentes gasosos; controle de emissão de ruídos; controle de vetores; qualidade das águas; qualidade do ar; programa de recuperação de áreas degradadas; programa de controle ambiental da obra; programa de educação ambiental,

no canteiro de obras e com interferência junto às escolas; programa de comunicação social; programa de desativação; programa de monitoramento arqueológico; programa de indenização e desapropriação; e programa de resgate de fauna.

É justamente o Corredor Ecológico Urbano do Igarapé do Mindu que permite, através da área de preservação permanente preservada, a conectividade entre o Parque Municipal do Mindu, unidade de conservação municipal criada pela Lei nº. 219 de 11 de novembro de 1993; a Reserva Particular de Patrimônio Natural Honda e as diversas áreas verdes dos conjuntos habitacionais do entorno. Além disso, neste trecho encontram-se várias bacias naturais de contenção que atuam como reguladoras do fluxo de água além de servir de habitat para inúmeros exemplares da fauna silvestre local.

Em relação especialmente à fauna de mamíferos que habita este fragmento florestal urbano, importante salientar a presença do Sauim-de-coleira (*Saguinus bicolor*), também conhecido como Sauim-de-Manaus, espécie da fauna brasileira endêmica deste município e dos municípios vizinhos de Rio Preto da Eva e Itacoatiara, que se encontra criticamente ameaçada de extinção, conforme a Lista Nacional de Espécies da Fauna Ameaçada de Extinção, publicada pelo Ministério do Meio Ambiente, por meio da Portaria nº 444/2014. Entre as principais ameaças ao Sauim-de-coleira, sobressai a perda habitat, em consequência do crescimento acelerado e desordenado de Manaus e sua região metropolitana, que tem promovido a crescente fragmentação de áreas de florestas nativas.

A ocorrência do Sauim-de-coleira reforça ainda mais a importância para a conservação dos fragmentos florestais urbanos, pois é uma espécie endêmica e ameaçada de extinção e com distribuição restrita, em grande parte, à cidade de Manaus. A sobrevivência dessa espécie está diretamente relacionada à conservação dessas áreas de preservação permanente urbanas, conectadas entre si, por meio dos corredores ecológicos.

Ainda, quanto à questão da drenagem e manejo de águas pluviais, o Projeto de Revitalização do Igarapé do Mindu, se executado da maneira como idealizado pela própria Prefeitura Municipal de Manaus, já previa a adoção de medidas para melhorar o fluxo do curso d'água, com a instalação de bacias de contenção em áreas estratégicas, que foram estudadas e apontadas como de melhor localização para a instalação destes chamados piscinões, mormente na zona leste de Manaus, região a montante, mais próxima às nascentes do curso d'água em questão, onde as margens do igarapé do Mindu são mais degradadas e onde há maior concentração de população em área de preservação permanente.

Ao contrário deste exemplo do corredor ecológico urbano do igarapé do Mindu, a experiência de se intervir em áreas de preservação permanente no modelo Prosamim, canalizando cursos d'água de grande volume e retificando seus leitos, já se mostrou ineficiente e equivocada para minorar o problema das enchentes urbanas.

De fato, os países desenvolvidos têm, atualmente, investido bilhões na descanalização e na renaturalização dos cursos d'água que cortam grandes centros urbanos, na Europa, e também nos EUA, onde existe a experiência, no Estado da Flórida, de recriação das regiões pantanosas que foram anteriormente aterradas pelo crescimento das cidades e especulação imobiliária e onde, não raro, os moradores desses complexos construídos sobre aterro de pântanos encontram um *alligator* em suas piscinas, evidenciando o desequilíbrio ecológico que provocaram ao ocupar o *habitat* desses animais.

O mesmo acontece em Manaus, onde os moradores relatam o encontro com cobras, jacarés e outros animais próprios de áreas de preservação permanente, mas que estão ficando sem espaço para sua existência, devido à destruição dessas áreas úmidas em zona urbana.

Os casos de intervenção e supressão vegetal em áreas de preservação permanente urbanas podem configurar, além de danos materiais ao meio ambiente, também dano moral coletivo em razão da importância das áreas de preservação permanente para os moradores da cidade de Manaus. Os danos ambientais, neste caso, são imprescritíveis, contra a flora e a fauna existentes nas áreas de preservação permanente urbanas e, em última análise, contra toda a população da cidade que usufrui dos serviços ambientais fornecidos pelas matas ciliares.

Portanto, é necessário que os poderes públicos pensem e executem novos modelos e alternativas de intervenção nas áreas de preservação permanente urbanas, com a implantação de parques lineares, corredores ecológicos e outras formas de garantir o uso público de tais áreas, com sua valorização perante a comunidade, aliada à preservação de suas funções ambientais e a manutenção dos serviços ecológicos que prestam.

Referências

AMAZONAS. Governo do Estado. *Relatório de impactos ambientais do Programa Social e Ambiental dos Igarapés de Manaus*. Manaus: 2004.

_____. *EPIA/RIMA Mindu*. Disponível em:
<<http://www.ipaam.am.gov.br/epia-rima-mindu>>. Acesso em: 7 nov. 2018.

_____. *Prosamim*. Disponível em: <<http://prosamim.am.gov.br>>.
Acesso em: 7 nov. 2018.

ARAÚJO, S. M.V. G. *As áreas de APP e a questão urbana*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. Série Legislação Brasileira.

_____. República Federativa do Brasil. *Lei Nº 12651, de 25 de maio de 2012*. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis n os 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis n os 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória n o 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/L12651_compilado.htm>. Acesso em: 7 nov. 2018.

_____. República Federativa do Brasil. *Lei Nº 9.985, de 18 de julho de 2000*. Regulamenta o art. 225, §1, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9985.htm>. Acesso em: 8 de nov. 2018.

_____. Ministério do Meio Ambiente. *Resolução CONAMA nº 369, de 28 de março de 2006*. Publicada no DOU n. 61, de 29 de março de 2006, Seção 1, páginas 150 – 151. Disponível em:< <http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=489>>. Acesso em: 8 nov. 2018.

_____. Ministério do Meio Ambiente (2014). *Portaria MMA n° 444, de 17 de dezembro de 2014*. Lista Nacional Oficial de Espécies da Fauna Ameaçadas de Extinção. Publicada no DOU de 18 de dezembro de 2014, seção 01, página 121. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=121&data=18/12/2014>>. Acesso em: 9 nov. 2018.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Série corredores ecológicos: 12 anos de trabalho pela conservação da biodiversidade nacional*. Brasília: MMA, 2015.

CLETO FILHO, S.E.N.; Walker, I. (2001). *Efeitos da ocupação urbana sobre a macrofauna de invertebrados aquáticos de um igarapé da cidade de Manaus AM Amazônia Central*. Acta Amazônica, 31(4): 69-89.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MANAUS. Prefeitura Municipal de Manaus (2001). *Plano Diretor urbano e ambiental de Manaus*. Rio de Janeiro: IBAM.

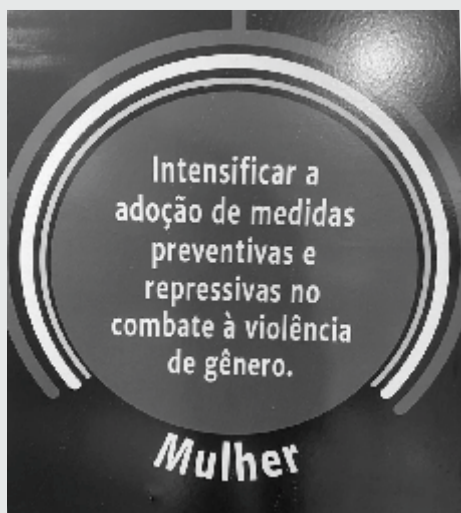
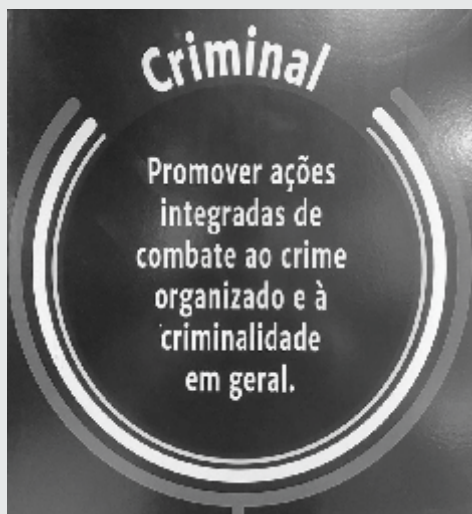
_____. (2008). *Plano de manejo do corredor ecológico urbano do Igarapé do Mindu/Parque Municipal do Mindu*.

_____. Prefeitura Municipal de Manaus (2006). *Decreto municipal n. 8.351, de 17 de março de 2006*. Cria o Parque Municipal das Nascentes do Mindu, com os limites que especifica, e dá outras providências. Publicado no DOM n. 1447, de 23 de março de 2006, p.2. Disponível em: <<http://semmas.manaus.am.gov.br/wp-content/uploads/2010/10/Decreto-8.351-de-17-de-mar%C3%A7o-de-2006.pdf>>. Acesso em: 9 de nov. 2018.

_____. (2006). *Decreto municipal n. 8.352, de 17 de março de 2006*. Regulamenta dispositivos do Plano Diretor Urbano e Ambiental de Manaus (Lei n. 671/02) referentes à criação de Corredores Ecológicos e dá outras providências. Publicado no DOM n. 1447, de 23 de março de 2006, p.3. Disponível em: <<http://semmas.manaus.am.gov.br/wp-content/uploads/2010/10/Decreto-8.351-de-17-de-mar%C3%A7o-de-2006.pdf>>. Acesso em: 9 nov. 2018.

_____. (2007). *Decreto n. 9.329, de 26 de outubro de 2007*. Cria o corredor ecológico urbano do Igarapé do Mindu, para fins de proteção ambiental e dá outras providências. Publicado no DOM n. 1832, de 30 de outubro de 2007, p. 5-6. Disponível em: <<http://dom.manaus.am.gov.br/pdf/2007/outubro/dom20071832cad1.pdf>>.

2 DIREITOS HUMANOS E DIREITO PENAL



Áreas de Atuação do Ministério Público do Estado da Paraíba
(Acervo do Memorial do MPPB)

IGUALDADE, TEORIA DO IMPACTO DESPROPORCIONAL E DIREITOS HUMANOS: UMA NECESSIDADE NA DEFESA DE GRUPOS VULNERÁVEIS

Thimotie Aragon Heemann

Promotor de Justiça do Estado do Paraná

Resumo

O presente trabalho busca expor, através de uma metodologia de estudo de casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, um breve panorama acerca do princípio da igualdade e seus consectários no direito brasileiro, bem como analisar a forma pela qual a teoria do impacto desproporcional se desenvolve no âmbito interno e no âmbito internacional como instrumento de correção de assimetrias no campo da igualdade, principalmente em casos envolvendo minorais e grupos vulneráveis. Busca-se, portanto, aprofundar os estudos acerca do conteúdo jurídico do princípio da igualdade na tutela do direito de minorias e grupos vulneráveis à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como, a partir novas situações sugeridas para a aplicação da teoria do impacto desproporcional no direito brasileiro. Ao final do artigo desenvolvido, foi possível perceber a crescente aplicação da teoria do impacto desproporcional no ordenamento jurídico brasileiro, e por conseguinte, um maior respeito e proteção aos direitos humanos de minorias e grupos vulneráveis.

Palavras-chave: Direito constitucional. Igualdade. Grupos vulneráveis. Minorias. Impacto desproporcional.

Abstract

The present work seeks to present a brief overview of the principle of equality and its concepts in Brazilian law through a methodology of case studies judged by the Federal Supreme Court and the Inter - American Court of Human Rights, as well as to analyze the way in which the theory of the disproportionate impact is developed in the domestic sphere and at the international level as an instrument for correcting asymmetries in the field of equality, especially in cases involving minorities and vulnerable groups. It seeks, therefore, to deepen the studies on the legal content of the principle of equality in the protection of the right of minorities and vulnerable groups in the light of the jurisprudence of the Federal Supreme Court and the Inter-American Court of Human Rights, as well as, from new suggested situations for the application of the disproportionate impact theory in Brazilian law. At the end of the

article, it was possible to perceive the increasing application of the theory of disproportionate impact in the Brazilian legal system, and therefore, a greater respect and protection of the human rights of minorities and vulnerable groups.

Keywords: Constitutional Law. Equality. Vulnerable groups. Minorities. Disparate impact.

1 O Conteúdo jurídico do Princípio da Igualdade

A busca pela igualdade tem se mostrado como um imperativo nas sociedades modernas. Não à toa, o art. 5º da Constituição Brasileira prevê logo em seu *caput* o direito que todos têm à igualdade, atuando como ponto de partida em relação ao extenso rol de direitos e garantias fundamentais previstos nos incisos seguintes do referido dispositivo constitucional. No âmbito do direito moderno, podem-se atribuir as raízes do conceito de igualdade ao período de transição das formas de governo monárquicas para o Estado liberal burguês, momento em que se rompeu com a ordem jurídica até então vigente, que conferia tratamentos jurídicos diferenciados às pessoas, conforme nascimento e função social desempenhada.

A partir destas considerações, é de suma importância ressaltar que, atualmente, a doutrina e os tribunais superiores reconhecem a existência de até três dimensões do princípio da igualdade, quais sejam, igualdade formal, igualdade material e igualdade como reconhecimento.

Inicialmente, a igualdade foi concebida apenas sob a ótica formal, ou seja, na lei, adotando-se uma postura antidiferenciadora; é dizer, o dispêndio de igual tratamento a todas as pessoas, independente de origem, função social desempenhada, ou qualquer outro critério diferenciador. A aplicação da dimensão formal do princípio da igualdade pode ser visualizada em duas vertentes: em um primeiro sentido, o princípio tem como destinatário o legislador, o proibindo de estabelecer normas que gerem mais direitos a uns e menos a outros; em segundo sentido, a dimensão formal do princípio da igualdade se dirige ao intérprete e aplicador das normas, que deverão aplicá-las de forma impessoal e uniforme a todos.

Com o passar do tempo, observou-se que o princípio da igualdade, posto em prática apenas sob a ótica formal, não foi capaz de acabar com as desigualdades e assimetrias existentes na sociedade. Isso porque, a partir da perspectiva da antidiferenciação, a lei passou a ser aplicada de forma “fria”. Assim, ao se prever tratamento igualitário a um complexo de pesso-

as com realidades históricas e sociais tão distintas e particulares, acabou levando à manutenção, e até ao agravamento, das desigualdades e privilégios existentes.

O enfrentamento à desigualdade, nesta seara, possui, assim, eficácia limitada, vez que apenas é capaz de combater casos de discriminação intencional e direta. Diante dessa constatação, surge a segunda dimensão do princípio da igualdade, conhecida popularmente como igualdade material, que propõe uma interpretação crítica e perante a lei do princípio da igualdade, ao considerar os diferentes contextos sociais em que os sujeitos de direito se encontram. É no campo da igualdade material que se situa a clássica lição de Boaventura de Souza Santos no sentido de que “Temos o direito de ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito de ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza” (SANTOS, 2010, p. 15). Portanto, foi no campo da igualdade material que se iniciaram as discussões acerca da existência de um direito à diferença, afinal, na dimensão material do princípio da igualdade a superação das situações de desigualdade não ocorrem pela postura antidiferenciadora por parte do intérprete, mas, sim, pela perspectiva da antissubjugação. O que se combate, aqui, não são unicamente as situações em que são presentes tratamentos diferenciados, mas, sim, as situações em que, por conta de um tratamento diferenciado ou pela ausência deste, indivíduos sejam postos em situação de subordinação indevida em relação a outros.

Assim, o princípio da igualdade material admite tratamentos diferenciados a diferentes indivíduos, desde que existente uma situação de *discrímen*¹, ou seja, que tais tratamentos sejam praticados com o intuito de superação de uma situação de subjugação de uns em relação a outros, corrigindo uma situação de assimetria até então existente na sociedade.

No entanto, hodiernamente, o estudo do conteúdo jurídico da igualdade não perpassa mais apenas pela sua análise formal e material. Isso porque a célebre distinção entre igualdade na lei e igualdade perante a lei é insuficiente para resolver questões envolvendo determinadas minorias grupos vulneráveis. Diante deste contexto, parcela da doutrina desenvolveu a ideia de que as situações de desigualdade e injustiça resultam, basicamente, de três *fronts*: a distribuição, o reconhecimento e a representação (FRASER; HONNETH, 2004, p. 45; TAYLOR, 2003, p. 38). Nessa linha, os problemas e questões de reconhecimento estariam atrelados a questões precipuamente

¹Para um maior aprofundamento sobre o conceito de “discrímen”, ver MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

culturais, uma vez que retratam o modo como determinados grupos vulneráveis são enxergados pela sociedade envolvente. Já os problemas de distribuição dizem respeito à seara econômica, uma vez que decorrem de uma partilha não equitativa das riquezas e recursos na sociedade, o que pode vir a causar certa estigmatização nos integrantes dessas minorias e grupos vulneráveis. Por fim, um outro fato que acaba por descambar em situações de desigualdade, envolvendo minorias e grupos vulneráveis, reside justamente na falta de representantes de tais grupos marginalizados nas instâncias de poder.

Percebe-se, portanto, que as situações de desigualdades não comportam, todas, uma mesma postura de enfrentamento, uma vez que as situações de assimetria verificadas na sociedade possuem causas distintas e específicas, devendo o operador do direito conhecer o direito discriminatório e suas nuances para que possa atuar de forma correta e satisfatória na correção de situações que atentem contra o princípio da igualdade.

2 O direito antidiscriminatório e as espécies de discriminação

Permeando o princípio constitucional da igualdade e atuando como conforme de concretização de seu conteúdo, a doutrina convencionou chamar de “direito da antidiscriminação” (RIOS, 2008, p. 13) o ramo do direito que atua no combate às desigualdades e na busca pela correção de assimetrias estabelecidas na sociedade. Assim, a partir do mandamento constitucional previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, a doutrina e os tribunais nacionais e internacionais passaram a reconhecer a existência de diversas espécies de discriminação, tais como a discriminação direta, indireta, positiva, negativa e agravada². Dessa forma, antes de adentrar ao campo de aplicação da teoria do impacto desproporcional, passo à análise de cada uma das espécies de discriminação desenvolvidas para sustentar o direito antidiscriminatório e sua aplicação de forma correta e eficaz.

A primeira espécie de discriminação é a denominada vedação da discriminação negativa. Trata-se de um consectário clássico do princípio da igualdade, qual seja, a proibição de discriminação indevida e injustificada. À luz da vedação desse tipo de discriminação, exige-se que as normas jurídicas nacionais e internacionais sejam aplicadas a todos indistintamente. A segunda

²Sobre este ponto, ainda, é interessante destacar que a doutrina divide a questão dos tratamentos discriminatórios em dois grupos, nominados de *discrimination against* e *discrimination between*. O primeiro busca diferenciar de forma estigmatizante e injustificada, enquanto o segundo busca diferenciar no intuito de corrigir assimetrias e propagar o ideal de igualdade.

espécie de discriminação é a denominada discriminação positiva, também conhecida como ação afirmativa. Esta dimensão se assemelha à concepção de igualdade material proposta por Aristóteles, já que a discriminação positiva impõe um *facere* por parte do Estado (embora ações afirmativas também possam ser realizadas por particulares) para corrigir determinada situação de desigualdade. Neste ponto, interessante destacar que o próprio texto constitucional prevê, de forma expressa, algumas espécies de ações afirmativas destinadas às minorias e aos grupos vulneráveis como, por exemplo, o disposto no artigo 7º, inciso XX, que determina a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, além do artigo 37, inciso VIII, que dispõe acerca da reserva de vagas de percentual específico de vagas em concursos públicos para pessoas com deficiência. Mais considerações acerca do tema das ações afirmativas serão tratadas em tópico específico deste trabalho.

Uma terceira espécie de discriminação proposta pela doutrina do direito antidiscriminatório é a chamada discriminação direta, que consiste na adoção de prática intencional e consciente que adote critério injustificável, discriminando determinado grupo e resultando em prejuízo ou desvantagem. Ou seja, há um ato volitivo de discriminar, de retirar direitos ou colocar um grupo em desvantagem, não havendo como falar em situação de *discrímen* para justificar a adoção da medida. Assim, a principal característica desta espécie de discriminação é justamente a intencionalidade explicitada. Por outro lado, a discriminação indireta, também chamada de discriminação invisível, é aquela que resulta de critério aparentemente neutro, mas que se, caso analisada *in concreto*, acaba por ocasionar um determinado impacto desproporcional sobre determinada minoria ou grupo vulnerável. Sobre o conceito de discriminação indireta, é a lição de André de Carvalho Ramos: “A discriminação indireta é mais sutil: consiste na adoção de critério aparentemente neutro (e, então justificável), mas que, na situação analisada, possui impacto desproporcional negativo em relação a determinado segmento vulnerável” (RAMOS, 2018, p. 608³). Tal modalidade discriminatória possui, na maioria das vezes, aspectos que dificultam a sua identificação, pois, na medida em que a situação estigmatizante parte de ações aparentemente neutras, seus efeitos discriminatórios são observáveis apenas após a aplicação fática da norma ou medida que as instituem.

³Para um maior aprofundamento sobre o tema da discriminação indireta, ver CORBO, Wallace. *Discriminação indireta: conceito, fundamentos e uma proposta de enfrentamento à luz da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris: 2017.

A origem da discriminação indireta decorre, dentre outros fatores, da não consideração da existência de determinados grupos vulneráveis como destinatários da norma. Logo, em que pese determinada norma não institua critérios discriminatórios objetivamente, é dizer, a partir da consideração de um padrão de indivíduo destinatário da norma como aquele que frequenta e circula no *mainstream* (homem, branco, heterossexual, classe média, etc.), determinadas normas acabam, quando aplicadas no caso concreto, causando impactos desproporcionais nos demais destinatários que não se enquadram no modelo implicitamente estabelecido pela sociedade majoritária. É justamente aqui, no âmbito da discriminação indireta, que se buscam corrigir situações assimétricas de desigualdade mediante a aplicação da teoria do impacto desproporcional.

Por fim, ainda há a chamada discriminação múltipla ou agravada, que pode ser verificada nos casos em que qualquer situação estigmatizante de exclusão, distinção ou preferência é ocasionada, tendo por base dois ou mais fatores de diferenciação injustificada (RIOS, 2015, p. 11-37).

3 Destinatários da aplicação da Teoria do Impacto Desproporcional: as minorias e grupos vulneráveis

Uma vez superadas as questões introdutórias acerca do conteúdo jurídico do princípio da igualdade e do direito antidiscriminatório e suas espécies de discriminação, é oportuno esclarecer, antes de adentrar no tema da teoria do impacto desproporcional e sua aplicação em casos concretos, quem são as vítimas de discriminação indireta que o intérprete do direito busca socorrer mediante a aplicação da teoria do impacto desproporcional: as minorias e os grupos vulneráveis.

Embora ambos os conceitos sejam confundidos com frequência por parte dos aplicadores do direito, é importante realizar a adequada diferenciação entre eles, uma vez que se trata de conceitos distintos, embora convivam de forma harmônica no cenário de proteção de direitos humanos.

O conceito de minorias se refere a um grupo de indivíduos numericamente inferior ao restante que a sociedade envolve, distinguindo-se pelo fato de possuir atributos e características próprias, sejam elas físicas ou culturais distintas do grupo populacional dominante. Embora não façam parte ou sequer compactuem com os ideais do grupo dominante, caracterizam-se também pelo fato de serem cidadãos do país onde estão, possuindo, ainda que apenas formalmente, os direitos políticos inerentes aos cidadãos de determinada localidade. Ainda, são caracterizados pela existência de solida-

riedade entre seus membros, de forma a preservar sua cultura. Em decorrência disso, normalmente se mostram como grupos politicamente organizados e articulados, com noção da realidade e condição a que estão submetidos. Portanto, quatro características básicas podem ser visualizadas no conceito de minoria: a) nacionalidade; b) não dominância; c) elemento numérico e d) solidariedade entre os membros da minoria (MORENO, 2009, *on-line*).

Por outro lado, os grupos vulneráveis possuem, como principal traço característico, uma situação ordinária e constante de violação aos seus direitos humanos. Sobre este ponto, explica Fabiano Melo (2016, p. 22):

Consideram-se vulneráveis os grupos de pessoas que se encontram suscetíveis ordinariamente às violações de direitos humanos. Uma singularidade, característica, aspecto cultural ou social ensejam que esses grupos sofram condutas atentatórias à dignidade inerente.

Neste contexto, embora possuam elementos característicos similares aos das minorias, especialmente no que se refere à ausência de poder político e existência de cidadania (ainda que formalmente falando⁴), é oportuno destacar que os grupos vulneráveis nem sempre retratam uma inferioridade numérica em relação a sociedade não vulnerável, a exemplo das mulheres e idosos, grupos vulneráveis que se apresentam em grande contingente numérico.

Também cabe menção ao fato de que, diferentemente das minorias, os grupos vulneráveis não possuem uma organização política uma, visando à manutenção de suas identidades e luta por seus direitos. Há, na grande maioria dos casos, diversas ramificações dentro do próprio grupo vulnerável, tais como as diversas vertentes do movimento feminista, ou ainda, as variadas linhas de pensamento do movimento LGBTI. Isso decorre, principalmente, de dois fatores: a) o fortalecimento da democracia e a pluralidade de ideias existentes dentro do próprio grupo vulnerável; b) o fato de que, por vezes, tais grupos sequer possuem o conhecimento de que estão sendo vítimas de discriminação ou de que possuem direitos a serem pleiteados.

No entanto, tanto as minorias quanto os grupos vulneráveis possuem um ponto em comum: são vítimas da discriminação indireta. Conforme já dito, isso ocorre em virtude da ausência de membros de minorias e grupos vulneráveis nas instâncias de representação. Afinal, de acordo com o anteriormente dito, o

⁴Neste ponto, reside justamente a concepção de igualdade como representação, tratada no início deste trabalho.

Poder Legislativo brasileiro é composto, em sua imensa maioria, por indivíduos que retratam o estereótipo da sociedade majoritária. Assim, em virtude de falta de representatividade destes indivíduos, a produção legislativa oriunda do Estado brasileiro é realizada sem levar em consideração as características específicas das minorias e dos grupos vulneráveis, ocasionando impactos desproporcionais àqueles que já se encontram em uma situação de fragilidade.

4 Teoria do Impacto Desproporcional: origem e aplicabilidade

Também chamada de teoria do impacto adverso pela doutrina canadense, a teoria do impacto desproporcional surgiu a partir do precedente norte-americano *Griggs vs. Duke Power Co.*, no qual a empresa *Duke Power* promovia um “teste de inteligência”, sem qualquer pertinência com os conhecimentos relacionados ao cargo em exercício, para selecionar quais de seus funcionários eram merecedores de ascender no quadro da empresa.

Embora a medida adotada pela empresa aparentasse certo grau de neutralidade e idoneidade no processo seletivo de seus funcionários, o resultado deste teste de inteligência acabava por segregar os candidatos negros que, por questões históricas, possuíam um nível educacional de aprendizagem aquém dos outros candidatos.

Assim, mediante a aplicação da teoria do impacto desproporcional (*disparate impact doctrine*), a Suprema Corte dos Estados Unidos da América entendeu que o teste de inteligência promovido pela empresa empregadora violava o princípio da igualdade, uma vez que, analisando a situação de forma concreta, o referido teste ocasionava um impacto desproporcional aos candidatos negros que postulavam ascender no quadro de funcionários do estabelecimento empregador.

No Brasil, a teoria do impacto desproporcional foi estudada de forma pioneira pelo ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Benedito Barbosa Gomes (2001, p. 24) em sua tese de doutorado chamada “Ação Afirmativa e Princípio da Igualdade”. Segundo Joaquim Barbosa, a teoria do impacto desproporcional pode ser compreendida como

Toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semigovernamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação do princípio constitucional da igualdade material se, em consequência de sua aplicação, resultarem efeitos nocivos de incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias de pessoas.

Desta forma, a teoria do impacto desproporcional tem o condão de ser utilizada como instrumento de combate aos atos geradores de discriminação indireta (vista aqui como ato que não advém diretamente das normas jurídicas, mas dos desdobramentos resultantes da aplicação de suas práticas de modo a gerar o impacto desproporcional). Acerca do papel da teoria do impacto desproporcional no combate à desigualdade, é a lição de Daniel Sarmiento (2010, p. 148):

Também é de grande importância a discriminação indireta, correlacionada à teoria do impacto desproporcional. Esta teoria pode ser utilizada para impugnar medidas públicas ou privadas aparentemente neutras do ponto de vista racial, mas cuja aplicação concreta resulte, de forma intencional ou não, em manifesto prejuízo para minorias estigmatizadas. A discriminação indireta difere da discriminação de facto porque, nesta segunda, a norma pode ser aplicada de forma compatível com a igualdade. Já na discriminação indireta, tem-se uma medida cuja aplicação fatalmente irá desfavorecer um grupo vulnerável.

Desta forma, é possível conceber a teoria do impacto desproporcional como importante instrumento de tutela das minorias e grupos vulneráveis no ordenamento jurídico como um todo. Assim, uma vez expostos a maneira e o âmbito de aplicação da teoria do impacto desproporcional, passemos à análise de hipóteses em que a referida teoria foi aplicada na defesa de minorias e grupos vulneráveis.

5 A Teoria do Impacto Desproporcional na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

5.1 Salário-maternidade e impacto desproporcional às mulheres no mercado de trabalho

O primeiro caso de discriminação indireta constatado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em que, embora a Corte Constitucional brasileira não tenha realizado menção expressa à teoria do impacto desproporcional, entende-se que esta foi aplicada, foi no julgamento da ADI 1.946/DF, caso em que o Supremo Tribunal Federal se debruçou acerca da constitucionalidade da incidência do limite dos

benefícios previdenciários de R\$ 1.200,00, (mil e duzentos reais), estabelecido pela Emenda Constitucional n. 20/1998, sobre o salário-maternidade (STF, 2003, *on-line*)⁵.

Nesse caso, o STF concluiu, por unanimidade, que, caso se aceitasse que o encargo excedente fosse pago pelo empregador, uma regra aparentemente neutra (teto previdenciário) ocasionaria um impacto desproporcional na empregabilidade da mulher. Afinal, além de se gerar um aumento de custo para o empregador, tal situação ocasionaria um verdadeiro efeito às avessas, já que as mulheres passariam a ser preteridas no mercado de trabalho. Comentando o caso em análise, é a lição de André de Carvalho Ramos (2018, p. 609):

Caso a interpretação concluísse que o excedente seria pago pelo empregador, a regra aparentemente neutra (limite a todos os benefícios) teria um efeito discriminatório no mercado de trabalho e um impacto desproporcional sobre a empregabilidade da mulher, pois aumentariam os custos para o patrão. Com isso, a regra teria um efeito de discriminação indireta, contrariando a regra constitucional proibitiva da discriminação, em matéria de emprego, por motivo de sexo.

Trata-se, portanto, do *leading case* em matéria de discriminação indireta no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no qual o Pretório Excelso tutelou, a partir da teoria do impacto desproporcional, a proteção do mercado de trabalho e empregabilidade das mulheres.

5.2 Crime de pederastia no Código Penal Militar e impacto desproporcional à população LGBTI

No dia 28 de outubro de 2015, o Supremo Tribunal Federal julgou parcialmente procedente a ADPF 291/DF, que questionava a recepção ou não do art. 235 do Código Penal Militar (CPM) pela Constituição Federal de 1988. O Código Penal Militar prevê, em seu artigo 235, *caput*, como crime sexual a “pederastia ou outro ato de libidinagem” e estabelece pena de detenção de seis meses a um ano ao “militar que praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito à administração militar”.

⁵Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1946/DF.

O relator da ADPF, Min. Luís Roberto Barroso, fez menção expressa à teoria do impacto desproporcional como um argumento contrário à recepção do crime de pederastia. Vejamos:

Torna-se, assim, evidente que o dispositivo, embora em tese aplicável indistintamente a atos libidinosos homo ou heterossexuais, é, na prática, empregado de forma discriminatória, produzindo maior impacto sobre militares *gays*. Esta é, portanto, uma típica hipótese de discriminação indireta, relacionada à teoria do impacto desproporcional (*disparate impact*), originária da jurisprudência norte-americana. Tal teoria reconhece que normas pretensamente neutras podem gerar efeitos práticos sistematicamente prejudiciais a um determinado grupo, sendo manifestamente incompatíveis com o princípio da igualdade (STF, 2015, *on-line*)⁶.

Trata-se de um caso de suma importância na análise na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pois foi a primeira vez em que, de forma expressa, o Supremo Tribunal Federal mencionou a teoria do impacto desproporcional em seus julgados.

Ao analisar a questão, a Corte Constitucional brasileira declarou como não recepcionados pela CF os termos “pederastia ou outro” e “homossexual ou não” expressos no dispositivo do Código Penal Militar, tutelando os interesses da população LGBTI.

5.3 Aborto e impacto desproporcional às mulheres negras e de baixa renda

A situação das mulheres na sociedade brasileira encontra severas dificuldades quando analisada sob a ótica da igualdade material em relação aos homens. Diferentemente do julgamento relativo ao salário-maternidade, em que foi analisada a discriminação indireta sofrida pelas mulheres no mercado de trabalho, importante análise também gira em torno dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres.

Em regra, o Estado brasileiro não admite a prática do aborto, uma vez que tal conduta consta tipificada como crime em diversos dispositivos do Código Penal, nos termos dos artigos 124 a 127. No entanto, o próprio legislador brasileiro positivou, de forma expressa algumas situações em que a

⁶Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 29/DF.

prática do aborto é permitida, tais como os casos em que a continuação da gravidez gera risco de vida à gestante, prática conhecida doutrinariamente como “aborto necessário”, ou ainda, em casos de gravidez resultante de estupro, situação nominada pela doutrina como “aborto sentimental”, dependendo, neste último caso, da anuência da própria gestante. Além das exceções positivas em lei, o Supremo Tribunal Federal admitiu mais uma hipótese ao concluir o julgamento da ADPF 54/DF, qual seja, a prática do aborto nos casos em que o feto em gestação é anencefálico.

Sem adentrar em qualquer discussão acerca de eventual legalização ou não do aborto pelo Estado brasileiro, este trabalho analisará apenas o julgamento do *Habeas Corpus* n. 124.306/RJ julgado pelo Supremo Tribunal Federal, no qual a Corte Constitucional brasileira utilizou a teoria do impacto desproporcional para afastar uma situação de prisão preventiva em relação a um proprietário de uma clínica médica suspeito de ter praticado um aborto no primeiro trimestre de gestação. Ao votar pela concessão de ordem, o Ministro Luís Roberto Barroso aduziu que

[...] a tipificação penal produz também discriminação social, já que prejudica, de forma desproporcional, as mulheres pobres, que não têm acesso a médicos e clínicas particulares, nem podem se valer do sistema público de saúde para realizar o procedimento abortivo. Por meio da criminalização, o Estado retira da mulher a possibilidade de submissão a um procedimento médico seguro. Não raro, mulheres pobres precisam recorrer a clínicas clandestinas sem qualquer infraestrutura médica ou a procedimentos precários e primitivos, que lhes oferecem elevados riscos de lesões, mutilações e óbito (STF, 2016, *on-line*)⁷.

Trata-se de mais um caso no qual o Supremo Tribunal Federal mencionou de forma expressa a teoria do impacto desproporcional na tutela dos direitos humanos das mulheres. Ainda sobre o tema do aborto e sua eventual recepção ou não pelo ordenamento jurídico brasileiro, pende de julgamento no Supremo Tribunal Federal a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442/DF, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade, na qual a agremiação partidária objetiva a descriminalização do aborto até a décima terceira semana de gestação. Atualmente, o Supremo Tribunal Federal realizou diversas audiências públicas para debater a causa.

⁷Decisão monocrática em *Habeas Corpus* n. 124.306/RJ.

5.4 Ações afirmativas no ensino superior como antídoto a eventual impacto desproporcional causado aos negros

Originário do sistema de castas estabelecido na Índia, o tema das ações afirmativas possui íntima ligação com a tutela de direitos humanos de minorias e grupos vulneráveis. Especificamente, acerca do tema das ações afirmativas no ensino superior, tais discriminações positivas possuem basicamente quatro objetivos: a) promoção da justiça compensatória, no intuito de corrigir injustiças do passado como, por exemplo, a prática da escravidão de negros, funcionando a ação afirmativa como mola propulsora para ingresso do indivíduo na universidade; b) promoção da justiça distributiva, com o objetivo de conceder oportunidade para aqueles desprovidos de condições materiais para competir de forma igualitária com os indivíduos de classes mais abastadas; c) promoção do pluralismo, uma vez que as ações afirmativas acabam por estimular a diversidade de culturas dentro da universidade; e d) o fortalecimento da autoestima do grupo estigmatizado, uma vez o estímulo das ações afirmativas acaba por proporcionar que minorias e grupos vulneráveis passem a gozar de oportunidades de acesso ao ensino superior, o que acaba por proporcionar uma maior possibilidade de ingresso dos beneficiados pelas ações afirmativas no mercado de trabalho.

Sobre o tema das ações afirmativas no ensino superior, vale menção também ao julgamento da arguição de descumprimento de Preceito Fundamental n.º 186, apresentada pelo Partido Democratas alegando, em suma, de que a política de reserva de vagas, com base em critério étnico-racial no processo de seleção para ingresso de estudantes adotado pela Universidade de Brasília, ofenda ao princípio da igualdade representava uma ofensa ao princípio da igualdade (STF, 2012, *on-line*)⁸.

O plenário do Supremo Tribunal Federal julgou, por unanimidade e nos termos do voto do relator, a arguição totalmente improcedente. O voto vencedor analisou o princípio da igualdade nas dimensões material e formal, entendendo pela superação de sua aplicação de forma mecânica em prol da justiça distributiva. Ressaltou a definição de ação afirmativa adotada no art. 2º, II, da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial da ONU, destacando o caráter transitório de tais políticas. Ainda, enfrentou os princípios constitucionais relacionados à educação dispostos no art. 205, destacando o disciplinado no art. 208,

⁸Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186/DF.

inciso V, entendendo pela flexibilização que a norma constitucional confere à aferição do mérito dos candidatos.

Ao analisar o critério étnico-racial adotado pela ação afirmativa, a lógica da Corte foi no sentido de que na medida em que a Constituição qualifica o crime de racismo como inafiançável, dando ao conceito de raça uma conotação não biológica, mas, sim, de segmento populacional histórico e culturalmente construído, o mesmo critério poderia ser estabelecido para a promoção da igualdade pelo Estado por meio de discriminação positiva. Ainda, o julgado reputou constitucional, enquanto critério de identificação, tanto a hétero quanto à autoidentificação, sendo esta última a primeira etapa a ser realizada, devendo eventuais identificações por terceiros estarem condizentes com o respeito à dignidade do candidato.

Embora a teoria do impacto desproporcional não tenha sido citada textualmente – entende-se que a mesma foi contemplada na medida em que houve a política de cotas, antídoto institucional à discriminação indireta – foi julgada constitucional. Ainda sobre o tema das ações afirmativas, recentemente, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, ao julgar a ADC 41/DF, a constitucionalidade da Lei Federal 12.990/2014, diploma legislativo que disciplinou o sistema de cotas para negros no serviço público federal (STF, 2017, *on-line*)⁹.

5.5 Ação penal no crime de lesão corporal cometido em contexto de violência doméstica e familiar e impacto desproporcional às mulheres

Chegou ao Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4424/DF, interposta pelo Procurador-Geral da República, questionando a constitucionalidade da modalidade da ação penal nos crimes de lesão corporal cometidos em contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher. Além da tese no sentido de que a exigência da representação por parte das mulheres no crime de lesão corporal cometido em contexto de violência e grave ameaça contra a mulher violaria o princípio da proporcionalidade na sua vertente de proibição de insuficiência, a Procuradoria-Geral da República (PGR) sustentou, como uma de suas teses, justamente a existência de uma aparente neutralidade no dispositivo impugnado que, quando analisado em determinado caso concreto, acabaria por gerar um impacto desproporcional às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar contra a mulher. De acordo com a PGR:

⁹ Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 41/DF.

Sem embargo, apesar de aparentemente neutra, ela produz, como já visto, impactos nefastos e desproporcionais para as mulheres, sendo, por isso, incompatível com o princípio da igualdade material. [...] Como fartamente descrito no tópico anterior, a interpretação que condiciona à representação o início da ação penal relativa a crime de lesões corporais leves praticado no ambiente doméstico, embora não incida em discriminação direta, acaba por gerar, para as mulheres vítimas deste tipo de violência, efeitos desproporcionais nocivos. É que ela, por razões históricas, acaba dando ensejo a um quadro de impunidade, que, por sua vez, reforça a violência e a discriminação contra a mulher (STF, 2012, on-line)¹⁰.

A partir desta e de outras teses suscitadas pela Procuradoria-Geral da República na ADI 4424/DF, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ação proposta, tornando o crime de lesão corporal contra a mulher, no âmbito doméstico e familiar, um delito de ação penal pública incondicionada.

5.6 Proibição de doação de sangue por homossexuais e impacto desproporcional à população LGBTI

Em novembro de 2017, iniciou-se o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5543/DF que impugnou dispositivo da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde que estabelece a proibição de doação de sangue por pessoas homossexuais. Em que pese o fato de que o julgamento da referida ADI ainda não tenha sido finalizado, já há uma sinalização da Corte Constitucional brasileira pelo reconhecimento da inconstitucionalidade da proibição de sangue por homossexuais. Especificamente, em relação ao tema da discriminação indireta e a aplicação da teoria do impacto desproporcional como forma de corrigir a situação de discriminação imposta pela portaria da ANVISA, interessante foi o raciocínio desenvolvido pelo Ministro Luiz Edson Fachin, relator do caso no Supremo Tribunal Federal (STF, 2017, *online*¹¹) ao concluir que

Compartilhando da fundamentação doutrinária e da aplicação jurisprudencial por esta Corte da Teoria do Impacto Despropor-

¹⁰ Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4424/DF.

¹¹ Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5543/DF.

cional, concluo que a política restritiva, prevista no art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde, e no art. 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 34/2014 da ANVISA, ainda que de forma desintencional, viola a igualdade, pois acaba tal limitação, a despeito de intentar proteção, impondo impacto desproporcional sobre os homens homossexuais e bissexuais e/ou as parceiras destes ao injungir-lhes a proibição da fruição livre e segura da própria sexualidade para exercício do ato empático de doar sangue.

Assim, em que pese ainda não existir uma posição definitiva formada pelo Supremo Tribunal Federal, há, no caso da controvérsia acerca da possibilidade ou não de doação de sangue por homossexuais, mais um caso no qual a teoria do impacto desproporcional foi mencionada de forma expressa pela Corte Constitucional brasileira e que, possivelmente, será aplicada como forma de resguardar e efetivar direitos humanos da população LGBTI.

6 A Teoria do Impacto Desproporcional na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Embora o reconhecimento de situações de discriminação indireta e a aplicação da teoria do impacto desproporcional esteja em fase inicial de aplicação e consolidação no ordenamento jurídico, o tema também possui contornos interessantes na jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Em ao menos duas oportunidades, o tribunal interamericano se deparou com a problemática da discriminação indireta e com eventual metodologia de correção da situação discriminatória. A discussão, envolvendo o reconhecimento de situação em que normas aparentemente neutras acabam por ocasionar um impacto desproporcional em determinado grupo vulnerável no âmbito da Corte IDH, se deu de forma expressa em dois casos, sendo o primeiro deles o caso *Yatama vs. Nicarágua*, referente às mudanças no processo eleitoral nicaraguense, e o segundo o caso *Artavia Murillo e outros (fecundação in vitro) vs. Costa Rica*, onde a discussão acerca do impacto desproporcional se deu em torno da alteração da norma jurídica que introduzia a possibilidade de fertilização *in vitro* no Estado da Costa Rica. A fim de expressar os argumentos utilizados pela Corte IDH nestes casos, far-se-á análise pormenorizada abaixo do contexto que deu azo ao julgamento, bem como da decisão do tribunal interamericano.

6.1 Caso *Yatama* vs. Nicarágua: impacto desproporcional e comunidades indígenas

A legislação eleitoral nicaraguense, a partir da década de 90, permitia a participação de comunidades indígenas nos pleitos eleitorais por meio da chamada “Associação de Subscrição Popular”, quando diversas comunidades indígenas da região da Costa Atlântica da Nicarágua eram representadas pela organização *Yapti Tasba Masraka Nahin Asla Takanka - YATAMA*, tornando-se tal representação, por meio da organização prática, comum e recorrente nos pleitos.

Ocorre que, em janeiro de 2000, foi realizada alteração na legislação eleitoral do país, extinguindo a forma de representação por meio das Associações de Subscrição Popular, bem como exigindo dos partidos ou alianças indígenas a candidatura em, ao menos, 80% (oitenta por cento) dos municípios. A *YATAMA*, com o objetivo de continuar participando dos pleitos eleitorais, viu-se obrigada a alterar sua forma de organização política para os moldes dos partidos políticos, se aliando ao partido *Los Pueblos Costeños* para que os novos requisitos exigidos pela legislação fossem preenchidos.

A partir disso, foi expedida pelo Conselho Superior Eleitoral da Nicarágua resolução, impedindo a participação do partido *Los Pueblos Costeños* por conta de não ter preenchido os requisitos necessários para tanto, excluindo da participação, também, o partido aliado *YATAMA*, embora o mesmo não tenha sequer sido citado na resolução. Tal fato gerou grande abstenção no eleitorado nicaraguense, na medida em que o *YATAMA* era o partido responsável pela representação de parcela específica do eleitorado.

Diante deste fato, a controvérsia foi levada para conhecimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) que, ao não ter encontrado meios para resolvê-la, apresentou o caso à Corte IDH. Após análise e processamento do caso, a Corte IDH entendeu que a mudança legislativa, embora não fosse ilegal, acabou ocasionando um impacto desproporcional apenas sobre as comunidades indígenas, na medida em que extinguiu a forma de representação a que estavam acostumadas há mais de uma década, sendo pouco impactante para outros segmentos populacionais, vez que estes não encontraram maiores dificuldades nas imposições trazidas pela nova legislação eleitoral.

Portanto, após constatada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos a violação ao princípio da igualdade material e da não discriminação por conta da verificação de uma situação de discriminação indireta perpetuada pela nova norma eleitoral, o Tribunal Interamericano também entendeu pela

violação das garantias judiciais dispostas nos art. 8.1 c/c art. 1.1 do Pacto de San José da Costa Rica, diante da não observância do dever de motivação por parte do Conselho Superior Eleitoral da Nicarágua, entendendo, ainda, pela violação do art. 25.1 c/c art. 2º da CADH, por não ter sido oportunizado aos prejudicados pelas decisões do Conselho Supremo Eleitoral da Nicarágua recurso efetivo. Em suma, determinou ao Estado da Nicarágua a publicidade da decisão, a alteração em sua legislação eleitoral e o pagamento de indenização à organização *YATAMA*, além dos valores a título de custas (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2005, *on-line*).

Vale dizer que, embora a Corte IDH tenha reconhecido a existência impacto desproporcional advindo da norma, bem como determinado ao Estado da Nicarágua a alteração em sua legislação, até o momento nenhuma medida foi tomada nesse sentido.

6.2 Caso *Atravia Murillo* e outros vs. Costa Rica: impacto desproporcional e direitos reprodutivos das mulheres

A controvérsia do caso *Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica* também tem como causa determinante uma alteração legislativa. Através de um Decreto Executivo emitido pelo Ministro da Saúde da Costa Rica, a partir de fevereiro de 1995 passou a ser autorizada e regulamentada a prática da fecundação *in vitro*. Ocorre que, passados cinco anos da autorização, a Corte Suprema da Costa Rica julgou procedente uma ação de inconstitucionalidade no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade formal do Decreto Executivo por violação da reserva legal, bem como de inconstitucionalidade material por violação do direito à vida, anulando assim o ato normativo exarado pelo Ministro costa-riquenho.

Diante da alteração da decisão exarada pela Corte Suprema da Costa Rica, alguns casais encaminharam petições à Comissão Interamericana de Direitos Humanos que, após processamento do caso, o apresentou à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ao julgar o caso *Atravia Murillo e outros vs. Costa Rica*, o Tribunal Interamericano entendeu que a proibição à utilização da técnica conhecida popularmente como fertilização *in vitro* pelo Estado da Costa Rica configurava uma afronta ao princípio da igualdade em sua dimensão material, na medida em que impactava desproporcionalmente às mulheres inférteis e aos casais sem condições financeiras para realizar o procedimento da fertilização *in vitro* no exterior.

Assim, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Estado da Costa Rica, entendendo que a proibição configurava violação à

integridade pessoal, à liberdade pessoal, à vida privada e à proteção da família das vítimas. Determinou, assim, além de outras medidas a serem tomadas pelo Estado costarriquenho, a adoção de medidas que tornassem sem efeito o decreto em questão, a regulamentação que julgasse necessária referente à fertilização *in vitro*, bem como que o serviço passasse a ser disponível pela Caixa Costarriquenha de Previdência Social (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012, *on-line*).

Embora a Costa Rica tenha editado novo Decreto Executivo, autorizando e regulamentando a fertilização *in vitro* no país, este foi objeto de nova ação de inconstitucionalidade que acabou sendo julgada nos mesmos termos em que já fora julgada pela Corte Suprema da Costa Rica. Durante a supervisão do cumprimento de sentença, a Corte IDH outorgou eficácia ao Decreto Executivo até regulamentação da matéria nos termos da sentença pelo legislativo costarriquenho, sendo o acordo celebrado entre as vítimas e a Costa Rica, homologado pela Corte IDH, indicativo de que a situação se encontra resolvida no país (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2012, *on-line*).

7 Outras propostas de aplicação da Teoria do Impacto Desproporcional no Estado Brasileiro

7.1 Impacto desproporcional e a escusa da tutela da mulher casada prevista no Código Civil

O artigo 1.736, inciso I, do Código Civil dispõe acerca da faculdade de a mulher casada escusar-se da tutela. Ao promulgar o Código Civil, em 2002, o objetivo do legislador brasileiro foi justamente maximizar a proteção da mulher casada, a partir de uma presunção de que a mesma seria detentora de condições financeiras mais frágeis. No entanto, em que pese a aparente neutralidade do referido preceito do Código Civil, uma vez que o mesmo se dirige a todas as mulheres, os efeitos da norma, quando verificados *in concreto*, acabam por causar um impacto desproporcional em um determinado grupo de mulheres. Primeiramente, é possível verificar que a aplicação em concreto do artigo 1.736, inciso I, do Código Civil acaba por criar um desestímulo aos genitores para a nomeação de mulheres como tutoras. Sobre este ponto em específico, é a lição de Tomás Tenshin Sataka Bugarin (2016, *on-line*):

[...] a previsão legal acaba por criar um desincentivo aos genitores para a nomeação de mulheres como tutoras, a menos

que tenham absoluta certeza da assunção voluntária, em momento futuro, do encargo. A rigor, acaba-se por criar um favoritismo à nomeação de homens casados, a fim de assegurar o bem-estar de seus filhos, caso estes venham a necessitar de tutor, uma vez que eles não poderão se recusar a assumir a tutela.

Como se não bastasse, é possível visualizar ainda um segundo impacto desproporcional causado no grupo das mulheres casadas quando da aplicação do referido preceito do Código Civil, qual seja, a divisão de agentes a serem indicados como tutores sem qualquer motivo justificável, relegando as mulheres casadas a uma terceira classe em uma eventual ordem preferencial de escolha de tutores(as), uma vez que os homens e as mulheres solteiras contariam com a preferência para a assunção do *mínus* público da tutela. Sobre o tema, pontua Tomás Tenshin Sataka Bugarin (2016, *on-line*):

Secundariamente, a norma acaba por criar três classes de preferências, sem a mais mínima razoabilidade: favorece a indicação, como tutor, dos homens; seguem a eles as mulheres solteiras (impossibilitadas de invocar a escusa do encargo); relegando a terceiro plano as mulheres casadas (ante a insegurança gerada em razão da possibilidade de escusa conferida apenas a esta "terceira classe").

Deste modo, a partir dos motivos expostos, é possível concluir que o artigo 1.736, inciso I, do Código Civil, quando analisado de forma concreta, acaba por gerar um impacto desproporcional em um determinado grupo vulnerável específico, qual seja, as mulheres casadas, padecendo o referido preceito do Código Civil, portanto, de inconstitucionalidade por violação do princípio da igualdade.

7.2 Provas de proficiência em língua estrangeira para seleções de mestrado e doutorado e impacto desproporcional aos estudantes de baixa renda ou oriundos de escola pública

Por fim, é possível encontrar ainda quem sustente que a exigência de prova de proficiência em língua estrangeira para ingresso em seleções, como o mestrado e o doutorado, retrataria uma situação que, embora aparentemente neutra, prejudicaria de forma desproporcional os estudantes de baixa renda ou oriundos de escolas públicas, onde, na maioria dos casos, o ensino fica aquém do desejado. Vejamos a proposta de Davi Santana Souza (2014, *on-line*):

Diante do exposto, venho ressaltar que a prática imposta por estas faculdades, exigindo que o bacharel possua um determinado nível de proficiência em determinado(s) idioma(s), apesar de ser aparentemente neutra, causa um impacto desproporcional em grupos específicos de estudantes, notadamente aqueles de baixa renda que vieram de escolas públicas em que a qualidade do curso de língua estrangeira se encontra inteiramente aquém do necessário. Assim, os estudantes que não tiveram a oportunidade de realizar um curso desvinculado do colégio, somente após a formação universitária encontram possibilidades fáticas de conhecerem outro idioma. Deste modo, esta proibição acaba por impedir que apenas pessoas de determinados grupos sociais tenham sequer a possibilidade de participar do processo seletivo, tendendo a manutenção de um *status* quo presente há séculos no Brasil, no qual apenas seletas parcelas da sociedade têm acesso integral aos níveis mais avançados de ensino e, conseqüentemente, aos cargos e empregos mais procurado

Dessa forma, a exigência por parte das universidades de prova de proficiência em língua estrangeira para ingresso em seleções como o mestrado e o doutorado também pode ser encarada como uma situação que, quando analisada *in concreto*, é capaz de gerar um impacto desproporcional em alunos de baixa renda e do ensino público.

8 Conclusão

Diante de todo o exposto, é possível verificar uma constante evolução na tutela de direitos humanos de minorias e grupos vulneráveis a partir do reconhecimento de situações caracterizadas como discriminações indiretas no Estado brasileiro, bem como da correção destas situações estigmatizantes mediante a aplicação da teoria do impacto desproporcional. Nesse sentido, é oportuno ressaltar que, até pouco tempo, essas situações, envolvendo normas aparentemente neutras que acabam por ocasionar um impacto desproporcional em determinado grupo vulnerável, sequer entravam no radar do intérprete do direito, dado que pode ser percebido pelo longo tempo em que determinadas normas expostas neste trabalho restaram incólumes de questionamento acerca de eventual inconstitucionalidade.

Por outro lado, a partir da análise da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, percebe-se que a produção legislativa

estrangeira também é realizada de acordo com o olhar da sociedade majoritária e sem a preocupação com as minorias e grupos vulneráveis, não sendo este, portanto, um problema apenas do Estado brasileiro, mas também de outros países que integram o continente americano e que, nestes casos, assim como no Estado brasileiro, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já começa a se valer da teoria do impacto desproporcional para corrigir situações geradoras de discriminação indireta ocorridas em países sob a sua jurisdição.

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade n. 5.543*. Relator: Fachin, Luiz Edson. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5543&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 5 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade n. 4.424*. Relator: Aurélio, Marco. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>>. Acesso em: 5 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade n. 1.946*. Relator: Sanches, Sydney. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/771281/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1946-df>>. Acesso em: 5 ago. 2018.

_____. Plenário do Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 291*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4462545>>. Acesso em: 5 ago. 2018.

_____. Plenário do Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186*. Relator: Lewandowski, Ricardo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticia/NoticiaStfArquivo/anexo/ADPF186.pdf>>. Acesso em: 5 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática no *Habeas Corpus n. 124.306-RJ*. Relator: Barroso, Luís Roberto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticia/NoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 5 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação declaratória de constitucionalidade n. 41-DF*. Relator: Barroso, Luís Roberto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729>>. Acesso em: 5 ago. 2018.

BUGARIN, Tomás Tenshin Sataka. *Uma doutrina de combate à discriminação indireta: a teoria do impacto adverso*. Conteúdo Jurídico, Brasília-

DF: 20 maio 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55947&seo=1>>. Acesso em: 5 ago. 2018.

CORBO, Wallace. *Discriminação indireta: conceito, fundamentos e uma proposta de enfrentamento à luz da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris: 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Atravía Murilo e outros Vs. Costa Rica. Sentença de 28 de novembro de 2012. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2018.

_____. Caso Yatama vs. Nicarágua. Sentença de 23 de junho de 2005. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2018.

FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or Recognition? A political philosophical exchange*. Verso books, 2004.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MELO, Fabiano. *Direitos humanos*. São Paulo: Método, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MORENO, Jamile Coelho. O papel do Ministério Público na tutela das minorias. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 18 ed., 2009, São Paulo. *Anais*. São Paulo: Conpedi, 2009. p. 616 - 637. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2167.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2018.

RIOS, Roger Raupp; DA SILVA, Rodrigo da. Discriminação múltipla e discriminação interseccional: aportes do feminismo negro e do direito da antidiscriminação. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n.16, janeiro - abril/2015.

RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação*: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Lisboa: Graal. 2010.

SARMENTO, Daniel. A igualdade étnico-racial no direito constitucional brasileiro: discriminação “De Facto”, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais*: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

SOUZA, Davi Santana. Prova de língua estrangeira para pós-graduação: discriminação indireta e inconstitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 3913, 19 mar. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26947>>. Acesso em: 5 ago. 2018.

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA PRISIONAL: O TRABALHO COMO INSTRUMENTO DE RESSOCIALIZAÇÃO

Marcos Giovane Ártico

Promotor de Justiça do Estado de Rondônia

Victor Ramalho Monfredinho

Promotor de Justiça do Estado de Rondônia

Resumo

Os Promotores de Justiça fazem visitas periódicas nas unidades prisionais, conforme a Resolução nº 56 do Conselho Nacional do Ministério Público, ocasião em que verificam a situação calamitosa e insustentável das cadeias e penitenciárias estaduais. Algumas medidas extrajudiciais e judiciais são tomadas, todavia não são suficientes para se dirimir o “estado de coisas inconstitucional” do sistema. Vertente da jurisprudência defende que se deve observar o mínimo existencial dos recuperandos, legitimando ao Poder Judiciário determinar políticas públicas para a melhoria do sistema penitenciário. De outra banda, parcela da jurisprudência fixa, sob a invocação da reserva do possível, que não compete ao Poder Judiciário determinar a melhoria da infraestrutura e de pessoal nas cadeias, sob pena de violação da separação dos poderes. Através do método indutivo, propõe-se a necessidade imperiosa de melhoria da situação atual, no sentido de o Ministério Público fomentar políticas públicas, notadamente quanto ao direito ao trabalho dos reeducandos, mediante convênios e outros meios com o Poder Público e particulares, a fim de se promover a ressocialização dos recuperandos e diminuir a reincidência.

Palavras-chave: Mínimo Existencial. Sistema Prisional. Trabalho. Ressocialização.

Abstract

The Prosecutors of Justice make periodic visits to the prison units, according to resolution number 56 of the National Council of the Prosecutor, when they verify the calamitous and unsustainable situation of the jails and state penitentiaries. Some extrajudicial and judicial measures are taken, however, are not sufficient to settle the “state of affairs unconstitutional” of the system. The case of jurisprudence argues that the existential minimum of prisoners who are recovering, legitimizing to the Judiciary the determination of public policies for the improvement of the penitentiary system. Of another band, a

portion of the fixed jurisprudence, under the invocation of the reserve of the possible that it is not incumbent on the Judiciary to determine the improvement of the infrastructure and staff in the jails, under penalty of violation of the separation of powers. Through the inductive method, it is proposed the urgent need to improve the current situation, in the sense of the Prosecutor to promote public policies, notably the work of the relearners, through covenants and other means with the Public Power and private individuals, with tangible examples in order to promote the resocialization of prisoners who are recovering and to reduce recidivism.

Keywords: Minimal existential. Prison system. Work. Resocialization.

1 Introdução

O sistema prisional está em crise. São diversos os problemas verificados pelos membros do Ministério Público, tanto na análise dos processos judiciais, quanto nas inspeções periódicas feitas nas cadeias e penitenciárias estaduais.

Afere-se que os recuperandos se encontram-se situação degradante e violadora da dignidade da pessoa humana, em razão da inércia do Estado, que não desenvolve políticas públicas voltadas à população carcerária. Não é prioridade dos governos atender essa parcela de pessoas.

Diversas providências são tomadas pelos Promotores de Justiça, como a expedição de ofícios, instauração de inquéritos civis, recomendações, reuniões, audiências públicas, ações civis públicas, entre outros. No entanto, o trabalho é muitas vezes inócuo, tendo em vista que há uma necessidade imperiosa de mudança de mentalidade dos gestores do sistema prisional, no sentido de realmente se promoverem meios para a ressocialização dos recuperandos.

Em razão disso, surgem duas vertentes na jurisprudência acerca da possibilidade de o Poder Judiciário determinar políticas públicas para a melhoria da infraestrutura e de pessoal das cadeias públicas e penitenciárias.

A linha entendida por mais retrógrada, decidida por Tribunais Estaduais, fixa que não compete ao Poder Judiciário dar provimento a demandas, hodiernamente movidas pelo Ministério Público, a fim de se determinar ao Executivo a promoção de políticas públicas no sistema carcerário, sob a invocação da independência entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e a reserva do possível, ou seja, a falta de previsão orçamentária prévia e específica para tal finalidade, estando tal medida adstrita à discricionariedade do administrador.

De outra banda, o Supremo Tribunal Federal, numa perspectiva de vanguarda, reconheceu o “estado de coisas inconstitucional” do sistema prisional brasileiro, que assiste a uma crise sem precedentes, de patente violação de direitos humanos, em cumprimento de pena degradante e cruel. Diante dessa situação extrema, a egrégia Corte entendeu que compete sim ao Poder Judiciário determinar políticas públicas a fim de que se faça valer a Constituição Federal e o respeito ao mínimo existencial, qual seja de direitos fundamentais (individuais e sociais) mínimos, os quais os presos não tiveram supridos em sentença ou acórdão condenatório.

Entende-se que o posicionamento da Suprema Corte deve prevalecer, ante a inércia reiterada do Executivo em promover políticas públicas no sistema prisional.

Ademais, o Ministério Público deve fomentar junto aos agentes públicos, notadamente Poderes Executivo e Legislativo, em âmbito federal, estadual e municipal, políticas no sentido de se fazer cumprir o direito ao trabalho dos presos, seja mediante convênios com o poder público ou empresas privadas, fazendo-se cumprir os ditames do art. 34 e 35 da Lei nº 7210/84.

Experiências exitosas já são verificadas em algumas Comarcas Nacionais, como é o exemplo de Lucas do Rio Verde - MT, em que o Executivo Municipal firmou convênio com uma Fundação de recuperação de presos, com o aval da Secretaria de Justiça e Direitos Humanos do Estado, Poder Judiciário, Ministério Público, Conselho da Comunidade e Sociedade.

No caso, numa iniciativa local, obteve-se a efetiva ressocialização dos reeducandos, com a profissionalização deles, mediante o ensino de um ofício, de forma que a sociedade também ganhou, porquanto que houve a diminuição considerável do número de reincidência, sendo que o complexo industrial implementado trouxe melhoras significativas ao urbanismo da cidade.

Modelos que deram certo devem ser replicados em outros locais, sem prejuízo da criatividade de novas ideias que visam à recuperação e ressocialização dos detentos, como forma de se diminuir a violência e reincidência, objetivando-se uma sociedade ordeira, de paz.

2 A realidade carcerária brasileira constada nas inspeções do Ministério Público¹

As visitas periódicas dos membros do Ministério Público dos Estados às unidades prisionais, medida decorrente da resolução n. 56 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), de 22 de junho de 2010, permitem

¹Resolução nº 56/2010. Disponível em: <www.cnmp.mp.br/portal/images/resolucao>. Acesso em: 25 jul. 2018.

aos Promotores de Justiça, com atribuição na execução penal, vivenciar as diversas mazelas que assistem ao sistema prisional, bem como fiscalizar os agentes públicos envolvidos na segurança dos reeducandos.

O que se vê hodiernamente é a ineficácia da Lei das Execuções Penais (Lei nº 7210/1994) em seus diversos aspectos, porquanto que o Estado, gestor do sistema, por meio da Secretaria de Estado de Justiça, não supre as necessidades essenciais dos reclusos.

Inferre-se, numa visão global, com raríssimas exceções, que o sistema prisional brasileiro se encontra falido, com celas totalmente insalubres e condições de higiene precárias. Não há infraestrutura adequada e segura, tanto para os reeducandos, quanto para os agentes penitenciários ou mesmo para os visitantes.

Nos relatórios de inspeção apresentados periodicamente às Corregedorias dos Ministérios Públicos dos Estados e ao Conselho Nacional do Ministério Público, depreende-se o seguinte: a) a não separação de presos provisórios dos definitivos; b) os primários, dos reincidentes; c) a ausência de local adequado para a visitação regular e íntima dos detentos; d) a superlotação; e) a falta de equipamentos de segurança necessários aos agentes; f) a ausência de equipamentos, insumos e pessoal na enfermaria; g) a falta de assistência jurídica regular; h) a deficiência de pessoal (efetivo) para o trabalho; i) a falta de *kit* de higiene e de colchões; j) problemas de infraestrutura e segurança e nas instalações elétricas, etc.

Assim, o membro ministerial, na medida de sua alçada, procura meios para solucionar ou, ao menos, dirimir tais problemas, sendo que a maioria deles recai sobre a responsabilidade do Executivo Estadual, que não promove políticas públicas suficientes direcionadas ao sistema prisional.

Destarte, o Promotor de Justiça expede ofícios e recomendações, instaura inquéritos civis, faz reuniões e outros atos extrajudiciais ou mesmo judiciais, por meio de ações civis públicas a fim de que seja garantido o mínimo existencial dos reeducandos e os ditames da Lei nº 7.210/1994.

A título de exemplo, o art. 41, inciso X, da Lei nº 7210/1994 garante aos presos o direito a receber visitas do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos. Todavia, na maioria das unidades prisionais que se inspeciona ou visita não há local adequado para esta finalidade, sendo que a visita é realizada no pátio ou dentro da própria cela do reeducando.

As melhorias advindas na estrutura física das cadeias decorrem, majoritariamente, de recursos advindos dos Conselhos da Comunidade ou outra associação civil, cuja receita provém das penas pecuniárias, transações penais ou suspensões condicionais do processo, demandas estas movidas

pelo Ministério Público junto ao Poder Judiciário, que arrecada valores para a conta única judicial, segundo a Resolução nº 154/2012 do CNJ (Conselho Nacional de Justiça)².

Em razão dos problemas de infraestrutura e de pessoal nas cadeias, prejudicam-se os projetos de ressocialização a serem desenvolvidos pelo Conselho da Comunidade e sociedade civil organizada, por meio de igrejas, escolas, convênios com o Poder Público, empresas, etc., por falta de espaço, estrutura física, logística e preparo dos agentes e reeducandos.

A inércia do Estado, quanto à gestão administrativa e fornecimento de condições dignas aos recuperandos não se justifica, pois estamos a lidar com a dignidade e o mínimo existencial de seres humanos, que estão privados tão somente do direito fundamental de liberdade e não de outros.

Compreende-se que o mínimo existencial é considerado o conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna, incluindo as experiências físicas (sobrevivência e manutenção do corpo), espirituais e intelectuais³.

Portanto, há que se respeitarem todos os direitos do condenado ou internado que não foram atingidos pela sentença ou pela lei, nos termos do art. 3º da Lei nº 7.210/1984⁴.

3 A dicotomia entre o mínimo existencial e a reserva do possível na consecução de políticas públicas no sistema prisional

Embora o Supremo Tribunal Federal já tenha fixado jurisprudência sobre a necessidade de interferência do Poder Judiciário junto ao Poder Executivo, no sentido de se determinar providências quanto ao “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro, ainda assim se afere a relutância dos Tribunais de Justiça Estaduais quanto à sua efetividade, arguindo-se a reserva do possível orçamentário e independência entre os poderes, a justificar a abstenção de determinarem-se políticas públicas ao gestor, ainda que a situação prisional esteja calamitosa.

²Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos_documento=58>. Acesso em: 26 jul. 2018.

³BARCELLOS, Ana Paula de. *O mínimo existencial e algumas fundamentações*. In: RAWLS, John; WALZER, Michael; ALEXY, Robert. *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 45.

⁴Lei nº 7.210/1984. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210_compilado.htm>. Acesso em: 27 jul. 2018.

Neste sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça de Rondônia e Minas Gerais, consoante arestos que seguem:

Apelação civil. Reexame necessário. Ação civil pública. Obrigação de fazer. Reforma do presídio de Cacoal. Princípio da independência entre os poderes. Embora seja flagrante a precariedade do presídio de Cacoal, é defeso ao Poder Judiciário interferir na discricionariedade da atividade administrativa, representando flagrante ingerência deste sobre a área de competência do Poder Executivo⁵. AÇÃO CIVIL PÚBLICA - OBRA PÚBLICA - OBRIGAÇÃO DE FAZER - CONSTRUÇÃO DE CADEIA PÚBLICA - ATO DISCRICIONÁRIO - PODER JUDICIÁRIO - SUBSTITUIÇÃO AO ADMINISTRADOR - IMPOSSIBILIDADE, EM REGRA O judiciário não pode, em ação Civil proposta pelo Ministério Público, envolvendo ato discricionário inerente à administração, em regra, substituir a vontade do administrador e, a seu critério, determinar a efetivação de obras públicas, seguida de prestação de serviços públicos, mesmo que necessários, mormente em sede de tutela antecipada, sem ouvir o órgão público. O ato discricionário se submete aos critérios da conveniência e da oportunidade, sem olvidar o princípio da legalidade, que obriga o administrador a observar a previsão orçamentária e as prioridades de seu governo. Excepcionalmente, em casos de abuso na omissão e de grave e estrita necessidade, não se exclui a atuação do controle judiciário, sendo recomendado, porém, a instauração do contraditório para apreciação das razões que determinam a atuação da Administração⁶.

Essa linha jurisprudencial, em sua fundamentação, diz que não compete ao Poder Judiciário intervir na discricionariedade administrativa, a determinar políticas públicas de construções ou reparos de unidades prisionais, sob o argumento precípua da separação dos poderes, discricionariedade do administrador e reserva do possível.

⁵Apelação. Processo n. 0009724-72.2010.822.0007. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Relator do Acórdão Juiz José Augusto Alves Martins. Data de julgamento: 23 maio 2014. Disponível em: <<https://www.tjro.jus.br/apsg/pages/DetalhesProcesso.xhtml>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

⁶TJMG - 107180800357170011 MG 1.0718.08.003571-7/001(1) (TJ-MG). Data de publicação: 02/10/2009. TJRO. Apelação n. 0009724-72.2010.822.0007. Relator do Acórdão Juiz José Augusto ALVES, Martins. Data de julgamento: 23/05/2014. Disponível em: <<https://www.tjro.jus.br/apsg/pages/DetalhesProcesso.xhtml>> Acesso em: 26 jul. 2018.

Entende-se que o Executivo Estadual deve dispor de recursos orçamentários específicos, qual seja, de verba suficiente para concretizar eficazmente os direitos sociais e individuais das pessoas, incluindo-se obviamente os direitos dos presos.

A teoria da reserva do possível, com origem na Alemanha, na década de 1970, aduz o direito à prestação positiva, quanto ao número de vagas nas universidades, que se encontrava dependente da reserva do possível, firmando posicionamento de que o cidadão só poderia exigir do Estado aquilo que razoavelmente se pudesse esperar. Naquela época, o *leading case*, referia-se a vagas na universidade.

A doutrina abalizada de Ingo Wolfgang Sarlet disserta sobre o princípio da reserva do possível e sua origem:

Ainda no contexto mais amplo de direito à educação, situa-se a problemática do acesso ao ensino superior, objeto de ampla discussão na Alemanha já no início dos anos setenta, debate que, aliás, forneceu importantes e interessantes subsídios para a controvérsia em torno dos direitos sociais prestacionais. Na sua afamada e multicitada decisão *numerus clausus*, o Tribunal Federal Constitucional, com base na constatação de que a liberdade fundamental de escolha da profissão não teria valor algum caso não existissem as condições fáticas para a sua fruição, entendeu que este direito objetiva também o livre acesso às instituições de ensino. De fato, acabou o Tribunal da Alemanha reconhecendo que, a partir da criação de instituições de ensino pelo Estado, de modo especial em setores onde o poder público exerce um monopólio e onde a participação em prestações estatais constitui pressuposto para a efetiva fruição de direitos fundamentais, a garantia da liberdade de escolha de profissão (art. 12, inc. I, da LF), combinada com o princípio geral da igualdade (art. 3º, inc. I) e com o postulado do Estado Social (art. 20), garante um direito de acesso ao ensino superior de sua escolha a todos os que preencherem os requisitos subjetivos para tanto. Remanesceu em aberto, contudo, eventual possibilidade de se admitir um direito fundamental originário a prestações, isto é, não apenas o tratamento igualitário no que tange ao acesso, mas também o direito a uma vaga no âmbito do ensino superior. Tal hipótese foi aventada pelo Tribunal Federal Constitucional, que, mesmo sem posicionar-se de forma conclusiva a respeito da

matéria, admitiu que os direitos a prestações não se restringem ao existente, condicionou, contudo, este direito de acesso ao limite da reserva do possível”⁷.

Invoca-se o princípio da razoabilidade, segundo o qual a realização de prestações positivas pelo Estado depende, dentre outros requisitos, da existência de recursos financeiros disponíveis, previstos nas leis orçamentárias, sendo que compete ao gestor público decidir sobre a aplicação da verba pública existente em dada área, segundo a sua discricionariedade.

Ainda, Ingo Sarlet diz que “a reserva do possível concerne à possibilidade efetiva de existência de recursos, à previsão jurídica do Estado poder dispor desses recursos, em função da distribuição de receitas e competências, federativas, orçamentárias, tributárias, administrativas e legislativas e a razoabilidade daquilo que está sendo pedido”⁸.

Tais fundamentos hodiernamente são invocados nas decisões dos Tribunais de Justiça Estaduais em ações civis públicas, conforme os julgados supra, com o fim de o Poder Judiciário se abster de ingerência junto ao Executivo Estadual para a consecução de políticas de melhoria do sistema prisional, ainda que a situação prisional tenha ultrapassado qualquer limite do razoável, sendo a pena degradante e cruel.

Ocorre que não se prevê no orçamento público quantia o suficiente para a efetivação das obrigações prestacionais do Estado, de modo a impedir o avanço dos direitos individuais e sociais dos reeducandos.

A situação estrutural e humana das cadeias públicas brasileiras chegou a um ponto insustentável, em patente violação da dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, a surgirem debates jurídicos entre o mínimo existencial e a reserva do possível que, além da área da saúde e educação, também são princípios invocados junto à execução penal, ou seja, perguntase: é legítimo ao Poder Judiciário formular ou implementar políticas públicas, através de pedidos feitos, por meio de ações, movidas pelo Ministério Público ou outras instituições legitimadas, na área da execução penal?

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, em julgamento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, no ano de 2004, já havia

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livros do Advogado. 2010, p. 340-341.

⁸ _____. *Os Direitos sociais como direitos fundamentais*: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. pp. 479-510. p. 498.

sinalizado **que**, se os órgãos estatais competentes descumprirem os encargos político-jurídicos a eles atribuídos pela Carta Magna, caberia sim ao Poder Judiciário determinar políticas públicas.

No caso do comprometimento da integridade de direitos individuais ou coletivos constitucionalmente assegurados, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático, a intervenção do Poder Judiciário se impunha, ante a dimensão política da jurisdição constitucional⁹.

Sobre o tema, Luís Roberto Barroso disserta:

Atualmente, passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado. A propósito, cabe registrar que o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial na matéria não eliminou as tensões inevitáveis que se formam entre as pretensões de normatividade do constituinte, de um lado, e, de outro lado, as circunstâncias da realidade fática e as eventuais resistências do *status quo*¹⁰.

Nesta esteira, o Supremo Tribunal aduz que

[...] A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também compromete a eficácia da declaração constitucional de direitos e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. As situações configuradoras de omissão inconstitucional, ainda que se cuide de omissão parcial, refletem comportamento estatal

⁹TF. ADPF45/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>> Acesso em: 22 jul. 2018.

¹⁰BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 01 de novembro de 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>> Acesso em: 26 jul. 2018.

que deve ser repellido, pois a inércia do Estado - além de gerar a erosão da própria consciência constitucional - qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança ilegítima da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário. Precedentes: RTJ 162/877-879, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO. O DESPREZO ESTATAL POR UMA CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA REVELA-SE INCOMPATÍVEL COM O SENTIMENTO CONSTITUCIONAL RESULTANTE DA VOLUNTÁRIA ADESÃO POPULAR À AUTORIDADE NORMATIVA DA LEI FUNDAMENTAL. - A violação negativa do texto constitucional, resultante da situação de inatividade do Poder Público - que deixa de cumprir ou se abstém de prestar o que lhe ordena a Lei Fundamental - representa, notadamente em tema de direitos e liberdades de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), um inaceitável processo de desrespeito à Constituição, o que deforma a vontade soberana do poder constituinte e que traduz conduta estatal incompatível com o valor ético-jurídico do sentimento constitucional, cuja prevalência, no âmbito da coletividade, revela-se fator capaz de atribuir, ao Estatuto Político, o necessário e indispensável coeficiente de legitimidade social¹¹.

Nesta direção, é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 9.9.2015. (ADPF- 347), que trata do ‘estado de coisas inconstitucional’, cujo objeto principal é o sistema prisional brasileiro.

Numa correlação entre dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, Ingo Wolfgang Sarlet¹² disserta que

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres

¹¹STF. ADI 1442 – DF / Rel. Min. CELSO DE MELLO / Publicação: DJ 29-04-2005 PP-00007.

¹²SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 62.

fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

A concretização dos direitos sociais tutelados pela Constituição deve preponderar em face da cláusula reserva do possível, notadamente quando se verifica a atual conjuntura do sistema prisional, totalmente violador dos direitos fundamentais mínimos e alheio ao que está previsto na Lei de Execuções Penais.

4 Do “estado de coisas inconstitucional” do sistema prisional

A situação carcerária nacional bateu às portas da Corte Suprema, sendo que, de modo diverso ao que vinha decidindo os Tribunais Estaduais, se fez uma ponderação entre a reserva do possível e mínimo existencial, e, diante da gravosa situação das penitenciárias e cadeias nacionais, entendeu-se que compete sim ao Poder Judiciário determinar políticas públicas, notadamente em face do “estado de coisas inconstitucional”.

O Supremo Tribunal Federal¹³ decidiu que havia lesões às escancaras dos preceitos constitucionais fundamentais, em face de ações e omissões do Poder Público, sendo que haveria necessidade de se dar solução a esta situação extrema.

Destarte, fez justificar sim a interferência do Poder Judiciário em políticas públicas a serem implementadas pelo Poder Executivo no sistema prisional. Nesta esteira, a Egrégia Corte Suprema definiu:

O Plenário concluiu o julgamento de medida cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental em que discutida a configuração do chamado ‘estado de coisas inconstitucional’ relativamente ao sistema penitenciário brasileiro. Nessa mesma ação, também se debate a adoção de providências estruturais com objetivo de sanar as lesões a preceitos fundamentais sofridas pelos presos em decorrência de ações e omissões dos Poderes da União, dos Estados-Membros e do Distrito Federal. No caso, alegava-se estar configurado o denominado, pela Corte Constitu-

¹³STF. ADPF 347 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 9.9.2015 (ADPF- 347).

cional da Colômbia, ‘estado de coisas inconstitucional’, diante da seguinte situação: violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura; transgressões a exigir a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades. Postulava-se o deferimento de liminar para que fosse determinado aos juízes e tribunais: a) que lançassem, em casos de decretação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não se aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no art. 319 do CPP; b) que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizassem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contadas do momento da prisão; c) que considerassem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de implemento de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; d) que estabelecessem, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo; e) que viessem a abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando reveladas as condições de cumprimento da pena mais severas do que as previstas na ordem jurídica em razão do quadro do sistema carcerário, preservando-se, assim, a proporcionalidade da sanção; e f) que se abatesse da pena o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica, de forma a compensar o ilícito estatal. Requeria-se, finalmente, que fosse determinado: g) ao CNJ que coordenasse mutirão carcerário a fim de revisar todos os processos de execução penal, em curso no País, que envolvessem a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas pleiteadas nas alíneas “e” e “f”; e h) à União que liberasse as verbas do Fundo Penitenciário Nacional - Funpen, se abstendo de realizar novos contingenciamentos.

In casu, elencam-se diversos problemas enfrentados na execução penal, os quais são vistos pessoalmente pelos Promotores de Justiça nas inspeções feitas nas unidades prisionais e nos processos de execução penal.

Infere-se uma incapacidade reiterada e persistente dos gestores quanto a mudanças na conjuntura de pessoal e estrutural das cadeias públicas e penitenciárias, o que traz à reflexão sobre a necessidade premente de as autoridades e sociedade civil agirem para, ao menos, minimizar os problemas atuais.

Contudo, o pleito de flexibilizarem-se as regras de execução penal, no sentido de se conceder benefícios, sob o argumento da violação de direitos fundamentais e do “estado inconstitucional de coisas” do sistema, não é a medida acertada. Pelo contrário, traz legitimação ao “caos”, a justificar benefícios na execução penal, em descompasso do que prevê a lei. Não se pode esquecer da função punitiva e ressocializadora da pena.

Nesta esteira, são os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci: “

Conforme o atual sistema normativo brasileiro, a pena não deixa de possuir todas as características expostas: é castigo + intimidação ou reafirmação do Direito Penal + recolhimento do agente infrator e ressocialização. O art. 59 do Código Penal menciona que o juiz deve fixar a pena de modo a ser necessária e suficiente para a *reprovação e prevenção* do crime”¹⁴.

Há que se fazer uma política pontual, levantando-se os problemas e demandas de cada Estado ou região no sistema prisional. É óbvio que algumas situações são mais gravosas e intensas em dadas locais se comparados com os outros.

A título de exemplo, entende-se que os mutirões carcerários devem ser realizados em Comarcas em que há número de presos e processos de execução penal considerável a justificar o ato.

O trabalho é importantíssimo, pois, nos mutirões, revisam-se os autos judiciais na presença do reeducando, Promotor de Justiça, Advogado ou Defensor Público e Juiz. Na ocasião, analisam-se cálculos de pena, com a conseqüente concessão de benefícios como a progressão de regime, livramento condicional, saída temporária, trabalho externo, indulto, remição, dentre outros. Também se homologa Procedimento Administrativo Disciplinar e aplicam-se as sanções decorrentes, como a alteração da

¹⁴NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 370.

data base de cumprimento de pena para fins de cálculo e benefícios futuros, decreta-se a perda de dias remidos e a regressão de regime de pena, dentre outros atos.

É também uma oportunidade para tomarem-se providências quanto ao encaminhamento médico e odontológico dos reeducandos e verificar eventuais abusos por parte dos agentes penitenciários e reclamações acerca da alimentação.

O mutirão carcerário não deixa de ser um ato de correição dos processos na presença do magistrado e das partes.

O contato direto do reeducando com os agentes processuais, de posse do feito de execução, realmente traz efetividade ao andamento dos autos.

Todavia, entende-se que os mutirões carcerários devem ser prioridade em comarcas com elevados índices de presos. Em comarcas menores, com diminuto número de reclusos, não se justifica, ainda mais quando os processos se encontram atualizados, com uma atuação efetiva das partes e juiz, que também faz as visitas periódicas nas cadeias públicas.

Destarte, por ser objeto da ADPF 347 MC/DF, entende-se a relevância do mutirão carcerário, no entanto há que se ponderar a sua necessidade para comarcas pontuais e não de forma genérica e ampla, para que não se torne um ato de mera estatística, sem resultado efetivo, ou seja, para se praticar atos de mero expediente.

Não se pode fazer mutirão tão somente para homologação de cálculo de pena, trabalho este de rotina das partes e do magistrado, pois a sua essência indica outras demandas de maior profundidade.

Ainda, ADPF 347 MC/DF, do Supremo Tribunal Federal acrescenta:

[...] O Plenário anotou que, no sistema prisional brasileiro, ocorreria violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. As penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios converter-se-iam em penas cruéis e desumanas. Nesse contexto, diversos dispositivos constitucionais (artigos 1º, III, 5º, III, XLVII, e, XLVIII, XLIX, LXXIV, e 6º), normas internacionais reconhecedoras dos direitos dos presos (o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanas e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos) e normas infraconstitucionais como a LEP e a LC 79/1994, que criara o Funpen, teriam sido transgredidas. Em relação ao Funpen, os recursos estariam sendo contingenciados pela União, o que

impediria a formulação de novas políticas públicas ou a melhoria das existentes e contribuiria para o agravamento do quadro. Destacou que a forte violação dos direitos fundamentais dos presos repercutiria além das respectivas situações subjetivas e produziria mais violência contra a própria sociedade. Os cárceres brasileiros, além de não servirem à ressocialização dos presos, fomentariam o aumento da criminalidade, pois transformariam pequenos delinquentes em ‘monstros do crime’. A prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública estaria nas altas taxas de reincidência. E o reincidente passaria a cometer crimes ainda mais graves. Consignou que a situação seria assustadora: dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos; fora deles, aumento da criminalidade e da insegurança social. Registrou que a responsabilidade por essa situação não poderia ser atribuída a um único e exclusivo poder, mas aos três — Legislativo, Executivo e Judiciário —, e não só os da União, como também os dos Estados-Membros e do Distrito Federal. Ponderou que haveria problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal. Além disso, faltaria coordenação institucional. A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representaria falha estrutural a gerar tanto a ofensa reiterada dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação. O Poder Judiciário também seria responsável, já que aproximadamente 41% dos presos estariam sob custódia provisória e pesquisas demonstrariam que, quando julgados, a maioria alcançaria a absolvição ou a condenação a penas alternativas. Ademais, a manutenção de elevado número de presos para além do tempo de pena fixado evidenciaria a inadequada assistência judiciária. A violação de direitos fundamentais alcançaria a transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial e justificaria a atuação mais assertiva do STF. Assim, caberia à Corte o papel de retirar os demais poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados. A intervenção judicial seria reclamada ante a incapacidade demonstrada pelas instituições legislativas e administrativas. Todavia, não se autorizaria o STF a substituir-se ao Legislativo e ao Executivo na consecução de tarefas próprias. O Tribunal deveria superar bloqueios políticos e institucionais sem afastar

esses poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias. Deveria agir em diálogo com os outros poderes e com a sociedade. Não lhe incumbira, no entanto, definir o conteúdo próprio dessas políticas, os detalhes dos meios a serem empregados. Em vez de desprezar as capacidades institucionais dos outros poderes, deveria coordená-las, a fim de afastar o estado de inércia e deficiência estatal permanente. Não se trataria de substituição aos demais poderes, e sim de oferecimento de incentivos, parâmetros e objetivos indispensáveis à atuação de cada qual, deixando-lhes o estabelecimento das minúcias para se alcançar o equilíbrio entre respostas efetivas às violações de direitos e as limitações institucionais reveladas. O Tribunal, no que se refere às alíneas ‘a’, ‘c’ e ‘d’, ponderou se tratar de pedidos que traduziriam mandamentos legais já impostos aos juízes. As medidas poderiam ser positivas como reforço ou incentivo, mas, no caso da alínea ‘a’, por exemplo, a inserção desse capítulo nas decisões representaria medida genérica e não necessariamente capaz de permitir a análise do caso concreto. Como resultado, aumentaria o número de reclamações dirigidas ao STF. Seria mais recomendável atuar na formação do magistrado, para reduzir a cultura do encarceramento. No tocante à cautelar de ofício proposta pelo Ministro Roberto Barroso, o Colegiado frisou que o Estado de São Paulo, apesar de conter o maior número de presos atualmente, não teria fornecido informações a respeito da situação carcerária na unidade federada. De toda forma, seria imprescindível um panorama nacional sobre o assunto, para que a Corte tivesse elementos para construir uma solução para o problema”.

Depreende-se do julgado supra que o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu que, no sistema prisional brasileiro, ocorre a violação generalizada de direitos fundamentais dos presos, no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica, aduzindo-se que as penas, nas condições atuais, são cruéis e desumanas.

Pergunta-se: diante de toda esta problemática, quais medidas concretas devem ser desenvolvidas pelas autoridades e sociedade civil para a implementação de melhorias no sistema prisional?

Dentre várias providências a serem adotadas, considerando-se a criatividade de ideias e boas intenções de todos os envolvidos na execução penal e, levando-se em consideração a inércia do Estado, na consecução

ção de políticas públicas, entende-se como plausível a implementação de convênios com empresas privadas e o Poder Público, sem excluir outras iniciativas.

5 Dos convênios com empresas e o poder público: medidas imprescindíveis à ressocialização

Aqueles que se acham custodiados pelo Estado não devem ter sua dignidade comprometida, cabendo ao Poder Público a efetivação dos direitos constitucionalmente previstos em relação a eles. Ocorre que não está havendo efetividade na gestão do sistema prisional, sendo necessárias outras alternativas para a melhoria das condições da execução penal.

A prisão é uma exigência amarga, mas imprescindível. A história da prisão não é a de sua progressiva abolição, mas a de sua reforma. A prisão é concebida modernamente como um mal necessário, sem esquecer que as mesmas guardam, em sua essência, contradições insolúveis¹⁵.

São diversos os problemas assistidos no sistema prisional, todavia não se olvida que o trabalho realmente dignifica o homem, sendo que o ócio nunca foi e nem vai ser uma medida ressocializadora.

Há que se fomentar pelos órgãos de execução do Ministério Público políticas públicas por meio de recomendações, reuniões, audiências públicas, propostas legislativas, etc., a fim de darem-se postos de trabalho aos reeducandos, notadamente do regime fechado, de forma a atender a função ressocializadora da pena.

A previsão do trabalho do preso está prevista no art. 31 supra 36 e seguintes da Lei de Execuções Penais, disposições estas atinentes ao labor interno e externo.

O trabalho do preso deverá ser remunerado em, no mínimo, $\frac{3}{4}$ (três quartos) do salário mínimo vigente, sendo que sua jornada de trabalho interno não será inferior a seis, nem superior a oito horas, com descanso nos domingos e feriados.

O trabalho externo é admissível para os presos em regime fechado somente em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da administração direta ou indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina, sendo que a remição é de um dia de pena para cada três dias de trabalho.

A prestação de trabalho externo, a ser autorizada pela direção do estabelecimento, dependerá de aptidão, disciplina e responsabilidade, além do cumprimento mínimo de $\frac{1}{6}$ (um sexto) da pena.

¹⁵BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2011, p.505.

O trabalho externo do preso será revogado àquele que vier a praticar fato definido como crime, for punido por falta grave, ou tiver comportamento contrário aos requisitos estabelecidos.

Consoante a Súmula 40 do Superior Tribunal de Justiça¹⁶, para a obtenção dos benefícios de saída temporária e trabalho externo, considera-se o tempo de cumprimento de pena no regime fechado, parâmetro este que concerne a 1/6 (um sexto) da pena.

O artigo 34 da Lei de Execução Penal prevê que o trabalho poderá ser gerenciado por fundação, ou empresa pública, com autonomia administrativa, e terá por objetivo a formação profissional do condenado, sendo que, nesta hipótese, incumbirá à entidade gerenciadora promover e supervisionar a produção, com critérios e métodos empresariais, encarregar-se de sua comercialização, bem como suportar despesas, inclusive pagamento de remuneração adequada.

Acrescenta o dispositivo supra que os governos federal, estadual e municipal poderão celebrar convênio com a iniciativa privada, para implantação de oficinas de trabalho referentes a setores de apoio dos presídios.

É certo que não se vê uma política mais efetiva no sentido de se trazer o trabalho para dentro das unidades prisionais, devendo-se fomentar ações neste sentido.

A título de exemplo, há um projeto modelo no Município de Lucas do Rio Verde-MT, em que se firmou parceria/convênio com a Fundação Nova Chance para a inserção dos recuperandos no Complexo Municipal Industrial de Produção de Artefatos de cimento Vida Nova, com apoio da Secretaria de Justiça e Direitos Humanos (Sejudh/MT), do Poder Judiciário, Ministério Público, do Conselho da Comunidade e da sociedade.

O projeto consiste em uma fábrica de artefatos que conta com mão de obra de recuperandos, tendo surgido através de uma parceria entre a Prefeitura de Lucas do Rio Verde e a Fundação Nova Chance. O Complexo possui uma área de 300 m² e recebeu o nome de Espaço de Trabalho e Produção Vida Nova. No local são fabricados “pavers”, blocos e tubos¹⁷.

Tem-se que tal ação é um divisor de águas na ressocialização dos reeducandos. O mal que um dia causaram à sociedade é compensado com a produção de artefatos para a melhora do urbanismo da cidade, o que já é perceptível. Ademais, a contraprestação pecuniária paga pelo município

¹⁶Disponível em: <www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2018.

¹⁷Disponível em: <<http://www.lucasdorioverde.mt.gov.br/portal/noticia/noticia.php?cod=4089>>. Acesso em: 28 jul. 2018.

permite aos recuperandos poupar recursos financeiros para o recomeço de suas vidas fora da prisão.

Para as empresas e o Poder Público, os convênios a firmarem-se com as respectivas Secretarias de Justiça Estaduais, gestoras das unidades prisionais do Estado, é medida por demais vantajosa, uma vez que, para os reeducandos, propiciará um ofício, com as vantagens da ressocialização e fim do ócio e, para as empresas ou o Poder Público, a produtividade por meio de mão de obra barata, sem maiores encargos de cunho trabalhista ou previdenciário. Veja que a remuneração do preso, com previsão na lei, concerne a $\frac{3}{4}$ (três quartos) do salário mínimo vigente.

E quem mais ganha com tais iniciativas é a própria sociedade, ante a redução considerável do número de reincidência dos reeducandos que estão inseridos neste sistema de ressocialização, que saem de lá com um ofício definido, e não com a mentalidade deturpada para a prática de novos delitos.

O precursor do Complexo Municipal Industrial foi o prefeito, à época, de Lucas do Rio Verde-MT, Luiz Binotti, que acreditou na produção de artefatos de cimento “Vida Nova”, que fica em anexo ao presídio. O projeto teve início no ano de 2014, e o objetivo é ocupar os presos, com atividades socioeducativas e profissionalizantes, que permitam uma futura reinserção social. Aproximadamente duzentos homens cumprem pena na Cadeia Pública do município. Boa parte dos reeducandos trabalham na produção de blocos de concreto utilizados nas calçadas (“pavers”), blocos estruturais e tubos para drenagem de esgotos sanitários que são utilizados nas obras públicas¹⁸.

São essas iniciativas que devem ser replicadas no nosso sistema prisional nacional. Bons modelos devem sim ser copiados.

Os membros dos Ministérios Públicos precisam incitar projetos neste sentido, fomentado junto ao Poder Público e particulares tais iniciativas, para fazer valer o disposto no art. 34 da Lei de Execuções Penais e a contribuir para a extinção do “estado de coisas inconstitucional” do sistema prisional. Maiores detalhes sobre o projeto desenvolvido em Lucas do Rio Verde-MT podem ser encontrados no sítio eletrônico do *youtube*¹⁹.

¹⁸Disponível em: <<http://www.sorriso.mt.leg.br/noticia/index/vereador-e-secretarios-visitam-fabrica-de-artefatos-de-cimento-em-presidio-de-lucas-do-rio-verde-/1717>>. Acesso em: 28 jul. 2018.

¹⁹Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=hhDFDM74ZkI>; <<https://www.youtube.com/watch?v=A70pVPyAbCk>> Acesso em 28 jul. 2018.

6 Considerações finais

O “estado de coisas inconstitucional” no sistema prisional é o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca das condições de infraestrutura e de pessoal nas cadeias e penitenciárias brasileiras.

É uma situação degradante e desumana, manifestada na superlotação e desrespeito a condições mínimas de dignidade humana, que nos remetem às celas medievais. O ócio dos presos é manifestado numa escola do crime, sendo que, quando retornam ao convívio social, praticam delitos mais graves, implicando a reincidência.

O momento é de reflexão e de fomento pelos Membros do Ministério Público de medidas junto à sociedade, poderes Executivo e Legislativo, de políticas voltadas à melhoria do sistema prisional, notadamente visando à ressocialização dos recuperandos por meio do labor.

Dentre várias outras medidas, o trabalho é o caminho para, ao menos, minimizarem-se os problemas do sistema prisional, pois, como fala o ditado popular, ele ainda dignifica o homem.

Iniciativas pontuais, como o exemplo do convênio firmado entre uma fundação de atenção aos recuperandos e o Município de Lucas do Rio Verde-MT, tem dado certo. E são esses modelos que, dentre muitos outros, devem ser copiados e replicados nas demais comarcas do país, ainda que seja um “trabalho de formiga”.

É o momento de trazer consciência à sociedade civil de que o problema prisional não é só do Estado, mas sim de todos, uma vez que os presos, um dia, voltam ao convívio social, não podendo as cadeias serem escolas do crime, mas sim centros de recuperação.

Deve haver uma mudança de mentalidade e conscientização de que o preso que está inserido num sistema eficaz de ressocialização traz benefícios imensos à sociedade, uma vez que, um dia, voltará ao convívio com a população, no caso, com um trabalho definido, sem pensar em reincidir em práticas delitivas. Essas iniciativas fazem com que a reincidência diminua consideravelmente, o que contribui para a segurança pública e uma sociedade ordeira e de paz.

O recuperando, quando sair do sistema, deve estar apto ao convívio social e inserido num trabalho digno, para que siga sua vida honestamente e tenha o crime como um passado remoto e superado para uma nova jornada de paz e honestidade.

Referências

ATOS NORMATIVOS. Disponível em: <www.cnj.jus.br/atos-normativos>. Acesso em: 27 jul. 2018.

BARCELLOS, Ana Paula de. *O mínimo existencial e algumas fundamentações*. In: RAWLS, John; WALZER, Michael; ALEXY, Robert. *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 01 de novembro de 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em: 26 jul. 2018.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2011.

CNMP. Resolução nº 56/2010. Disponível em: <www.cnmp.mp.br/portal/images/resolucao>. Acesso em: 26 jul. 2018.

DISPONÍVEL EM: <Planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210>.

DISPONÍVEL EM. <Stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf>.

LEI Nº 7.210/1984. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210_compilado.htm>. Acesso em: 27 jul. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

RESOLUÇÃO Nº 56/2010. Disponível em: <www.cnmp.mp.br/portal/images/resolucao>. Acesso em: 25 jul. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STF. ADI 1442 – DF / Rel. Min. CELSO DE MELLO / Publicação: DJ 29-04-2005 PP-00007.

_____. ADFP 347 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 9.9.2015 (ADPF-347).

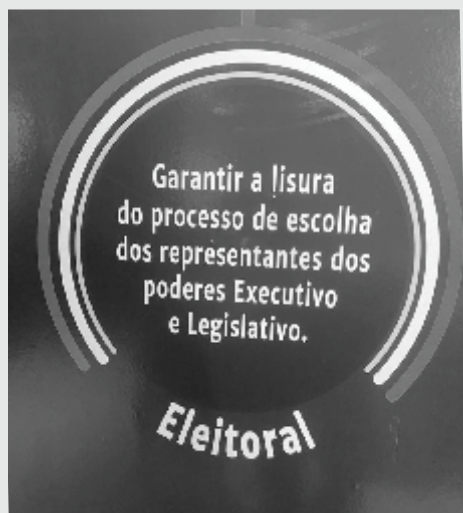
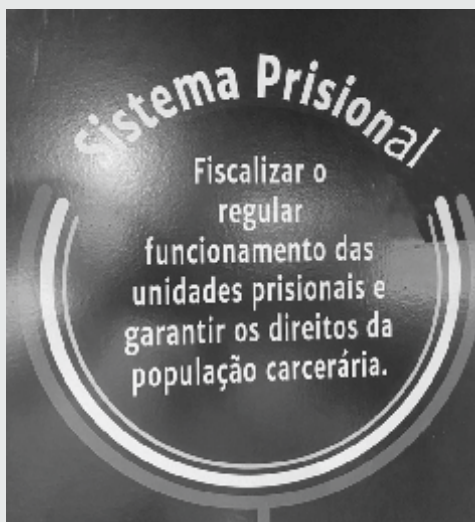
_____.ADPF45/2004.Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 22 jul. 2018.

TJMG. 107180800357170011 MG 1.0718.08.003571-7/001(1) (TJ-MG). Data de publicação: 02/10/2009. TJRO. Apelação n. 0009724-72.2010.822.0007. Relator do Acórdão Juiz José Augusto Alves Martins. Data de julgamento: 23/05/2014. Disponível em: <<https://www.tjro.jus.br/apsg/pages/DetalhesProcesso.xhtml>.> Acesso em: 26 jul. 2018.

_____. Os Direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). Vinte Anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

3 PROCESSO CIVIL E PROCESSO CRIMINAL



Áreas de Atuação do Ministério Público do Estado da Paraíba
(Acervo do Memorial do MPPB)

A CONCILIAÇÃO E A MEDIAÇÃO À LUZ DO NOVO CPC COMO MEIOS EQUIVALENTES JURISDICIONAIS

João Irene da Silva Neto
Acadêmico de Direito

Luara Cristina dos Santos Reis
Assessora Jurídica

Resumo

O presente estudo visa a apresentar as mudanças que o Novo Código de Processo Civil trouxe para a mediação e a conciliação, bem como apresentar os motivos e os impactos de tais mudanças, e a importância das medidas alternativas de resolução de conflito para a harmonia social. Além disso, será realizada a diferenciação de mediação e conciliação, analisando os aspectos gerais destas. A revisão bibliográfica foi baseada no estudo da doutrina, da legislação e de artigos científicos relacionados ao tema. Por fim, será possível concluir que a conciliação e a mediação são importantes ganhos para a sociedade como um todo, uma vez que possibilitam uma resolução célere, consensual e pacífica de conflitos sociais, além de aumentar a eficácia do Poder Judiciário e, principalmente, de garantir o acesso à Justiça, sendo não meras alternativas de resolução de conflitos, mas meios essenciais e com a mesma importância das decisões judiciais.

Palavras-Chave: Mediação. Conciliação. Justiça.

Abstract

This essay aims to present the changes that the New Code of Civil Procedure brought to mediation and conciliation, as well as to present the reasons and impacts of such changes, and the importance of alternative conflict resolution measures for harmony social. In addition, differentiation of mandatory and conciliation will be carried out, analyzing the general aspects of these. The bibliographic review was based on the study of doctrine, legislation and scientific articles related to the subject. Finally, it will be possible to conclude that the conciliation and mandatory are important gains for the society as a whole, since they make possible a quick, consensual and peaceful resolution of social conflicts, besides increasing the effectiveness of the Judiciary Branch and, mainly, to guarantee Access to justice.

Keywords: Mediation. Conciliation. Justice.

1 Introdução

Os meios consensuais de resolução de conflitos têm trazido grande debate entre juristas e acadêmicos, sobretudo após o incentivo enraizado no Novo Código

de Processo Civil, pois, conforme cita Vilanova Júnior, “tais meios estão agora integrados ao próprio procedimento judicial, buscando, a todo o momento, a autocomposição das partes, visto como meio mais ‘efetivo’ de solução da lide”¹.

Não é novidade a crise burocrática que marca o Judiciário brasileiro², motivada pelo excesso de demandas que, por sua vez, demoram anos para serem resolvidas. A mediação e a conciliação, dentro desse contexto, apareceram, não apenas como uma forma de desafogar o Poder Judiciário, mas, sobretudo, de trazer soluções mais eficazes e mais satisfatórias aos jurisdicionados.

Ao possibilitar que os jurisdicionados resolvam seu conflito de modo consensual, o Judiciário se incumbem de resolver apenas aquelas lides mais complexas, o que o tornaria mais ágil e, ao mesmo tempo, iria livrar as partes do cansaço físico e psicológico que um processo judicial pode provocar, e evita que apenas uma das partes saia satisfeita, uma vez que, na mediação e na conciliação, existe a possibilidade de que ambas as partes possam ter seus interesses satisfeitos.

A Lei 13.105/15 apresentou inovações que complementam tanto a Lei de Mediação como a Lei de Juizados Especiais que, em tempos outros, trouxeram uma nova perspectiva para o Judiciário, uma vez que tais leis possibilitaram à sociedade um acesso mais rápido e eficiente à Justiça, que é um direito constitucional positivado³.

Oportuno dizer que as soluções pacíficas de conflitos trazem ganhos sobretudo aos jurisdicionados, mas também ao Poder Judiciário, pois, com o estímulo e a efetiva prática das formas consensuais de solução de conflitos, a ideia brasileira de que só o Poder Judiciário pode solucionar controvérsias será mudada⁴.

Conforme a doutrina moderna, representada por Figueira Júnior, os meios consensuais de resolução de conflitos não podem ser considerados meras alternativas, mas, sim, equivalentes jurisdicionais, inclusive de caráter essencial, já que substituem a decisão de um juiz togado e sendo, inclusive, mais verdadeiramente pacificadora⁵.

¹PEDRO JÚNIOR, de Alcântara Ribeiro Vilanova. Os métodos integrativos de resolução de conflitos sob a égide do novo Código de Processo Civil. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5490, 13 jul. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/65845>>. Acesso em: 5 ago. 2018.

²PEDROSA, Valtércio. A lentidão do Judiciário brasileiro. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 749, 23 jul. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7039>>. Acesso em: 5 ago. 2018.

³CF/ 88: Artigo 5º, XXXV- "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

⁴TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Juizados especiais cíveis e criminais: comentários à Lei 9099/95*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 66.

⁵Op. cit p. 66.

2 As formas alternativas de resolução de conflitos

As formas alternativas de resolução de conflitos ou “*Alternative Dispute Resolutions*”⁶ surgem como expedientes não judiciais e/ou não adversários, na qualidade de equivalentes jurisdicionais e não somente alternativas, pois é através das soluções consensuais que se garantem o acesso à jurisdição de forma mais ampla, por meio da disponibilidade dos meios de pacificação social, que não apenas o acesso aos órgãos listados no artigo 92 da Constituição Federal de 1988.

Interessante destacar que sentença de mérito, proferida pelo magistrado põe fim apenas a lide no campo jurídico, mas não extingue o conflito no plano social; é dizer, a sentença é um ato típico de império, pois nada mais é do que a imposição da ordem judicial aos litigantes, além do mais, o interesse a ser satisfeito só é efetivado após o esgotamento de recursos e do trânsito em julgado⁷.

Já o acordo, oriundo das técnicas de solução consensual de conflitos, é uma aceitação mútua a respeito da lide entre as partes, que fortalece a pacificação social, resolvendo a lide e o conflito intersubjetivo, pois ambas as partes dialogam e juntas chegam a um melhor resultado, ainda que seja necessário fazer concessões.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, fortalece-se o incentivo em torno dos meios de resolução de conflitos, sobretudo sobre as técnicas da mediação e da conciliação⁸.

3 A conciliação e a mediação

A conciliação e a mediação têm algumas semelhanças, pois são espécies do gênero de autocomposição, onde existe a atuação de um terceiro, todavia, são as partes, em acordo, que solucionarão o conflito. No entanto, existem diferenças entre estes institutos, que foram delineadas no artigo 165, §2º e §3º do Novo Códex Processual.

Basicamente, a conciliação é apontada para aqueles conflitos nos

⁶Expressão utilizada por Figueira Júnior em “FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Arbitragem, jurisdição e execução. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, itens 8 e 9, p. 113-121.

⁷TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Juízados especiais cíveis e criminais: comentários à Lei 9099/95*. 8. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

⁸PACHECO, Rodrigo da Paixão. Desjudicialização: conciliação e mediação no novo Código de Processo Civil. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5503, 26 jul. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/67836>>. Acesso em: 4 ago. 2018.

quais as partes não têm um vínculo prévio⁹, por exemplo, pessoas que se envolvem em uma batida de carro. Já na mediação, as partes possuem um vínculo¹⁰, mas com um canal de comunicação prejudicado, o que ocorre, por exemplo, em uma relação de família.

Na conciliação, um terceiro imparcial é chamado a mediar o conflito, mas aproximando as partes, controlando as negociações e apontando vantagens e desvantagens, sem constranger ou intimidá-las.

O conciliador tem uma influência maior que o mediador, pois este último não interfere no acordo, apenas dá orientações para que as próprias partes possam compreender a situação, enquanto o primeiro não só orienta como opina, sugerindo soluções e conduz a resolução do conflito, obviamente, sem gerar constrangimentos ou imposições.

Conforme reza a doutrina de Tourinho Filho e Figueira Júnior (2017), a mediação, seja ela extrajudicial ou judicial, propicia aos contendores o encontro, por eles mesmos, sob a condução de um mediador, da solução amigável da controvérsia. O mediador promove o diálogo entre os litigantes para que estes juntos encontrem a solução e ponham o fim ao litígio.

Insta dizer ainda que na mediação o acordo é apenas uma possibilidade, pois o objetivo principal não é alcançar uma solução, mas que o mediador consiga esclarecer a situação conflituosa, para que, diminuída a sua complexidade, as partes possam decidir sozinhas. Por outro lado, na conciliação o propósito é que as partes, de fato, entrem em um consenso, ainda que estas necessitem realizar concessões.

4 Princípios da conciliação e da mediação

Os princípios processuais dos meios resolutivos de conflitos intersubjetivos estão descritos no artigo 166 do Código de Processo Civil vigente¹¹.

Inicialmente, cita-se a independência como princípio que rege os instrumentos alternativos de conflitos, já que tanto os conciliadores como os mediadores podem atuar de forma livre, pois não estão subordinados, nem serão pressionados, por partes, juízes ou advogados.

⁹CPC/15: Artigo 165, §2º

¹⁰CPC/15: Artigo 165, §3º

¹¹CORREA, Almira Luiza Borba; FERREIRA, Luise Bianca Lopes Ferreira. Acesso à Justiça. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5514, 6 ago. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/63601>>. Acesso em: 6 ago. 2018.

Em seguida, cita-se a imparcialidade. Este princípio, comum aos magistrados, garante às partes que tenham um acordo justo, uma vez que o conciliador ou o mediador não tomará partido por nenhum dos litigantes.

Cita-se também autonomia da vontade, a qual reza que o profissional que atua nos métodos alternativos de solução de controvérsias não pode impor nada às partes, apenas as orienta e dá sugestões, permitindo-lhes que decidam a solução por si próprias.

Tem-se ainda a confidencialidade, garantindo que as informações colhidas pelo conciliador ou mediador não serão utilizadas para outros fins, que não os processuais.

Na mediação e na via conciliatória, o diálogo é um elemento muito importante e a ferramenta principal desses institutos, por isso o princípio da oralidade deve ser obedecido. Além disso, a economicidade e a celeridade também convergem para o procedimento oral.

Ademais, as formas de gestão de solução de conflitos têm muita influência da informalidade, o que possibilita um procedimento mais facilitado, mais confortável às partes e menos estressante, longe do rito burocrático.

5 As mudanças trazidas pelo Novo Código de Processo Civil

Sabe-se que, em dispositivos processuais passados, não havia um estímulo à autocomposição, no entanto o Código de Processo Civil hodierno, pautado na teoria constitucionalista do processo¹², adequou-se à realidade social vigente, a qual repudia a burocratização da atuação estatal, seja ela em qualquer esfera.

Por isso, tentando sintonizar o princípio constitucional do acesso à Justiça¹³ ao princípio da inafastabilidade jurisdicional, o Código Processual¹⁴ preceitua *in verbis*:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

¹² Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 1 jun. 2017.

¹³ Artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm>. Acesso em: 1 jun. 2017.

¹⁴ BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 1 jun. 2017.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Da leitura do artigo supra, vislumbra-se que, de um lado, existe a garantia da tutela jurisdicional, a qual possibilita que o Estado decida, reconheça e assegure um direito. Do outro, temos o incentivo a outras formas de estabilização da paz social que não a jurisdicional.

Mais que um incentivo, o diploma processual constitui um dever aos juízes, advogados, defensores e membros do *Parquet*, para que estes estimulem a solução consensual, atingindo a celeridade e efetividade do processo e, também, o descongestionamento do Judiciário.

Até mesmo no Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, é estabelecido como dever do advogado estimular a conciliação entre os litigantes¹⁵, sem que isso lhe retire o direito aos seus honorários.

Deflui-se do artigo 149 do Novo Diploma Processual que o conciliador e o mediador são auxiliares da Justiça. No artigo 165, o Código prevê a criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos, nos quais serão realizadas as audiências de conciliação e mediação. Nesse mesmo artigo, nos parágrafos 2º e 3º, o legislador diferenciou a mediação da conciliação¹⁶. Em seguida, no artigo 166, estão descritos os princípios da conciliação e da mediação.

Por sua vez, o artigo 167 estabelece que os profissionais da Conciliação e da Mediação terão cadastros e registros, ou seja, terão sua formação regulamentada. No parágrafo 5º do referido artigo, impede-se a prática da advocacia pelos mediadores e conciliadores; além disso, o §6º possibilita que o Tribunal possa fazer seu próprio quadro de profissionais, através de concurso de provas e títulos.

O artigo 168 estipula que as partes podem escolher, de forma consensual, uma pessoa para gerir o acordo, sem que esta esteja cadastrada no

¹⁵ BRASIL. Código de Ética e Disciplina da OAB. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 7 ago. 2018.

¹⁶ Artigo 165 do CPC: § 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. § 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 1 jun. 2017.

Tribunal. O artigo 169 trata da remuneração, explicando também a situação do voluntário e do servidor que exercem tal função.

Em caso de impedimento, o mediador ou o conciliador deverá comunicá-lo, imediatamente, (de preferência por meio eletrônico), devolvendo-se os autos do procedimento ao juiz ou ao coordenador do CEJUSC e, se – no caso de a causa do impedimento ser apurada durante o processo – a atividade será interrompida, lavra-se um relatório em ata, sendo realizada nova distribuição.

Destaca-se ainda que tanto os conciliadores quanto os mediadores não podem assegurar, no prazo de um ano, as partes, assim como agir com dolo ou culpa no exercício do acordo sob sua responsabilidade e atuar em procedimento que seja impedido ou suspeito.

O Novo Código introduziu uma fase inicial ao processo, representada no artigo 319, VII e o artigo 334 e parágrafos, em que se indica a audiência para a via consensual, que somente não acontecerá caso o autor da ação declare, expressamente, que não deseja se submeter aos acordos consensuais e, simultaneamente, é preciso que todos os réus também não optem por tal medida.

Nos termos do artigo 334, parágrafo 8º, se qualquer das partes não comparecer à audiência – de forma injustificada – a elas será cobrada uma multa de 2% do valor da causa ou do valor econômico pretendido (que será destinado à União ou ao Estado), além desta conduta ser considerada ato atentatório à dignidade da justiça.

No artigo 334, disciplina-se que a audiência de conciliação ou de mediação poderá ocorrer por meio eletrônico e, no parágrafo 2º, há a autorização para que a audiência ocorra em mais de uma ocasião, em um limite de 2 (dois) meses.

A última regra do artigo 334 impõe que a audiência deverá ocorrer em um intervalo mínimo de vinte minutos entre uma e outra. O prazo para contestar a ação só contará a partir da última sessão de conciliação ou mediação ou de seu cancelamento, como prever o artigo 335, I e II do Diploma Processual.

Ocorrido o acordo, a audiência será reduzida a termo e homologada por sentença, constituindo assim um título executivo extrajudicial, como narra o artigo 515, inciso II, do Código.

As ações de família, por tratarem daquilo que é a base da sociedade contemporânea¹⁷, também devem ser desenvolvidas sob a ótica do diálogo, o artigo 694 recomenda a solução consensual, inclusive incentivando a mediação extrajudicial e, em respeito ao art. 695 e parágrafos, o mandado de

¹⁷CF/88: Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

citação envolverá apenas as informações para audiência de conciliação ou mediação e não constará petição inicial.

Vale dizer que, nas ações de família, as técnicas consensuais são muito valorizadas, por conta do papel construtivo que acabam realizando, evitando que os laços se destruam, pois todos os esforços são para o recomeço da comunicação entre as partes. Para tanto, pode ser necessária a atuação de profissionais de outras áreas, para ajudarem o mediador na solução conflituosa.

Destarte, o artigo 695 combinado com o 696 “abrem mão” das tutelas de urgência – ou, pelo menos, veem a possibilidade – para que as partes possam realizar quantas audiências de mediação acharem necessárias.

6 Os métodos de resolução consensual e a pacificação social

Na exposição de motivos¹⁸ do Novo Código, ficou bem clara a intenção do legislador em transformar o processo em instrumento social, principalmente ao incentivar a solução pacífica dos conflitos.

A satisfação das partes se torna mais efetiva quando a solução é criada pelas partes, de acordo com o consenso destas, de maneira colaborativa e sem conflitos, em que ambas ganham, ao invés de uma ceder o direito a outra por meio de uma decisão imposta.

A mediação, por exemplo, pode proporcionar a manutenção das relações, pois, em regra, as partes têm a intenção de preservar os relacionamentos que só se desestabilizaram por conta de determinado conflito de interesses.

O ordenamento jurídico brasileiro só tem a ganhar com as soluções de prevenção de litígios, não só pela economicidade e celeridade, mas também pela privacidade, facilidade de comunicação e a criação, na Justiça, de um espaço corporativo.

Além de tudo, a expressão “ meios alternativos de solução de conflitos” se torna antiquada¹⁹, devendo ser substituída por “meios adequados de solução de conflitos”, pois para cada controvérsia se

¹⁸(...) 2) Pretendeu-se converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação.[21] Entendeu-se que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz. Como regra, deve realizar-se audiência em que, ainda antes de ser apresentada contestação, se tentará fazer com que autor e réu cheguem a acordo. Dessa audiência, poderão participar conciliador e mediador e o réu deve comparecer, sob pena de se qualificar sua ausência injustificada como ato atentatório à dignidade da justiça. Não se chegando a acordo, terá início o prazo para a contestação. (...) (Código de Processo civil e Normas correlatas, 2015. p.33. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/512422>>. Acesso em: 6 jul. 2018.

¹⁹CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. *Teoria e prática do direito comparado e desenvolvimento: Estados Unidos x Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. p. 88.

vislumbra uma medida diferente, ora a mediação, ora a conciliação, ora a arbitragem e assim por diante.

7 Conclusão

Por tudo o que foi exposto, entende-se que há a necessidade de mais incentivo às gestões consensuais de conflitos, para que, em um futuro próximo, as pessoas só procurem a tutela jurisdicional quando a conciliação ou a mediação tiverem suas tentativas frustradas.

Não bastassem todos as contribuições listadas retro, a via consensual gera um empoderamento das partes, outrora dependentes do Estado/Juiz para resolverem seus conflitos e agora podendo chegar à solução, sozinhas e através de acordos com benefícios mútuos, sem a visão comum de vencido e vencedor.

Importante salientar que o alívio nos armários do Judiciário não é o principal objetivo das medidas alternativas de resolução, e, sim, a pacificação social através do diálogo, sendo a amenização da crise burocrática da justiça, apenas uma consequência dessa política de diálogo.

Mais que promover os acordos consensuais, é preciso capacitar pessoas para que estejam habilitadas e comprometidas com as soluções de controvérsias aqui estudadas, bem como uma estruturação do Judiciário, não só com a preparação dos servidores, mas também com espaços físicos adequados. Além disso, cabe ao legislador criar leis que melhor regulamentem essas técnicas resolutivas.

Para que as mudanças promovidas pelo novo Códex processual sejam efetivadas, é preciso uma mudança conjunta da sociedade e do Estado, pois só assim o acesso à justiça e a amenização dos litígios processuais serão possíveis.

Referências

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF*. 3 ed. Brasília: AGU/CGU, 2012.

BRASIL. *Código de ética e disciplina da OAB*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 07 ago. 2018.

_____. *Código de processo civil e normas correlatas*. 7. ed. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010*. Brasília-DF, Publ. DJe n. 219/2010, pp. 2-14.

_____. *Lei 13.105 de 16 de março de 2015*. Institui o Código de processo civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 1 jun. 2017

_____. *Lei 13.140, de 26 de junho de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 1 Jun. 2017.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. *Teoria e prática do direito comparado e desenvolvimento: Estados Unidos x Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

CORREA, Almira Luiza Borba; FERREIRA, Luise Bianca Lopes Ferreira. Acesso à Justiça. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5514, 6 ago. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/63601>>. Acesso em: 6 ago. 2018.

COSTA, Helena Dias Leão. *Distinções entre os meios autocompositivos: mediação, conciliação e negociação*. Conceito de Arbitragem. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 2014.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, v. I, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*.

5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

ENAM – Escola Nacional de Mediação e Conciliação (org). *Manual de mediação de conflitos para advogados*, escrito por Advogados. Brasília: Ministério da Justiça, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça Conciliativa In: *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, ano II, n. 5, pp. 22-27, 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Método, 2015.

OAB/RS, ESA. *Novo código de processo civil* anotado. Porto Alegre. Rio Grande do Sul, 2015.

PACHECO, Rodrigo da Paixão. Desjudicialização: conciliação e mediação no novo Código de Processo Civil. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5503, 26 jul. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/67836>>. Acesso em: 4 ago. 2018.

PEDROSA, Valtércio. A lentidão do Judiciário brasileiro. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 749, 23 jul. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7039>>. Acesso em: 5 ago. 2018.

REIS, Luara Cristina Santos. A teoria constitucionalista do processo. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4403, 22 jul. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/40779>>. Acesso em: 28 maio 2017.

ROMANO, Rogério Tadeu. O novo CPC e a conciliação como título executivo judicial. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4821, 12 set. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/51059>>. Acesso em: 28 maio 2017

RUIZ, Ivan Aparecido. A mediação e o direito de família. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 6, p. 90, jul./set. 2005.

SOUSA, Lília Almeida. A utilização da mediação de conflitos no processo judicial. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 568, 26 jan. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6199>>. Acesso em: 28

maio 2017.

SALES, Lília Maia de Moraes. A mediação de conflitos e a pacificação social. In: *Estudos sobre mediação e arbitragem*. Lília Maia de Moraes Sales (Org.). Rio, São Paulo, Fortaleza: ABC, 2007.

SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2. ed. São Paulo: Método, 2015.

_____. Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos. In: *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*. Org.: Freire, Alexandre; Medina, José Miguel Garcia; Didier Jr, Fredie; Dantas, Bruno; Nunes, Dierle; Miranda de Oliveira, Pedro (no prelo). Disponível em: < www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora >. Acesso em: 1 jun. 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Juizados especiais cíveis e criminais: comentários à Lei 9099/95*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MÉTODOS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS: ASPECTOS GERAIS DA ATUAÇÃO DO MEDIADOR SOB O ENFOQUE HUMANISTA

Jaianny Saionara Macena de Araújo
Advogada

Leonam Amitaf Ferreira Pinto de Albuquerque
Licenciatura em Psicologia

Resumo

Os métodos extrajudiciais de solução de controvérsias constituem tentativa eficiente de garantir e humanizar o direito do cidadão ao efetivo acesso à justiça. Proporcionam ao Poder Judiciário múltiplas portas em razão de seu caráter dialógico, humanizado, menos técnico e burocrático. Sob esses aspectos, o presente trabalho tem por objetivo apresentar a metodologia humanista de resolução de conflitos como meio de compreensão e solução de litígios, fundamentada em conhecimentos interdisciplinares e nos pressupostos teóricos do pensamento humanista e da Abordagem Centrada na Pessoa, de Carl Rogers. O método de abordagem utilizado foi o dedutivo, tendo em vista que se partiu da pressuposição mais ampla de efetivação da dignidade humana dos sujeitos envolvidos no embate submetido à resolução, utilizando-se de um procedimento célere e desburocratizado, o que fundamentou a atuação do facilitador e a regulação estatal. Para o levantamento dos dados, foi utilizada a técnica de pesquisa da documentação indireta, manejada pela pesquisa bibliográfica, para a formação do referencial teórico a ser empregado na construção de toda a investigação, bem como pela pesquisa documental com a coleta de dados em textos legais e relatórios institucionais. Conclui-se que o instituto da mediação, enquanto instrumento de autocomposição de conflitos, permite às partes recorrerem a um terceiro ou painel de terceiros imparciais, com notórios saberes jurídicos e especialistas na matéria do litígio, de maneira que constitui uma ferramenta importante de solução de controvérsias, junto a outros mecanismos compositivos, como a negociação, a arbitragem, a conciliação e a própria jurisdição.

Palavras-chave: Métodos extrajudiciais de solução de controvérsias. Mediação. Metodologia humanista.

Abstract

Out-of-court methods of dispute settlement are an efficient attempt of guarantee and humanize the citizen's right to effective access to justice. They provide the

Judiciary with multiple doors because of its dialogic, humanized, less technical and bureaucratic character. The purpose of this paper is to present the humanist methodology of conflict resolution as a means of understanding and solving litigation, based on interdisciplinary knowledge and the theoretical assumptions of humanistic thinking and the Carl Rogers' Person Centered Approach. The method of approach used was the deductive one, considering that it was based on the broader predisposition of the human dignity of the subjects involved in the conflict submitted to the resolution using a fast and unbureaucratized procedure, which is based on the facilitator's performance and the state regulation. For the data collection, we used the indirect documentation research technique, managed by the bibliographical research, for the formation of the theoretical reference to be used in the construction of all the investigation, as well as the documentary research with the collection of data in legal texts and institutional reports. It is concluded that the mediation institute, as an instrument of self-composition of conflicts, allows the parties to have recourse to a third party or panel of impartial third parties, with well-known legal expertise and experts in the field of litigation, so that it is an important tool in solving controversies, along with other composite mechanisms, such as negotiation, arbitration, conciliation and jurisdiction.

Key-words: Out-of-court methods of dispute settlement. Mediation. Humanist methodology.

1 Introdução

O acesso à justiça tem sido um dos temas mais discutidos entre os operadores do Direito, tendo em vista sua importância para a materialização da cidadania e para a garantia de direitos individuais e coletivos (MARASCA, 2007). Por razões históricas, tal conceito, tanto para os profissionais da área como entre os usuários do Poder Judiciário, remete-se, exclusivamente, ao direito de acesso aos tribunais, isto é, à jurisdição proporcionada pelo Estado, através das instituições jurídicas tradicionais (ZANFERDINI, 2012).

Conforme Cappelletti e Garth (1988), a expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico: a primeira é que o sistema deve ser igualmente acessível a todos, ou seja, o sistema jurídico deve proporcionar o acesso à Justiça de maneira igualitária, garantindo justiça social à sociedade como um todo; a segunda é que ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos, levando em consideração as especificidades de cada caso.

Os métodos extrajudiciais de solução de controvérsias, também conhecidos como métodos alternativos de resolução de conflitos, cujos principais exemplos são a negociação, a mediação, a conciliação e a arbitragem surgiram em razão dos limites e das dificuldades das instituições tradicionais do Poder Judiciário de garantir ao cidadão comum acesso efetivo e de qualidade à justiça (CAPPELETTI; GARTH, 1998). De acordo com Azevedo (2004), os métodos alternativos de solução de conflitos, heterocompositivos e autocompositivos, caracterizam-se pela tentativa de estabelecer o diálogo respeitoso entre as partes, a fim, não necessariamente, de resolver a lide jurídica ou chegar a um acordo, mas, de forma primária, abarcar a lide sociológica e reestruturar os laços afetivos e emocionais entre as partes conflitantes, principalmente por meio do instituto da mediação.

Apesar de se configurarem, no cenário atual, como instrumentos efetivos de acesso adequado à justiça, prevenção de litígios e pacificação social, os métodos extrajudiciais de solução de controvérsias devem ser conduzidos com qualidade e seriedade pelos profissionais que os compõem, de modo a preservar os direitos e interesses de seus beneficiários e alcançar os objetivos e fins a que se propugnam (SPENGLER; NETO, 2013). Nesse sentido, tal como determina a Resolução 125 do CNJ (BRASIL, 2010), o facilitador, seja ele negociador, mediador, conciliador ou árbitro, deve ser um profissional especializado e capacitado, que aja de forma ética e adequada como terceiro imparcial ao conflito, para promover o diálogo construtivo, restabelecer os laços afetivos e possibilitar um acordo satisfatório para as partes demandantes.

A crescente ruptura na confiabilidade das instituições jurídicas modernas, as quais costumam operar somente sobre os direitos simbólicos do cidadão comum, exige uma ampla reforma do Poder Judiciário para garantir a efetividade dos direitos individuais e coletivos (CAPPELETTI; GARTH, 1998). Em meio à descrença, o intenso acesso dos cidadãos à Justiça, como única via para resolver seus conflitos judiciais, resultou na saturação dos meios judiciais tradicionais, guiados pela lógica do litígio, e na progressiva valorização dos meios consensuais de resolução de conflitos, guiados pela lógica do diálogo (ZANFERDINI, 2012; MARASCA, 2007).

No Brasil, a Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), e a Resolução nº 174/2016, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT), juntamente a Lei nº 13.105/2015, mais conhecida como Novo Código de Processo Civil (NCPC), constituem algumas das principais legislações que reconhecem a importância dos meios consensuais de resolução de conflitos. Estes instrumentos jurídi-

cos, além de garantirem acesso de qualidade à Justiça, dispõem sobre a Política Judiciária de tratamento adequado de conflitos no âmbito do Poder Judiciário, a qual se fundamenta nos princípios do consenso, pacificação social, autocomposição, solução e prevenção de litígios (CNJ, 2016).

Sob esses aspectos, o presente trabalho tem por objetivo apresentar a metodologia humanista de resolução de conflitos como meio de compreensão e solução de litígios, fundamentada em conhecimentos interdisciplinares e nos pressupostos teóricos do pensamento humanista e da Abordagem Centrada na Pessoa, de Carl Rogers. Espera-se que o instituto da mediação, enquanto instrumento de autocomposição de conflitos, possibilite às partes recorrerem a um terceiro imparcial ou painel de terceiros, com notórios saberes jurídicos e especialistas na matéria do litígio, de tal modo que se apresente como uma ferramenta eficaz de solução de controvérsias, junto a outros mecanismos compositivos, como a negociação, a arbitragem, a conciliação e a jurisdição.

O método de abordagem utilizado foi o dedutivo, tendo em vista que se partiu da pressuposição mais ampla de efetivação da dignidade humana dos sujeitos envolvidos no embate submetido à resolução, utilizando-se de um procedimento célere e desburocratizado, o que fundamentou a atuação do facilitador e a regulação estatal. Para o levantamento dos dados, foi utilizada a técnica de pesquisa da documentação indireta, manejada pela pesquisa bibliográfica, para a formação do referencial teórico a ser empregado na construção de toda a investigação, bem como pela pesquisa documental com a coleta de dados em textos legais e relatórios institucionais.

2 Métodos extrajudiciais de solução de controvérsias

A fim de garantir ao cidadão comum o acesso amplo e de qualidade ao Poder Judiciário, assim como zelar pelos princípios da efetividade e da isonomia nos serviços prestados aos usuários, foram propostos outros meios de acesso à justiça, embasados na ótica do consenso e da pacificação social. Os métodos extrajudiciais de solução de controvérsias compreendem a negociação, a arbitragem, a conciliação e a mediação como principais modos de atuação junto ao conflito (CESCA; NUNES, 2006).

A negociação constitui um meio extralegal de resolução de conflitos e pode ser definida sob um sentido mais amplo, que abrange todos os mecanismos de solução de conflitos em que o diálogo entre as partes se faz necessário e, sob um sentido mais restrito, revelando-se como meio de solução que prescinde da intervenção de um terceiro. É a primeira instância da tentativa de

resolução de conflitos, pois, diante de uma solução que atenda a ambas as partes, o conflito será resolvido (SALES; RABELO, 2009).

Quanto à mediação, pode ser judicial ou extrajudicial e diz respeito a uma negociação facilitada ou catalisada por um terceiro. Trata-se de um método de resolução de disputas no qual se desenvolve um processo composto por vários atos procedimentais pelos quais o(s) terceiro(s) imparcial(is) facilita(m) a negociação entre as pessoas em conflito, habilitando-as a melhor compreender suas posições e a encontrar soluções que se compatibilizam aos seus interesses e necessidades (CNJ, 2016).

A conciliação corresponde a um método judicial ou extrajudicial de resolução de conflitos que embasa a relação de interesses administrada por um conciliador indicado ou aceito pelas partes. Este conciliador deve ser um terceiro imparcial, com competência para aproximar as partes, controlar as negociações, sugerir e formular propostas e apontar vantagens e desvantagens. O conciliador tem a prerrogativa de poder sugerir um possível acordo, após uma criteriosa avaliação das consequências que tal proposição traria às partes (SALES; RABELO, 2009).

Por fim, a arbitragem, enquanto meio extrajudicial de resolução de conflitos, constitui um procedimento no qual as partes elegem um árbitro para solucionar as divergências. Ao contrário da negociação, neste método as partes não possuem o poder de decisão, o qual se encontra a cargo do árbitro. Desse modo, duas pessoas capazes estabelecem as regras de direito e de equidade e escolhem a pessoa ou as pessoas que irão aplicar essas regras, para dirimir conflitos que tenham entre si sobre direitos patrimoniais disponíveis (MARASCA, 2007).

3 Metodologia humanista de resolução de conflitos

Os meios de resolução de conflitos judiciais, sejam extrajudiciais ou extralegais, se embasam na ótica do diálogo e do consenso, abrangendo tanto a lide jurídica como a lide sociológica. Estes mecanismos configuram-se, ao lado da tradicional jurisdição, como instrumentais que objetivam vincular o tipo de conflito ao meio de solução apropriado, apresentando-se também como meios de inclusão social, na medida em que as partes são corresponsáveis pelo processo (SALES; RABELO, 2009).

Nessa perspectiva, tendo em vista a harmonia entre os princípios que regem os meios consensuais de resolução de conflitos e os pressupostos teóricos do pensamento humanista, Sousa (2014) propôs uma metodologia humanista de resolução de conflitos judiciais, denominada conciliação

judicial. Esta abordagem metodológica compreende o conflito sob a perspectiva das lides jurídica e sociológica e fundamenta-se em conhecimentos interdisciplinares e nos princípios da Abordagem Centrada na Pessoa, desenvolvida pelo psicólogo norte-americano Carl Rogers (1902-1987).

Por conseguinte, pretende-se, por meio deste artigo, abordar os principais aspectos teóricos que fundamentam a metodologia humanista de resolução de conflitos. A relevância desta abordagem do conflito consiste em proporcionar aos litigantes a liberdade de pensamento e de expressão dos seus sentimentos, facilitando o diálogo e o processo de tomada de decisão. Além disso, este método contribui para o fortalecimento do potencial de crescimento das pessoas, para a restauração dos relacionamentos pós-conflitos e para a redução da conflituosidade, superando a mera resolução judicial do litígio (SOUSA, 2014).

Sob esses aspectos, a metodologia humanista de resolução de conflitos constitui um modo de compreensão e resolução dos conflitos humanos, fundamentado em conhecimentos interdisciplinares e nos pressupostos teóricos do pensamento humanista e da Abordagem Centrada na Pessoa, de Carl Rogers. Sob uma visão positiva do homem e com base em conceitos pragmatistas como processo, experiência, empatia e fala autêntica, este método humanista propõe que o mediador, através de atitudes facilitadoras, colabore para a comunicação genuína entre as partes envolvidas no conflito e instale um clima favorável ao consenso (SOUSA, 2014).

De acordo com Rogers (1977), todo ser humano tem uma tendência a exercer sua capacidade latente ou manifesta de compreender a si mesmo e de resolver seus problemas de modo suficiente para alcançar a satisfação e eficácia necessárias ao funcionamento adequado. Sob este enfoque, o mediador humanista deve fortalecer a autonomia e o protagonismo das partes conflitantes, por meio da escuta ativa, do diálogo e da compreensão, possibilitando aos envolvidos no conflito a tomada de decisões conscientes e responsáveis, coerentes com seu posicionamento pessoal.

Em seu arcabouço teórico, o filósofo Martin Buber (1974) distingue a relação Eu/Tu do relacionamento Eu/Isso, enquanto modalidades distintas de interação humana. A primeira corresponde à atitude de encontro entre dois pares na reciprocidade e na confirmação mútua, enquanto a segunda diz respeito à atitude objetivante e cognoscitiva. Conforme a metodologia humanista de resolução de conflitos, o facilitador deve promover uma relação autêntica entre as partes, marcada pelo respeito, reconhecimento da dignidade humana e pela consideração pelo outro, um ambiente livre de ameaças às defesas psicológicas dos conflitantes.

Por sua vez, o psicólogo humanista Afonso (2009) compreende o conflito humano sob a forma ontológica, na qual prevalece um movimento consensual derivado da oposição entre as vivências e ideologias, e sob a forma ôntica, marcado pela estagnação da interação e pela individualização dos interesses. Sob essa perspectiva, o mediador humanista deve privilegiar a forma ontológica do conflito entre as partes, através da abertura de espaços de comunicação que promovam um movimento consensual de diálogo e mudança em direção à resolução do conflito.

Por fim, o psicólogo fenomenologista Amatuzzi (2009) propõe que o facilitador aceite o outro na sua condição de ser, como ele se percebe, sem julgamentos, opressão ou condições e, do mesmo modo, permita que o outro expresse os sentimentos que estão sendo experimentados naquele momento, livres da interferência do meio social. Nesse sentido, o facilitador deve disponibilizar sua escuta ativa e permitir o fluir da voz, por meio da fala autêntica, para que as partes digam tudo o que precisam comunicar ao outro e, assim, se sintam acolhidas e confiantes para se expressarem de modo congruente.

A metodologia humanista de resolução de conflitos consiste, portanto, em proporcionar aos litigantes, por meio das atitudes facilitadoras do mediador, a liberdade de pensamento e de expressão dos seus sentimentos, facilitando o diálogo e o processo de tomada de decisão. Além disso, este método contribui para o fortalecimento do potencial de crescimento das pessoas, para a restauração dos relacionamentos pós-conflitos e para a redução da conflituosidade, superando a mera resolução judicial do litígio (SOUSA, 2014).

O conciliador humanista estabelece no encontro firmado em audiência um ambiente psicológico favorável, oportuniza a fala a cada participante, escuta ativamente e de forma genuína cada um, repudia julgamentos ou críticas às falas expressadas pelas partes, age com empatia e autenticidade, em um clima de cooperação e mutualidade (SOUSA, 2014). Trata-se de um ambiente bastante distinto das salas de audiência tradicionais, nas quais predominam o clima litigioso, o formalismo, a resistência e o conformismo, aspectos que dificultam o entendimento entre as partes e a resolução do conflito.

4 Aspectos gerais da atuação do mediador

A mediação, em especial, constitui um processo autocompositivo, segundo o qual as partes em disputa são auxiliadas por uma terceira parte neutra ao conflito ou por um painel de pessoas sem interesse na causa para se

chegar a uma composição. Sob este método consensual, as partes podem continuar, suspender, abandonar e retomar as negociações; comunicar-se diretamente, durante a mediação, da forma estimulada pelo mediador; não precisam necessariamente chegar a um acordo, e, além disso, nenhuma questão ou solução deve ser desconsiderada (CNJ, 2016).

A fim de promover o diálogo entre as partes e garantir o clima de respeito e consideração nas sessões de mediação, aspectos essenciais para a resolução de conflitos, o mediador, na sua prática, pode se utilizar de diversas teorias, conceitos, técnicas, habilidades, atitudes, preceitos éticos e pressupostos humanistas. Estes instrumentais de mediação abarcam a teoria geral do conflito, as espirais do conflito, a teoria dos jogos, a técnica de *rapport*, o pensamento humanista, entre outros (CNJ, 2016; SOUSA, 2010, 2014).

No que se refere à teoria geral do conflito, ressalta-se que intuitivamente se aborda o conflito como um fenômeno negativo nas relações sociais que proporciona perdas para, ao menos, uma das partes envolvidas. A possibilidade de perceber-se o conflito de forma positiva consiste em uma das principais alterações da chamada moderna teoria do conflito, pois, a partir do momento em que se percebe o conflito como um fenômeno natural na relação de quaisquer seres vivos, é possível se perceber o conflito de forma positiva (CNJ, 2016).

O fenômeno das espirais do conflito remete a uma progressiva escalada, em relações conflituosas, resultante de um círculo vicioso de ação e reação, onde cada reação se torna mais severa do que a ação que a precedeu e cria uma nova questão ou ponto de disputa. Esse modelo sugere que, em razão do crescimento do conflito, as suas causas originárias progressivamente se tornam secundárias a partir do momento em que os envolvidos se mostram mais preocupados em responder a uma ação que imediatamente antecedeu sua reação (CNJ, 2016).

A teoria dos jogos consiste em um dos ramos da Matemática aplicada e da Economia que estuda situações estratégicas em que participantes se engajam em um processo de análise de decisões, baseando sua conduta na expectativa de comportamento da pessoa com quem interage. Esta teoria se mostra especialmente importante para a mediação e demais processos auto-compositivos por apresentar respostas a complexas perguntas como se a mediação produz bons resultados apenas quando as partes se comportam de forma ética ou ainda se a mediação funciona apenas quando há boa intenção das partes (CNJ, 2016).

A técnica de *rapport* possibilita ao mediador estabelecer uma relação de confiança com as partes e dar suporte a elas. Quando as partes sentem que

seus sentimentos e emoções foram bem recebidos e compreendidos pelo mediador, passam a acreditar que podem confiar no processo e no próprio mediador. Os efeitos de uma boa relação de confiança promovem uma melhor eficiência do processo no sentido de que facilitam a obtenção de informações e tornam a atuação do mediador muito mais simples (CNJ, 2016).

Por fim, a metodologia humanista de resolução de conflitos constitui um modo de compreensão e resolução dos conflitos humanos, fundamentado em conhecimentos interdisciplinares e nos pressupostos teóricos do pensamento humanista e da Abordagem Centrada na Pessoa, de Carl Rogers. Sob uma visão positiva do homem e com base em conceitos pragmatistas, este método humanista propõe que o mediador, através de atitudes facilitadoras, colabore para a comunicação genuína entre as partes envolvidas no conflito e instale um clima favorável ao consenso (SOUSA, 2010, 2014).

Em suma, de acordo com o Manual de Conciliação Judicial, do CNJ (2016), o mediador deve embasar sua prática em preceitos éticos conscientes e em critérios teóricos, metodológicos e técnicos sólidos, a fim de tornar a mediação um processo adequado e eficaz de resolução de conflitos e de restabelecimento da relação entre as partes. Trata-se, portanto, não só de um meio de resolução da lide jurídica, mas de um método capaz de solucionar a lide sociológica e, principalmente, promover o resgate da relação afetiva entre as partes conflitantes.

5 Código de ética dos facilitadores

Entre os diplomas jurídicos que regulam e orientam, no Brasil, a postura e o compromisso éticos do facilitador, nos métodos extrajudiciais de solução de controvérsias, configuram-se a Lei 13.140/15 ou Lei da Mediação; a Lei nº 13.105/15, que institui o Código de Processo Civil (CPC); a Resolução nº 174/16, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) e a Resolução nº 125/10, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com as emendas nº 01/13 e nº 02/16. No Anexo III da Resolução nº 125 do CNJ, consta o Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, cujos princípios éticos norteadores funcionam como importantes mecanismos de orientação da prática profissional do facilitador e de garantia da qualidade e da credibilidade de seus serviços junto às partes (CNJ, 2016).

Em meio aos princípios e garantias do Código de Ética, que regem a atuação dos conciliadores e mediadores judiciais e extrajudiciais, estão os princípios fundamentais da confidencialidade, competência, imparcialidade, neutralidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis

vigentes (BRASIL, 2010). Embora sejam princípios equânimes, a confidencialidade constitui um aspecto primário dos meios consensuais de resolução, pois “se a finalidade dessas formas alternativas é estabelecer um diálogo entre as partes, a ponto de elas mesmas chegarem ao consenso e encontrarem a solução, a consequência direta que elas almejam é a confidencialidade acerca do que foi relatado nesse diálogo” (SPENGLER; NETO, 2013, p. 94).

6 Observância do princípio da confidencialidade

O princípio da confidencialidade orienta os conciliadores e mediadores judiciais e extrajudiciais quanto ao “dever de manter sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, salvo autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese” (BRASIL, 2010, Art. 1, I). Desse modo, o facilitador deve manter sigilo sobre os relatos das partes, sobre o próprio processo de mediação ou conciliação, assim como ficar impedido de prestar depoimento sobre o caso, agir como testemunha ou advogado dos envolvidos, a fim de garantir os preceitos éticos e a fluidez do processo.

Junto aos impedimentos decorrentes do princípio da confidencialidade, estão às exceções a este princípio, isto é, aquelas situações específicas nas quais o facilitador pode relatar para as autoridades competentes informações sobre o processo de mediação ou conciliação. Embora o Código de Ética (BRASIL, 2010, Art. 1, I) seja taxativo quanto às exceções ao princípio da confidencialidade, estabelecendo os casos de “autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese”, o facilitador pode se defrontar, na prática, com dilemas e questões éticas ainda não previstos ou pouco especificados pelo código de conduta.

7 Casos práticos

A fim de exemplificar as principais dúvidas e dificuldades com as quais o facilitador pode se defrontar na prática dos métodos extrajudiciais de solução de controvérsias, tendo em vista sua complexidade, são descritas a seguir algumas situações hipotéticas, seguidas de questionamentos éticos e da tentativa de estabelecer respostas em conformidade com as normas vigentes, com a lei e, principalmente, com o código de conduta dos facilitadores. Convém ressaltar que as situações, questões, dilemas e soluções apresen-

tados não têm como objetivo esgotar a problemática ou propor receituários, mas chamar atenção dos facilitadores para as dificuldades inerentes à prática dos métodos extrajudiciais de solução de controvérsias e para a importância de capacitação e formação continuada, além da exigência de pensamento crítico e reflexivo.

Sob essas considerações, durante uma sessão de mediação, por estar bastante emocionada, uma das partes acaba por relatar um crime que cometeu há alguns meses, para todos que estavam presentes. Nessa situação, o facilitador poderá quebrar o sigilo previsto pelo princípio da confidencialidade e comunicar o ocorrido às instituições competentes?

Em outro caso, numa sessão de arbitragem, uma das partes comunica árbitro que não prestou contas à Receita Federal de um dinheiro adquirido por meio da venda de uma pequena propriedade. Ao ter acesso a essa informação, o facilitador deve imediatamente comunicar o fato ao Sistema Tributário?

Durante uma sessão acirrada de conciliação, as partes acabam por se exaltar e trocar insultos e ofensas entre si. Cabe ao facilitador, como presidente da sessão, denunciar os comportamentos presenciados às autoridades competentes?

Em outro momento, numa reunião individual de negociação, uma das partes relata informações pessoais e íntimas para o negociador, a respeito de sua sexualidade e de práticas extraconjugais. O facilitador pode compartilhar essas informações, durante as sessões de negociação, com os demais participantes?

Em meio a essas e outras situações, pertinentes a prática dos métodos extrajudiciais de solução de controvérsias, deve-se recorrer aos princípios, normas, regulamentos e códigos que regem e norteiam a atuação do facilitador de acordo com preceitos éticos. Desse modo, quanto aos casos fictícios apresentados, o facilitador deve comunicar às autoridades competentes somente as informações que violam a ordem pública ou as leis vigentes (BRASIL, 2010, Art. 1, VI), a exemplo do relato de crimes planejados ou consumados e de débito fiscal, não sendo possível quebrar o sigilo das informações de caráter privado, como no caso de difamação, injúria e calúnia entre as partes e da comunicação de dados relativos aos direitos de personalidade.

Contudo, convém ressaltar que, a fim de garantir a confiança das partes em relação à qualidade, credibilidade e eficiência dos métodos extrajudiciais de solução de controvérsias e de seus atores, assim como promover a fluidez do processo, diluindo posições rígidas e defensivas, o facilitador, conforme os princípios e técnicas dos métodos compositivos, deve informar

as partes sobre os principais aspectos das etapas do processo (CNJ, 2016). No discurso de abertura e no decorrer das sessões, as partes e seus advogados são esclarecidos pelo facilitador sobre a postura e os papéis de cada um dos atores no processo, a perspectiva e os princípios que regem os meios consensuais, a assinatura dos termos formais, o sigilo e as exceções ao princípio da confidencialidade, nos casos de violação à ordem pública e às leis vigentes.

8 Considerações finais

Os métodos extrajudiciais de solução de controvérsias correspondem a uma tentativa eficiente de facilitar e humanizar o direito do cidadão comum de acesso amplo à justiça, através de práticas atuais em instituições tradicionais e em campos recentes, como as Câmaras e Centros de Conciliação. Trata-se de uma forma inovadora de atribuir ao Poder Judiciário características de um sistema de justiça múltiplas portas, capaz de abarcar as demandas e especificidades de cada conflito, possibilitando uma relação melhor entre as partes conflitantes em direção ao acordo.

Em razão de seu caráter dialógico, mais humanizado, menos técnico e menos burocrático, os meios consensuais de resolução de conflitos, entre eles, a negociação, a arbitragem, a conciliação e, principalmente, a mediação, costumam provocar resistência a sua prática por parte dos operadores mais tradicionais do Direito; constituem um fenômeno muito comum e compreensível, tendo em vista a lógica que há muito tempo direciona as práticas tradicionais de acesso à Justiça, voltadas, primordialmente, para a promoção do conflito, do litígio e da discórdia entre as partes.

Em meio às críticas, ressalta-se que métodos extrajudiciais de solução de controvérsias se fundamentam sob um arcabouço teórico e interdisciplinar em constante construção, que auxilia o mediador a compreender de forma mais adequada o conflito e a facilitar o diálogo entre as partes. O estabelecimento de um clima psicológico favorável ao consenso possibilita o diálogo entre as partes e a resolução satisfatória, em poucas sessões, não só do litígio judicial, que costuma durar anos, como do conflito emocional, o qual costuma ser literalmente escamoteado pelo sistema tradicional de Justiça.

Desse modo, os métodos extrajudiciais de solução de controvérsias propõem uma solução menos onerosa, mais rápida e eficiente para os litígios judiciais, extrajudiciais e extraleais, desafogando o Judiciário, reduzindo o volume de trabalho dos magistrados e servidores e, principalmente, ampliando a função social do Estado de pacificação dos conflitos de interesse. Nesse contexto, o papel do mediador configura-se como algo essencial, pois sua prática, embasada

em conhecimentos e técnicas sólidos, poderá facilitar o processo de abertura do diálogo entre as partes conflitantes, contribuindo para a resolução do conflito.

Assim como os demais meios consensuais de resolução de conflitos, a metodologia humanista constitui uma perspectiva muito recente de acesso à Justiça e, em razão de suas peculiaridades teóricas e técnicas, geralmente, é objeto de intensa resistência pela maior parte dos atores judiciais. Na prática, questionam-se a validade científica dos fundamentos e conceitos humanistas, apontados como românticos e utópicos, difíceis de serem colocados em prática, bem como a quantidade de tempo decorrido durante as sessões de mediação humanista, as quais podem durar até horas; além das dificuldades em abordar, de forma adequada, os aspectos psicológicos e sociológicos do conflito.

Em meio às diversas críticas, ressaltam-se os benefícios do método humanista de resolução de conflitos, o qual se fundamenta sob um arcabouço teórico-filosófico consolidado e interdisciplinar, que auxilia o mediador a compreender de forma mais adequada o conflito e a facilitar o diálogo entre as partes. O estabelecimento de um clima psicológico favorável ao consenso, ao contrário do ambiente de litígio, possibilita o diálogo autêntico entre as partes e a resolução satisfatória, em poucas sessões, não só do litígio judicial, que costuma durar anos, como do conflito emocional, o qual é literalmente escamoteado pelo sistema tradicional de Justiça.

Nesse sentido, a metodologia humanista propõe uma solução menos onerosa, mais rápida e eficiente para os litígios judiciais, extrajudiciais e extralegais, desafogando o Judiciário, reduzindo o volume de trabalho dos magistrados e servidores e, principalmente, ampliando a função social do Estado de pacificação dos conflitos de interesse. Convém ressaltar que este método não pretende substituir a sentença judicial, nem mesmo ser o único meio de resolução de conflitos, mas configurar como um instrumental sólido e adequado de orientação da prática do mediador humanista, que propicie uma decisão mais justa, consciente e responsável, fruto do consenso entre as partes.

Os códigos, princípios e normas de conduta e ética constituem mecanismos importantes de orientação da prática profissional, por fomentarem a autorreflexão exigida de cada indivíduo acerca da sua práxis, de modo a responsabilizá-lo e conscientizá-lo, pessoal e coletivamente, por ações e suas consequências no exercício profissional. No que se refere aos métodos extrajudiciais de solução de controvérsias, as normas de conduta, apesar de não terem como pretensão abarcar todas as situações da realidade, como nos casos de exceção ao princípio da confidencialidade, possibilitam aos facilitadores atuarem com base em princípios éticos e coletivos, o que garante a

qualidade, seriedade e credibilidade do trabalho prestado, além da promoção da cultura de prevenção de litígios e pacificação social.

Como pôde ser visto no decorrer do artigo, o instituto da mediação constitui uma ferramenta importante de solução de conflitos, junto a outros mecanismos compositivos, como a negociação, a arbitragem, a conciliação e a própria jurisdição. Enquanto instrumento de heterocomposição de conflitos, a mediação possibilita às partes recorrerem a um terceiro ou painel de terceiros imparciais, com notórios saberes jurídicos e especialistas na matéria do litígio. Trata-se de instituto complexo, com muitas características e peculiaridades, uma vez que,

ao mesmo tempo em que se apresenta como alternativa ao poder jurisdicional, pois o poder de decisão do mediador emana do contrato entre as partes, também possui aspectos jurisdicionais, ao seguir as regras do processo judicial tradicional.

Referências

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CESCA; Jane E.; NUNES; Tomaz C. Da necessidade da evolução do Direito e da Justiça: os meios não adversariais de resolução de conflitos no Brasil e no Direito Alienígena. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Rio Grande do Sul, v. 1, n. 2, p. 03-21, jul. 2006.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Manual de mediação judicial*. Brasília: CNJ, 2016.

MARASCA, Elizângela N. Meios alternativos de solução de conflitos como forma de acesso à Justiça e efetivação da cidadania. *Direito em Debate*, Rio Grande do Sul, v. 15, n. 27, p. 33-59, dez. 2007.

SALES, Lila M. de M.; RABELO, Cilana de M. S. Meios consensuais de solução de conflitos: instrumentos de democracia. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 182, p. 75-88, jun. 2009.

SOUSA, Nayara Q. M. de. *Pesquisa fenomenológica na Justiça do Trabalho*: proposta de uma conciliação humanista. 2010. 191 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas, Universidade Católica de Pernambuco, Pernambuco, 2010.

_____. Conciliação humanista: aplicação da abordagem centrada na pessoa na resolução dos conflitos judiciais. *Revista da Abordagem Gestáltica*, Goiânia, v. 20, n. 1, p. 104-110, jun. 2014.

ZANFERDINI, Flávia de A. M. Os meios alternativos de resolução de conflitos e a democratização da Justiça. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 105-126, mar. 2012.

COLABORAÇÃO PREMIADA E SEU CUSTO-BENEFÍCIO

Lívia Vilanova Cabral

Promotora de Justiça do Estado da Paraíba

Resumo

O presente artigo objetiva analisar o custo/benefício da Colaboração Premiada, especificamente se suas vantagens superam as desvantagens para o Estado e para o Colaborador. Inicialmente, apresenta o surgimento da Lei nº 12.850/2013 e dos meios de prova nela previstos. Após, dedica-se a estudar o instituto da Colaboração Premiada, sobretudo sua natureza jurídica, os limites da atuação do Juiz, o debate sobre ser ou não direito subjetivo, o momento possível para retratação, a eficácia contra terceiros (e de quais meios estes podem se utilizar para se defenderem), o escalonamento da colaboração e dos seus benefícios, o sigilo e as consequências do descumprimento. Finaliza com análise do custo/benefício da sua utilização para o Estado e para o Colaborador, tanto abstrata quanto concretamente.

Palavras-chave: Lei 12.850/2013. Corrupção. Colaboração Premiada.

Abstract

The present article has as a main goal to carry out a cost-benefit analysis of the Plea Bargain, specifically whether its advantages overcome its disadvantages for the State and the Collaborator. Initially, it presents the emergence of Law nº 12.850/2013, and the means of evidence as provided for by it. Afterwards, it is committed to investigate the Plea Bargain institute, mainly in the juridical nature, as well as the limits regarding the Judges Act, the discussion of being or not being subjective right, the possible moment for legal retraction, the efficiency against third parties (and the means they can use for self-defense), the scheduling of collaboration and its benefits, and the secrecy and the consequences of noncompliance. For last, a cost-benefit analysis comes out concerning its utilization for the State and for the Collaborator, both abstractly and concretely.

Keywords: Law 12.850/2013. Corruption. Plea Bargain.

1 Introdução

A legislação brasileira percorreu longo caminho até conceituar organização criminosa.

A Lei n.º 9.034/95 previu “meios operacionais para prevenção e

repressão de ações praticadas por organizações criminosas”, mas suas lacunas (inclusive de parâmetros para sua utilização) atrapalharam sua aplicação *in concretum*:

Em decorrência dos fatos acima narrados, surge a Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995, definindo e regulando os meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando. Sendo que a Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001, trouxe nova redação, estabelecendo que a supracitada norma definiria e regularia os meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo. Bastante criticada por ser uma norma lacunosa, era considerada mais um obstáculo às ações repressivas contra o crime organizado do que um instrumento para tal. E, também, não trouxe a definição legal do que seria uma organização criminosa, mantendo um conceito aberto, vago¹.

Ademais, não definia tal lei o que seria organização criminosa, de forma que doutrina e jurisprudência divergiam, ora equiparando a quadrilha ou bando, ora exigindo uma sofisticação e complexidade maior para uma quadrilha ser considerada organização.

Em seguida, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo) foi ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 5015/04, mas o Supremo Tribunal Federal² entendeu pela atipicidade da conduta, vez que apenas lei pode definir crime (Princípio da Legalidade), não servindo para tanto convenção internacional.

Adveio, então, a Lei da Organização Criminosa (Lei 12.850/2013) que, além de definir organização criminosa, trouxe meios de obtenção de

¹RODRIGUES, 2015.

²“As convenções internacionais, como a Convenção de Palermo, não se qualificam, constitucionalmente, como fonte formal direta legitimadora da regulação normativa concernente à tipificação de crimes e à cominação de sanções penais”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 121835*. Da Segunda Turma, Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 13 de outubro de 2015. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 jan. 2018).

prova, vez que os meios tradicionais não eram suficientes ou eficazes no caso de Organizações Criminosas, já que vigora pacto de silêncio entre os integrantes (*omertà*) e eventuais vítimas e testemunhas têm medo.

Por tais razões, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, ao emitir seu voto no julgamento da Ação Penal AP 470 /MG – 112 (“mensalão”), frisou que “a delação premiada seria ferramenta importante para elucidação de crimes societários, tendo em vista a dificuldade de individualização concreta de autores e partícipes nesses delitos sofisticados” (Informativo 681 do STF)³.

As próprias características das organizações criminosas demonstram a dificuldade de as combater sem instrumentos específicos:

As características das organizações criminosas modificam de espaço para espaço, mas, em regra, se assemelham no que dizem respeito: - poder econômico dos componentes- que gera a possibilidade de possuir mais armamentos, tecnologias e objetos que facilitam crimes complexos, bem como facilidades de acesso e assistencialismos sociais; - poder de corrupção - permite aliciação de informações dos entes públicos, até mesmo no trâmite da investigação ou processo para saber local e circunstância mais vantajosos para atuar; -estrutura piramidal - líder que ordena e posições/funções de cada integrante e segmento; - variedade de agentes integrantes - viabilizar largo alcance em setores diferentes; -interligação dos setores sociais - político, comunitário, público e privado; - caráter transnacional - *iter criminis* em países estrangeiros, devido diversidade de preços, acessos e lucratividades dos componentes⁴.

Dentre tais instrumentos específicos, vem cada vez mais se destacando, no cenário jurisprudencial, a Colaboração (ou Delação) Premiada.

³Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo681.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2018.

⁴BORGES, 2016.

2 Colaboração Premiada

Antes da Lei n.º 12.850/2013, outras normas trataram de tal meio de prova (artigo 7º da Lei n.º 8.072 de 25.7.1990 (Crimes Hediondos), que criou o § 4º no artigo 159 do Código Penal Brasileiro; art. 1º, § 5º, da Lei n.º 9.613/1998 (lavagem de dinheiro); art. 41 da Lei n.º 11.343/2006 (Lei de Drogas)], mas a Lei n.º 12.850/2013 trata tanto do aspecto material do instituto quanto do seu âmbito processual, trazendo também critérios formais para escalonamento dos benefícios. Ademais, tal lei exige um acordo de vontades prévio à análise judicial (o que não ocorre, por exemplo, na Lei n.º 9.613/1998).

De qualquer sorte, em que pese não esteja proibido que se firme Colaboração Premiada em qualquer caso de Concurso de Agentes, é recomendável que seja respeitada a razão de ser do instituto, isto é, que seu uso seja reservado para casos de relevância envolvendo macrocriminalidade, evitando sua banalização⁵. As grandes vantagens que podem ser concedidas ao colaborador demandam uma análise, caso a caso, sobre ser (ou não) recomendável seja firmado o acordo.

3 Natureza jurídica

A Colaboração Premiada, além de meio de obtenção de prova, tem natureza jurídica de negócio jurídico bilateral, que se caracteriza como contrato sinalagmático, oneroso e de natureza mista.

A Colaboração se caracteriza como um contrato (e não como uma convenção), pois as vontades manifestadas se referem a interesses contrapostos.

Aliás, o art. 4º da Lei frisa que a colaboração precisa ser voluntária – condição esta comum aos contratos em geral. Registre-se que, para esta norma, os vocábulos “espontaneidade” e “voluntariedade” são sinônimos, como já decidiu o STF:

⁵Neste sentido, FONSECA, 2017, p 41.

DELAÇÃO PREMIADA – ESPONTANEIDADE – VOLUNTARIEDADE. Os vocábulos espontaneidade e voluntariedade são sinônimos. DELAÇÃO PREMIADA – PERDÃO JUDICIAL. O perdão judicial, quanto ao crime praticado pelo colaborador, é norteado pelo alcance do que por este veiculado⁶.

Ademais, tal contrato tem natureza sinalagmática (ou bilateral) e onerosa, pois dele decorrem deveres para ambas as partes, além do que os dois contratantes terão vantagens e desvantagens (sendo estas decorrentes das vantagens do outro).

É bilateral, pois concretiza-se mediante manifestação de vontade, de um lado, do Delegado de Polícia com participação do Ministério Público, ou apenas do Ministério Público, e, do outro, do acusado, assistido por seu Defensor (art. 4º, §6º, da Lei nº 12.850/2013). O Juiz não é parte, pois não exterioriza a vontade jurisdicional, e sim homologa o negócio (que não é pressuposto de existência, mas fator de eficácia do negócio jurídico).

Tanto o Delegado de Polícia quanto o acusado, de acordo com referido dispositivo legal, aparecem com capacidade negocial relativa, já que o primeiro precisa da participação do Ministério Público, e o segundo necessita da participação do seu Defensor.

Também tem natureza mista: processual e material. Processual, pois envolve colheita de prova, podendo implicar suspensão do inquérito ou do processo e até resultar no não oferecimento da denúncia. E tem consequências materiais, pois pode se pactuar o perdão judicial (causa de extinção da punibilidade), redução da pena privativa de liberdade ou sua substituição por restritiva de direitos.

Essa definição da natureza do instituto (negócio jurídico e meio de obtenção de prova) não tem relevância meramente acadêmica ou teórica. Na atuação prática, já foi usada pelo Supremo Tribunal Federal para concluir que

⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 129877*. Da Primeira Turma, Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília, DF, 18 de abril de 2017. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 jan. 2018.

a Colaboração Premiada, por si só, não interfere em regras de competência jurisdicional em casos de crimes não conexos:

[...] 3. A colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, não constitui critério de determinação, de modificação ou de concentração de competência. 4. A competência para processar e julgar os crimes delatados pelo colaborador que não sejam conexos com os fatos objeto da investigação matriz dependerá do local em que consumados, de sua natureza e da condição das pessoas incriminadas (prerrogativa de foro). 5. Os elementos de informação trazidos pelo colaborador a respeito de crimes que não sejam conexos ao objeto da investigação primária devem receber o mesmo tratamento conferido à descoberta fortuita ou ao encontro fortuito de provas em outros meios de obtenção de prova, como a busca e apreensão e a interceptação telefônica. 6. A prevenção, essencialmente, não é um critério primário de determinação da competência, mas sim de sua concentração, razão por que, inicialmente, devem ser observadas as regras ordinárias de determinação da competência, tanto *ratione loci* (art. 70, CPP) quanto *ratione materiae*. 7. Nos casos de infrações conexas, praticadas em locais diversos, não de ser observadas as regras de determinação do foro prevalente previstas no art. 78 do Código de Processo Penal, uma vez que a conexão e a continência importam em unidade de processo e julgamento. 8. A prevenção, nos termos do art. 78, II, c, do Código de Processo Penal, constitui critério residual de aferição da competência. 9. Não haverá prorrogação da competência do juiz processante - alargando-a para que conheça de uma causa para a qual, isoladamente, não seria competente -, se não estiverem presentes i) uma das hipóteses de conexão ou de continência (arts. 76 e 77, CPP) e ii) uma das hipóteses do art. 78, II, do Código de Processo Penal. 10. Como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, 'a conexão intersubjetiva ou instrumental decorrente do simples encontro fortuito de prova

que nada tem a ver com o objeto da investigação principal não tem o condão de impor o *unum et idem iudex*'. Do mesmo modo, 'o simples encontro fortuito de prova de infração que não possui relação com o objeto da investigação em andamento não enseja o *simultaneus processus*' (RHC nº 120.379/RO, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 24/10/14). 11. Ainda que o juízo de origem, com base nos depoimentos do imputado colaborador e nas provas por ele apresentadas, tenha decretado prisões cautelares e ordenado a quebra de sigilos bancário ou fiscal e a realização de busca e apreensão ou de interceptação telefônica, essas medidas, por si sós, não geram sua prevenção, com base no art. 83 do Código de Processo Penal, caso devam ser primariamente aplicadas as regras de competência do art. 70 do Código de Processo Penal (local da consumação) ou do art. 78, II, a ou b, do Código de Processo Penal (determinação do foro prevalente, no caso de conexão ou continência). 12. Os ilícitos em apuração nos procedimentos encaminhados pelo juízo da 13ª Vara da Seção Judiciária do Paraná se referem, dentre outros fatos, a repasses de valores por empresa prestadora de serviços de informática na gestão de empréstimos consignados de servidores federais, no âmbito do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, com a utilização, em tese, de notas fiscais falsas e de empresas de fachada. 13. Não há relação de dependência entre a apuração desses fatos e a investigação de fraudes e desvios de recursos no âmbito da Petrobras, a afastar a existência de conexão (art. 76, CPP) e de continência (art. 77, CPP) que pudessem ensejar o *simultaneus processus*, ainda que os esquemas fraudulentos possam eventualmente ter um operador comum e destinação semelhante (repasso de recursos a partido político ou candidato a cargo eletivo). 14. O fato de a polícia judiciária ou o Ministério Público Federal denominarem de 'fases da operação Lava-jato' uma sequência de investigações sobre crimes diversos - ainda que sua gênese seja a obtenção de recursos escusos para a obtenção de

vantagens pessoais e financiamento de partidos políticos ou candidaturas - não se sobrepõe às normas disciplinadoras da competência. 15. Nenhum órgão jurisdicional pode-se arvorar de juízo universal de todo e qualquer crime relacionado a desvio de verbas para fins político-partidários, à revelia das regras de competência. 16. A mesma razão (inexistência de conexão) que motivou o não reconhecimento da prevenção de Ministro da Suprema Corte que supervisiona a investigação de crimes relacionados à Petrobras estende-se ao juízo de primeiro grau. 17. Na determinação do foro prevalente, constata-se a existência de veementes indícios de que a suposta organização criminosa, ora investigada, estaria radicada em São Paulo, onde também teria sido emitida a maior parte das notas fiscais supostamente falsas e ocorrido a maior parte das movimentações e repasses de recursos, por meio de condutas que, em tese, poderiam tipificar crimes de lavagem de dinheiro. 18. Ademais, a denúncia já oferecida perante o Supremo Tribunal Federal pela Procuradoria-Geral da República, contra investigado não detentor de prerrogativa de foro, por infração ao art. 2º, § 1º, da Lei nº 12.850/13, descreve que esse crime se consumou em São Paulo (Capital). 19. Considerando que o ilícito tipificado no art. 12.850/13 e a maior parte dos crimes de lavagem de dinheiro e de falsidade ideológica se consumaram em São Paulo, justifica-se a atração de todos eles para a Seção Judiciária do Estado de São Paulo, ressalvada a posterior apuração de outras infrações conexas que, por força das regras do art. 78 do Código de Processo Penal, justifiquem conclusão diversa quanto ao foro prevalente. 20. A questão de ordem se resolve no sentido do desmembramento do feito, a fim de que a investigação prossiga perante a Suprema Corte somente em relação à autoridade com prerrogativa de foro, com a conseqüente remessa de cópia dos autos à Seção Judiciária do Estado de São Paulo, independentemente da publicação do acórdão, para livre distribuição, preservada a validade dos atos praticados na origem, inclusive medidas

cautelares, dentre as quais a prisão preventiva de um dos investigados, tendo em vista a aplicação da teoria do juízo aparente (HC nº 81.260/ES, Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 19/4/02)⁷.

4 A atuação da autoridade judiciária

Como já dito, o Juiz não é parte na negociação, mas tem a atribuição de homologar o acordo (atribuindo-lhe eficácia, antes do que não se produzem os efeitos lá previstos), só podendo se recusar (ou o adequar) se houver ilegalidade (§ 8º do art. 4º da Lei nº 12.850/2013). Não pode deixar de homologar simplesmente por não concordar com os termos da negociação, nem por não acreditar nas declarações do colaborador, pois a veracidade dos dados trazidos só será analisada em outra decisão: no julgamento do processo propriamente dito.

Em outras palavras, a decisão que homologa o acordo de Colaboração Premiada tem análise bem mais restrita que a que julga o mérito ao final do processo.

A primeira decisão tem natureza homologatória, a mesma, por exemplo, da que analisa o acordo de transação penal. Por isso, também é aplicável à Delação Premiada a Súmula Vinculante 35 do Supremo Tribunal Federal: “A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial”.

Sequer o fato de o agente colaborador já ter descumprido Colaboração anterior é fundamento para recusar a homologação:

Habeas corpus. Impetração contra ato de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Conhecimento. Empate na votação. Prevalência da decisão mais favorável ao paciente (art. 146, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inq 4130 QO*. Do Tribunal Pleno, Relator: Min. Dias Toffoli, Brasília, DF, 23 de setembro de 2015. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 jan. 2018.

Inteligência do art. 102, I, i, da Constituição Federal. Mérito. Acordo de colaboração premiada. Homologação judicial (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13). Competência do relator (art. 21, I e II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Decisão que, no exercício de atividade de deliberação, *se limita a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo. Ausência de emissão de qualquer juízo de valor sobre as declarações do colaborador.* Negócio jurídico processual personalíssimo. Impugnação por coautores ou partícipes do colaborador. Inadmissibilidade. Possibilidade de, em juízo, os partícipes ou os coautores confrontarem as declarações do colaborador e de impugnarem, a qualquer tempo, medidas restritivas de direitos fundamentais adotadas em seu desfavor. Personalidade do colaborador. Pretendida valoração como requisito de validade do acordo de colaboração. Descabimento. Vetor a ser considerado no estabelecimento das cláusulas do acordo de colaboração - notadamente na escolha da sanção premial a que fará jus o colaborador -, bem como no momento da aplicação dessa sanção pelo juiz na sentença (art. 4º, § 11, da Lei nº 12.850/13). *Descumprimento de anterior acordo de colaboração. Irrelevância. Inadimplemento que se restringiu ao negócio jurídico pretérito, sem o condão de contaminar, a priori, futuros acordos de mesma natureza.* Confisco. Disposição, no acordo de colaboração, sobre os efeitos extrapenais de natureza patrimonial da condenação. Admissibilidade. Interpretação do art. 26.1 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), e do art. 37.2 da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Convenção de Mérida). Sanção premial. Direito subjetivo do colaborador caso sua colaboração seja efetiva e produza os resultados almejados. Incidência dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança. Precedente. *Habeas corpus* do qual se conhece. Ordem denegada. 1. Diante do empate na votação quanto ao conhecimento de habeas corpus impetrado para o

Pleno contra ato de Ministro, prevalece a decisão mais favorável ao paciente, nos termos do art. 146, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Conhecimento do habeas corpus, nos termos do art. 102, I, 'i', da Constituição Federal. 2. Nos termos do art. 21, I e II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o relator tem poderes instrutórios para ordenar, monocraticamente, a realização de quaisquer meios de obtenção de prova (v.g., busca e apreensão, interceptação telefônica, afastamento de sigilo bancário e fiscal). 3. Considerando-se que o acordo de colaboração premiada constitui meio de obtenção de prova (art. 3º da Lei nº 12.850/13), é indubitável que o relator tem poderes para, monocraticamente, homologá-lo (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13). 4. A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como 'meio de obtenção de prova', seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração. 5. A homologação judicial do acordo de colaboração, por consistir em exercício de atividade de deliberação, limita-se a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo, não havendo qualquer juízo de valor a respeito das declarações do colaborador. 6. Por se tratar de negócio jurídico personalíssimo, o acordo de colaboração premiada não pode ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador na organização criminosa e nas infrações penais por ela praticadas, ainda que venham a ser expressamente nominados no respectivo instrumento no 'relato da colaboração e seus possíveis resultados' (art. 6º, I, da Lei nº 12.850/13). 7. De todo modo, nos procedimentos em que figurarem como imputados, os coautores ou partícipes delatados - no exercício do contraditório - poderão confrontar, em juízo, as declarações do colaborador e as provas por ele indicadas, bem como impugnar, a qualquer tempo, as medidas restritivas de direitos fundamentais eventualmente

adotadas em seu desfavor. 8. A personalidade do colaborador não constitui requisito de validade do acordo de colaboração, mas sim vetor a ser considerado no estabelecimento de suas cláusulas, notadamente na escolha da sanção premial a que fará jus o colaborador, bem como no momento da aplicação dessa sanção pelo juiz na sentença (art. 4º, § 11, da Lei nº 12.850/13). 9. A confiança no agente colaborador não constitui elemento de existência ou requisito de validade do acordo de colaboração. 10. Havendo previsão em Convenções firmadas pelo Brasil para que sejam adotadas ‘as medidas adequadas para encorajar’ formas de colaboração premiada (art. 26.1 da Convenção de Palermo) e para “mitigação da pena” (art. 37.2 da Convenção de Mérida), no sentido de abrandamento das consequências do crime, o acordo de colaboração, ao estabelecer as sanções premiaias a que fará jus o colaborador, pode dispor sobre questões de caráter patrimonial, como o destino de bens adquiridos com o produto da infração pelo agente colaborador. 11. Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração, concedendo a sanção premial estipulada, legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador. 12. *Habeas corpus* do qual se conhece. Ordem denegada⁸.

A lei em comento não informa qual o recurso cabível para a decisão de homologação ou de seu indeferimento, sendo certo o cabimento de correição parcial, por se tratar de erro de procedimento do magistrado.

Já no julgamento do processo, isto é, na decisão de mérito (seja absolutória, seja condenatória), o magistrado analisa o conteúdo da colaboração no âmbito de todo o contexto probatório, mesmo porque ‘nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador’ (§ 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/2013).

⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 127483. Do Tribunal Pleno, Relator: Min. Dias Toffoli, Brasília, DF, 27 de agosto de 2015. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 jan. 2018.

Assim sendo, o magistrado, na conclusão do julgamento do processo, confrontará as declarações do colaborador com as demais provas produzidas, visando formar seu convencimento motivado. De qualquer sorte, ainda que tais declarações isoladas não sejam prova suficiente para condenação, são indícios suficientes de autoria para fins de servir como justa causa para receber a denúncia:

INQUÉRITO. CORRUPÇÃO PASSIVA MAJORADA E LAVAGEM DE CAPITALIS (ART. 317, § 1º, C/C ART. 327, § 2º, DO CÓDIGO PENAL E ART. 1º, CAPUT E § 4º, DA LEI 9.613/1998). INÉPCIA DA DENÚNCIA. REJEIÇÃO. INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADOS. SUBSTRATO PROBATÓRIO MÍNIMO PRESENTE. ATENDIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. DENÚNCIA RECEBIDA EM PARTE. 1. Não contém mácula a impedir a deflagração de ação penal denúncia que descreve, de forma lógica e coerente, a imputação no contexto em que se insere, permitindo ao acusado compreendê-la e exercer seu direito de defesa (Ap 560, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe de 11.06.2015; Inq 3.204, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 03.08.2015). 2. O juízo de recebimento da denúncia é de mera delibação, nunca de cognição exauriente. Assim, há que se diferenciar os requisitos para o recebimento da exordial acusatória, delineados no art. 41 do Código de Processo Penal, com o juízo de procedência da imputação criminal. 3. Conforme já anunciado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, *o conteúdo dos depoimentos colhidos em colaboração premiada não é prova por si só eficaz, tanto que descabe condenação lastreada exclusivamente neles, nos termos do art. 4º, § 16, da Lei 12.850/2013. São suficientes, todavia, como indício de autoria para fins de recebimento da denúncia* (Inq 3.983, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe de 12.05.2016). No caso, vislumbra-se substrato probatório mínimo de materialidade e autoria. 4. É inviável a incidência da causa de aumento do art. 327, § 2º, do Código Penal, pelo mero exercício

do mandato parlamentar (Inq 3.983 Rel. Min. TEORI ZAVASKI, Tribunal Pleno, DJe de 12.05.2016; e Inq 3.997 Rel. Min. TEORI ZAVASKI, Tribunal Pleno, DJe de 26.09.2016), porquanto a jurisprudência desta Corte determina a existência de uma imposição hierárquica (Inq 2.191, Rel. Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, DJe de 08.05.2009), sequer descrita nos presentes autos. 5. Denúncia recebida, em parte, com relação ao art. 317, § 1º, do Código Penal e art. 1º, V e § 4º, da Lei 9.613/1998, na redação anterior à Lei 12.683/2012⁹. (grifou-se)

Para a sentença não é suficiente a Colaboração Premiada. Este é um dentre tantos outros meios de prova que deverão ser confrontados, visando a Verdade Real.

E se um réu manifestar seu interesse em firmar acordo de Colaboração durante uma audiência judicial? Neste caso, poderá o magistrado atuar na negociação?

Visando manter a Autoridade Judiciária em plenas condições de analisar a legalidade do negócio jurídico e objetivando, ainda, assegurar às partes a possibilidade de analisar as vantagens de firmar o acordo, o ideal é que, nem assim, o Juiz participe das negociações, suspendendo a audiência. Como defende Cibele Benevides Guedes da Fonseca (p. 122) “parece mais conveniente que, se durante um interrogatório o acusado se propuser a colaborar, suspenda-se a audiência, a fim de que as partes possam negociar o acordo, sem a presença do juiz”.

Ainda no campo da atuação da Autoridade Judiciária, há que se enfrentar a questão de o acordo ser direito subjetivo ou não, ou seja, se uma pessoa, manifestando interesse em colaborar, a concessão de benefício seria algo certo. Isto porque, havendo o direito subjetivo de firmar o acordo, o juiz poderia conceder os benefícios *ex-officio*.

Entendendo ser direito subjetivo, o acordo com o Ministério Público poderia ser dispensado, já que a Autoridade Judiciária poderia o suprir, mediante concessão dos benefícios.

⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq 3982. Da Segunda Turma. Relator: Min. Edson Fachin, Brasília, DF, 07 de março de 2017. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 jan. 2018.

Tal prática, entretanto, além de desrespeitar o *status* de *dominus litis* do Ministério Público, colocaria o Magistrado numa situação irregular de negociador com a parte ré e ofenderia o Princípio da Proporcionalidade. De fato, não pode o Juiz propor Transação Penal nem Suspensão Condicional do Processo, institutos aplicáveis a infrações de potencial ofensivo menor do que as que são praticadas por organizações criminosas.

Por tais motivos e, utilizando, às avessas, o ditado jurídico “quem pode o mais pode o menos”, não pode o Juiz, de ofício, conceder os benefícios da Colaboração Premiada. Caso se verifique a situação de um integrante de organização criminosa manifestar interesse em firmar acordo, e o membro do Ministério Público se recusar a tal negociação, pode o Magistrado aplicar por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal (tanto quanto se deve fazer quando há recusa de proposta de Suspensão Condicional do Processo, na dicção da Súmula 696 do STF).

Situação diversa ocorre quando colaborador e membro do Ministério Público já firmaram o acordo, e o réu, efetivamente, cumpriu os termos da Colaboração. Neste caso, há sim direito do colaborador aos benefícios previstos no acordo homologado.

5 Retratação

De acordo com o art. 4º, §10, a proposta é passível de retratação. Quanto ao momento da retratação, há três interpretações possíveis: a primeira, de que a retratação da colaboração premiada é possível a qualquer tempo, inclusive depois de homologada pelo Juiz. Tal posicionamento, entretanto, colide com a autoridade da coisa julgada, já que a homologação é uma decisão judicial que, como tal, não pode ser desconstituída por meio de um ato de vontade unilateral (a retratação); a segunda interpretação admissível é no sentido de que só é possível a retratação da proposta (ato unilateral), e não da colaboração. Em outros termos, enquanto não houvesse um negócio, mas apenas a proposta, seria possível a retratação. Esta é, aliás, a conclusão a que se chega a partir da simples leitura do dispositivo legal: “§ 10. As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em

seu desfavor”. A apresentação, pela lei, da expressão “as partes” (no plural) não enfraquece tal tese, já que não só o eventual futuro colaborador pode fazer proposta, mas também o Ministério Público e a Autoridade Policial, como demonstra o art. 6º, inciso II:

Art. 6º O termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter:

(...)

II - as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia;

a derradeira possibilidade de interpretação é no sentido de que a retratação é permitida, desde que a colaboração ainda não tenha sido homologada e se fundamenta em situações que a lei usa o termo “acordo”, referindo-se a “proposta” (como, por exemplo, §§2º e 8º do art. 4º):

§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

[...]

§ 8º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto.

Em que pese não tenha se observado um firmamento da jurisprudência sobre a questão, entendemos que, seja mera proposta unilateral, seja já acordo, o que importa é que ainda não tenha havido a homologação judicial para que possa haver a retratação, já que antes disso não há eficácia da Colaboração.

6 Eficácia contra terceiros

Outro aspecto importante a respeito da Colaboração Premiada é que é um negócio jurídico, cuja eficácia atinge terceiros que não participaram do acordo de vontades. Tal aspecto excepcionalismo se fundamenta na própria razão de ser do instituto, qual seja na coleta de provas (sobretudo identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas, e revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa). A propósito:

A razão de ser do negócio é tão forte que, mesmo em caso de retratação da vontade exteriorizada, quando ainda for possível, a lei estabelece que as provas produzidas não poderão ser utilizadas exclusivamente contra o colaborador, o que pode significar, em sentido contrário, que poderão ser utilizadas contra terceiros (art. 4º, 10º)¹⁰.

Portanto, o terceiro que venha a ser atingido pela colaboração não pode arguir ausência de eficácia do acordo contra si (tese plenamente aceita para os negócios jurídicos em regra, mas não para essa exceção), mas pode se insurgir em caso de invalidade da decisão homologatória.

Em outras palavras, o terceiro inconformado com o acordo só poderá se insurgir depois de sua homologação (já que a negociação se processa sigilosamente) e, assim, terá como mira não o negócio diretamente, mas a decisão judicial que o homologou, devendo, para tanto, comprovar alguma ilicitude, como inobservância do Princípio do Promotor Natural, vício do consentimento, ausência de participação do Defensor, Juiz impedido ou suspeito, dentre outros.

Em que pese o silêncio da Lei nº 12.850 a respeito, existem dois meios para tanto: o recurso de terceiro e a ação autônoma. De fato, como o terceiro atingido não é intimado da decisão homologatória, não terá, em muitos casos, condição de ter conhecimento em prazo hábil para o recurso. Esclarecedora a lição de excelente doutrina:

¹⁰DIDIER JR; BOMFIM, 2016, p. 45.

O controle de validade há de ser garantido, notadamente ara aqueles que não tiveram a oportunidade de participar do processo de homologação, com poder de influência prévio. Se não há meio específico, é preciso que se encontre algum dentro do sistema. No âmbito do processo penal, os remédios constitucionais do *habeas corpus* (para o caso de haver restrição ou risco de restrição à liberdade) e o mandado de segurança contra ato judicial (para os demais casos) podem ser tidos como meios idôneos previstos pelo próprio sistema para que tal controle seja requerido.

Deve-se ver, aliás, que mesmo aqueles que sejam parte no acordo e no processo de homologação, em algumas hipóteses, poderiam, sendo o caso, postular o controle de validade – por exemplo, hipótese de contrato de colaboração celebrado mediante coação¹¹.

Registre-se que, tanto quanto a decisão homologatória da Colaboração Premiada observa apenas questões relativas à legalidade do acordo, a insurgência do terceiro delatado, também só deve cingir-se a estas questões, de forma que a veracidade ou não dos dados trazidos pelo colaborador pode ser juridicamente questionada apenas posteriormente, no próprio processo penal a que eventualmente o delatado responda:

TJMS: Por se tratar de um negócio jurídico processual personalíssimo, o acordo de colaboração premiada não pode ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador na organização criminosa e nas infrações penais por ela praticadas, ainda que venham a ser expressamente nominados no respectivo instrumento quando do ‘relato da colaboração e seus possíveis resultados’ (art. 6º, inciso I, da Lei nº 12.850/2013). [...] Outrossim, negar-se ao delatado o direito de impugnar o acordo de colaboração não implica desproteção a seus interesses. A uma porque a própria Lei nº 12.850/2013 estabelece que ‘nenhuma sentença condenatória

¹¹Idem, Ibidem, p. 48.

será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador’ (art. 4º, 16). A duas, porque, como já exposto, será assegurado ao delatado, pelo contraditório judicial, o direito de confrontar as declarações do colaborador e as provas com base nela obtidas. (STF – HC 127483, rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 27.08.2015, processo eletrônico *DJE*-021 divulg. 03.02.2016, public. 04.02.2016)” (HC 1413020-10.2016.8.12.0000 – MS, 1. Câmara Criminal, rel. Manoel Mendes Carli, 24.01.2017, v.u.)¹².

7 Escalonamento da colaboração e dos benefícios

O *caput* do art. 4º da Lei nº 12.850/2013 elenca os benefícios que podem ser concedidos ao colaborador (perdão judicial, redução de pena e substituição de pena) e seus incisos arrolam resultados que podem advir da contribuição do colaborador. Percebe-se que, do inciso I ao V, vai aumentando o grau de importância da colaboração até a “colaboração para libertação”:

- 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.

Quanto mais relevante o resultado alcançado graças à atuação do colaborador, mais benéfico há de ser seu prêmio. Além dessa eficácia da colaboração, são critérios para se firmar o prêmio a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso (art. 4º, §1º, da Lei 12.850/2013).

¹²NUCCI, 2017, p. 86.

Em outras palavras, os fatores previstos neste §1º, se negativos ao colaborador, não impedem que seja firmado o acordo, mas interferem em qual será o benefício que lhe poderá ser concedido.

Interessante que a legislação não exige sincero arrependimento para se firmar o acordo. Como já dito acima, voluntariedade e espontaneidade, para fins de Colaboração Premiada, não diferem.

Pois bem! Considerando que, em que pese não haver direito subjetivo de se firmar acordo, passa-se a haver tal direito depois que o acordo é firmado e cumprido. No julgamento do processo, o Juiz precisa obedecer às disposições da Colaboração Premiada. Assim, sendo o caso de sentença condenatória, fará a dosimetria, seguindo as regras comuns (previstas no artigo 59 e seguintes do Código Penal) e, em seguida, aplicará o benefício previsto no acordo. Isto deve ser feito, porque, caso o colaborador venha a descumprir o acordo, fica lá consignada a pena que precisará cumprir:

[...] ao proferir a sentença, realizará, no caso de condenação, a dosimetria da pena e dizer qual a pena seria aplicada ao réu, não houvesse ele feito o acordo. Assim, condena-se, deixando-se expressa qual a pena cabível, porém ressalva-se, ao final, que a pena concretamente aplicada será a prevista no acordo de colaboração. [...] Assim tem sido feito na Operação Lava Jato...¹³

Situação diferente ocorre quando o benefício concedido é o perdão judicial (exceção ao Princípio da Obrigatoriedade, previstos no artigo 129, I, da Constituição da República e artigo 24 do Código de Processo Penal), pois este só pode ser concedido antes da sentença condenatória (§5º do artigo 4º).

Além dos benefícios previstos no *caput* do artigo 4º (perdão, redução e substituição da pena), o §5º daquele mesmo artigo permite progressão de regime (além da redução da pena) se o acordo é firmado após a sentença condenatória.

¹³FONSECA, 2017, p. 125.

O parágrafo em questão deixa claro ser possível Colaboração na fase executiva, sendo, neste caso, o competente para a homologação o juízo da execução penal¹⁴. Tal previsão não fere a Coisa Julgada, por respeitar a individualização executória da pena.

Finalmente, além dos referidos benefícios no âmbito do processo criminal, há possibilidade de se negociar benefício no âmbito cível (por exemplo, na correspondente responsabilização por ato de improbidade administrativa), prática esta que foi adotada na Operação Lava Jato:

O réu colaborador do processo penal não tem propriamente o direito de não ser processado na seara da improbidade administrativa. Esta é uma cláusula, porém, que pode e – a nosso ver – merece ser negociada.

Sobre a leniência na improbidade, vale ressaltar que o Ministério Público Federal tem papel protagonista. Os acordos da Operação Lava Jato preveem imunidade nas ações de improbidade administrativa, o que consiste em grande benefício ao réu colaborador, diante das duras sanções da Lei nº 8.429/1992.

Tais cláusulas não vêm sendo questionadas no Judiciário, nem na primeira instância (Vara Federal em Curitiba) nem no Supremo Tribunal, que as tem homologado sem ressalvas. A 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, por seu turno, também tem homologado todos os acordos feitos na seara da improbidade administrativa na Operação Lava Jato¹⁵.

¹⁴Conforme previsto no art. 66, inciso I, da Lei da Execução Penal, “compete ao Juiz da execução aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado”.

¹⁵FONSECA, 2017, p. 150-151.

8 Sigilo

O artigo 7º da Lei em questão prevê sigilo do acordo de Colaboração Premiada até o recebimento da denúncia.

Como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, o amplo acesso dos autos pela defesa a que se refere a sua Súmula Vinculante 14 (“É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”) depende de certos requisitos, dentre os quais o ato de colaboração não se referir à diligência em andamento:

Reclamação. 2. Direito Penal. 3. Delação premiada. ‘Operação Alba Branca’. Suposta violação à Súmula Vinculante 14. Existente. TJ/SP negou acesso à defesa ao depoimento do colaborador Marcel Ferreira Júlio, nos termos da Lei n. 12.850/13. Ocorre que o art. 7º, § 2º, do mesmo diploma legal consagra o ‘amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa’, ressalvados os referentes a diligências em andamento. É ônus da defesa requerer o acesso ao juiz que supervisiona as investigações. O acesso deve ser garantido caso estejam presentes dois requisitos. Um, positivo: o ato de colaboração deve apontar a responsabilidade criminal do requerente (INQ 3.983, rel. min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 3.3.2016). Outro, negativo: o ato de colaboração não deve referir-se à diligência em andamento. A defesa do reclamante postulou ao Relator do processo o acesso aos atos de colaboração do investigado. 4. Direito de defesa violado. 5. Reclamação julgada procedente, confirmando a liminar deferida¹⁶. (destaque nosso)

¹⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rcl 24116*. Da Segunda Turma, Relator: Min. Gilmar Mendes, Brasília, DF, 13 de dezembro de 2016. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 jan. 2018.

Portanto, a disposição legal em análise não viola nenhum direito da defesa, tratando-se de mero contraditório diferido, tanto quanto ocorre com outros meios de obtenção de prova, como a interceptação telefônica:

Quer-se garantir ampla defesa tanto ao delator quanto aos delatados, exceto no tocante às diligências em andamento, o que é natural. Não se concede vista à defesa de quem quer que seja enquanto se desenvolve, por exemplo, uma interceptação telefônica. O mesmo se dará no percurso da ação controlada ou da infiltração de agentes.

Recebida a denúncia, o acordo de colaboração deixa de ser sigiloso (art. 7º, §3º, da Lei 12.850/2013), como regra, respeitados os direitos do delator (vide o item a seguir). Pode, no entanto, o juiz *manter* o sigilo do processo, por razões de interesse público (ex.: cuida-se de organização criminosa de grande ramificação, perigosa à sociedade). No entanto, aos defensores dos demais réus, o acordo será acessível¹⁷.

9 Consequências do descumprimento do acordo

Quais as consequências do não cumprimento dos termos do acordo de Colaboração Premiada já homologado?

Em primeiro lugar, necessário esclarecer que o descumprimento não leva, necessariamente, a que seja decretada prisão preventiva, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA. DESCUMPRIMENTO. CAUSA DE IMPOSIÇÃO DE PRISÃO PROCESSUAL. DESCABIMENTO. ORDEM CONCEDIDA. 1. A prisão processual desafia a presença de algum dos requisitos

¹⁷NUCCI, 2017, p. 71.

previstos no art. 312 do CPP. 2. Inexiste relação necessária entre a celebração e/ou descumprimento de acordo de colaboração premiada e o juízo de adequação de medidas cautelares gravosas. 3. A teor do art. 316, CPP, a imposição de nova prisão preventiva desafia a indicação de base empírica idônea e superveniente à realidade ponderada no momento da anterior revogação da medida prisional. 4. Ordem parcialmente concedida, com confirmação da liminar deferida¹⁸.

É bastante importante frisar-se que Colaboração Premiada e Prisão (seja sua decretação, seja sua revogação) não guardam estreita relação, como fazem parecer notícias jornalísticas despidas de estudos técnicos fundamentados em séria análise quantitativa.

Pois bem! A grande consequência do descumprimento do acordo é a sua rescisão, com a não concessão (ou, em caso de cumprimento parcial, a concessão apenas proporcional) dos benefícios lá previstos.

Daí porque – repita-se – é essencial que, na sentença condenatória, antes de conceder o benefício, proceda-se a dosimetria da forma tradicional. Caso descumprido o acordo, procede-se da mesma forma de quanto o agente perde o direito de ter sua pena substituída: ocorre a reconversão da pena aplicada, tendo o agente que cumprir a sanção que havia sido substituída.

Necessário, ainda, frisar que, quando o cooperante faltar com a verdade em seu depoimento, não poderá responder pelo crime de falso testemunho (mesmo porque é pessoa interessada na causa), mas pelo crime específico previsto no art. 19 da Lei 12.850/2013.

Por outro lado, o art. 19 só incide se o agente não der causa a instauração de investigação policial, processo judicial, investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade, pois, se der causa, incide o art. 339 do Código Penal (denúnciação caluniosa).

¹⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 138207*. Da Segunda Turma, Relator: Min. Edson Fachin, Brasília, DF, 25 de abril de 2017. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 jan. 2018.

10 Análise de custo/benefício da Colaboração Premiada

Por várias vezes já se questionou se as vantagens do instituto da Colaboração Premiada superam as desvantagens para o Estado. De fato, este se submete à contribuição de criminosos, integrantes de organizações, para poder obter êxito no âmbito da persecução penal e, não bastasse isso, ainda negocia com tais coautores, beneficiando-os. Ocorre que, além de o instituto beneficiar o integrante da organização que resolveu colaborar com o Estado (em detrimento dos que permanecem atendendo à *omertà*), muitas vezes é a única maneira de resolver os casos que envolvam macrocriminalidade.

A esse respeito, já no Século XVIII, o Marquês Cesare Beccaria contabilizou que, em abstrato, as vantagens preponderaram:

Alguns tribunais oferecem a impunidade ao cúmplice de grave delito que delatasse os companheiros. Tal expediente tem inconvenientes e vantagens. Os inconvenientes são que a nação estaria autorizando a delação, detestável mesmo entre criminosos [...]. Além disso, o tribunal mostra a própria incerteza, a fraqueza da lei, que implora ajuda de quem a infringe. As vantagens consistem na prevenção dos delitos relevantes, que, por terem efeitos evidentes e autores ocultos, atemorizam o povo. Além disso, contribui para mostrar que quem não tem fé nas leis, isto é, no poder público, é provável que também não confie no particular. Parece-me que lei geral, que promettesse impunidade ao cúmplice delator de qualquer delito, seria preferível a uma declaração especial em caso particular, porque assim preveniria as uniões pelo temor recíproco que cada cúmplice teria de expor-se e o tribunal não tornaria audaciosos os criminosos chamados a prestar socorro num caso particular¹⁹.

Além das vantagens elencadas em tal literatura clássica, a Colaboração Premiada tem intensa relação com a moderna Justiça Restaurativa, pois

¹⁹BECCARIA, 1997, p. 121.

não foca na mera retribuição, mas também na busca de soluções para a reparação, inclusive na financeira. Grandes valores desviados são recuperados graças a tais acordos.

E não se deve olvidar, ainda, o caráter educativo (e, portanto, preventivo) do instituto:

O corrupto gera um alto custo social, não apenas sob o aspecto dos recursos públicos subtraídos, mas também pelo exemplo nos casos de impunidade. Se o Direito é um indutor de comportamentos, é importante saber se acordos de colaboração premiada firmados com acusados de crimes de corrupção induzirão comportamentos desejáveis, ou seja, se evitará que as pessoas pratiquem novos crimes. Se a colaboração premiada tiver esse caráter dissuasivo (*deterrence*) estar-se-á diante de um claro benefício para a sociedade²⁰.

Mas, além de analisar se o custo/benefício compensa para o Estado, há que se verificar se há vantagens para o próprio colaborador.

Sendo a Colaboração Premiada um contrato sinalagmático e oneroso, o colaborador e o membro do Ministério Público aceitam, ao firmar tal acordo, certas vantagens que vêm acompanhadas de desvantagens mútuas.

Assim, se por um lado o acordo prevê benefícios ao colaborador (como, por exemplo, substituição da pena), este também renúncia ao exercício de certos direitos, como o direito ao silêncio.

Tal renúncia gerou certa discussão sobre constitucionalidade da regulamentação legal da Colaboração Premiada – evidentemente superada na prática - eis que o Supremo Tribunal Federal, defensor máximo da Constituição da República, vem aplicando reiteradamente a legislação em comento.

De fato, não há inconstitucionalidade neste ponto, vez que tal renúncia observa o Direito à Individualização da Pena e os Princípios da Proporcionalidade e da Ampla Defesa. Ao possibilitar um tratamento mais benéfico ao

²⁰FONSECA, 2017, p. 209.

réu que, por exemplo, contribui eficazmente na recuperação do produto dos crimes praticados pela organização criminosa, a Proporcionalidade e a Individualização estão aprofundadas (e não desrespeitadas). Ao permitir que o réu seja beneficiado por revelar a estrutura da organização criminosa, cria-se mais uma possibilidade de estratégia de defesa (tornando-a, assim, ainda mais ampla).

Tal capacidade de negociação deve sim ser admitida, desde que prevista em lei, respeite o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, seja voluntária, temporária, revogável e vise a um benefício proporcional²¹.

Assim, no acordo, caso a caso, poderão ser negociadas outras renúncias que respeitem tais características mínimas. É possível, por exemplo, incluir no termo de colaboração a renúncia ao direito de recorrer das sentenças condenatórias, em relação aos fatos objeto da avença, podendo recorrer apenas da sentença que desrespeite os benefícios acordados. Nos acordos firmados no âmbito da Operação Lava Jato, consta tal cláusula.

Portanto, analisando abstratamente, o acordo produz, ao mesmo tempo, vantagens e desvantagens para o Estado e para o réu colaborador, sendo que as vantagens, em tese, prevalecem para ambos os contratantes, por proporcionar ao Estado sucesso na persecução criminal de casos extremamente difíceis, bem como por propiciar ao colaborador a ampliação de suas estratégias de defesa.

A confrontação entre vantagens e desvantagens fica muito mais clara, observando os casos concretos, pois poder-se-á verificar quanto houve de efetiva colaboração, o quanto isso foi decisivo para o sucesso da persecução penal, quais benefícios foram cedidos ao colaborador, dentre outros aspectos. Por exemplo,

No caso da Operação Lava Jato, é possível analisar se colaborar compensou para os acusados que tomaram essa decisão. Na primeira sentença proferida, oito pessoas foram condenadas à prisão, em um processo célere para os padrões da Justiça brasileira (cerca de um ano entre denúncia e sentença), sendo que seis desses réus foram condenados a pagar uma indenização de

²¹FONSECA, 2017, p. 133.

quase 19 (dezenove) milhões de reais à Petrobras para compensar os prejuízos sofridos por causa dos desvios de que foi vítima a companhia.

Foram aplicadas penas privativas de liberdade que variam de quatro a onze anos e seis meses de reclusão. Os primeiros réus colaboradores, Alberto Youssef e Paulo Roberto Costa, por sua vez, foram condenados, respectivamente – apenas nesse processo, eis que outros ainda serão julgados – a penas de nove anos e dois meses de prisão e sete anos e seis meses de prisão. O regime de pena acima de quatro anos impede a substituição por pena restritiva de direitos, e a pena acima de oito anos tem que ser cumprida em regime inicialmente fechado.

Contudo, ambos os réus colaboradores cumprirão apenas as penas acertadas no acordo que firmaram com o Ministério Público: Alberto Youssef cumpre três anos de reclusão em regime fechado; e Paulo Roberto Costa cumpre um ano de prisão domiciliar e, em seguida, um ano, recolhendo-se ao domicílio apenas nos finais de semana²².

Portanto, a forma mais eficiente de se analisar se vale a pena fazer o acordo é verificando caso a caso, ainda durante as negociações, pedindo uma “amostra” do que se pode revelar. Com tal dado, poder-se-á tratar dos benefícios e, então, o membro do Ministério Público e o potencial colaborador (com seu Defensor) terão condições de avaliar se as vantagens compensam as desvantagens:

Prometa à testemunha por escrito que você não vai usar o que ela lhe disser nesse estágio do processo contra ela, mas deixe igualmente claro que a sua decisão de fazer ou não um acordo e do que o acordo irá ou não conter não será feita antes que você tenha oportunidade de verificar o valor e a credibilidade da informação. Diga-lhe: É uma oportunidade que você tem para se ajudar, aceite-a ou deixe-a²³.

²²FONSECA, 2017, p. 222-223.

²³TROTT, 2007, p. 78.

Frise-se, ainda, que tal análise deve ser feita por profissionais (ou, de preferência, equipe de profissionais) altamente habilitados, tendo sempre em vista que se está fazendo negociação com um (ou alguns) criminoso(s) não necessariamente arrependido(s). Uma aceitação não amadurecida de proposta pode, inclusive, causar prejuízos ao nome e honra do membro do Ministério Público, caso se permita ser usado pelo criminoso colaborador para desmoralizar a instituição que representa:

Um criminoso colaborador é muito mais perigoso do que um bisturi porque um informante tem mente própria e, quase sempre, é uma mente que não carrega os valores e os princípios que animam a nossa lei e a nossa Constituição. Um informante é geralmente motivado por interesse próprio, este frequentemente de natureza sociopata, e que ele coloca em primeiro lugar. Mudará em um instante sempre que perceber que o seu interesse será melhor atendido de outra maneira. Por definição, informantes-testemunhas não são só os “fora da lei”, mas também os “viracascas”. Eles são traidores, e um promotor desatento a essas verdades desagradáveis anda sem patins em gelo escorregadio. Em um momento, um promotor pode efetivamente transformar-se no objeto de uma investigação, com duras consequências. Ademais, um informante, mesmo aparentemente engajado em colaborar com o caso, pode cometer perjúrio, obstruir a justiça, produzir prova falsa e recrutar outras testemunhas para corroborar suas histórias falsas. Depois de 40 anos em nosso sistema judicial, concluí que a mais grave ameaça à integridade deste e a sua missão de busca da verdade – e ainda, aos próprios promotores – vem de informantes mal escolhidos para seus papéis, manuseados e trabalhados sem cuidado. Por outro lado, alguns dos maiores sucessos em nossas cortes criminais poderiam não ter sido alcançados sem a utilização experiente e habilidosa desse tipo de testemunha²⁴.

²⁴TROTT, 2007, p. 69.

De qualquer sorte, repete-se que, mesmo com vantagens, a Colaboração Premiada só deve ser utilizada em casos complexos, em que dificilmente seria possível encontrar provas suficientes, sem a ajuda de um membro da organização. Verdadeiro arrependimento ou qualquer outro tipo de nobre intenção não é requisito para a Colaboração Premiada. Ao contrário, o corréu colaborador aceita o acordo visando à obtenção de vantagens – motivo suficiente para que o instituto seja usado com cautela e sem banalização.

11 Conclusões

A existência de vantagens e desvantagens em firmar um acordo de Colaboração Premiada é inerente à sua natureza jurídica de contrato sinalagmático e oneroso. Aliás, o simples fato de ser um contrato (e não uma convenção), já revela a existência de interesses contrapostos.

Na teoria, as vantagens superam as desvantagens.

Embora o Estado se submeta à situação de negociar com um criminoso, pode conseguir, através de tal meio de prova, descobrir novos coautores e partícipes, desvendar a estrutura da organização criminosa, prevenir que a organização cometa novos ilícitos, recuperar produtos ou proveitos e até localizar eventual vítima com sua integridade física preservada.

Já o particular, em que pese renuncie a certos direitos (como, por exemplo, o direito ao silêncio), aprofunda sua Ampla Defesa, a Proporcionalidade e a Individualização da Pena, podendo ter redução da pena, progressão do regime ou até perdão judicial. Ademais, também pode negociar vantagens na seara cível relativa à prática de ato de improbidade administrativa.

Isto é na teoria. Na prática, em concreto, durante as negociações, é necessário fazer-se análise profunda – caso a caso – se as vantagens continuam superando as desvantagens. É necessário que o Colaborador apresente uma “amostra” do que tem a contribuir, possibilitando ao membro do Ministério Público avaliar a importância de tais dados para enriquecer a persecução criminal, o que definirá se aceita ou não a proposta de Colaboração e, em a aceitando, quais benefícios serão concedidos.

Por ser a Colaboração voluntária (condição esta, aliás, comum aos contratos em geral), uma cuidadosa análise do custo/benefício é essencial, seja sob o ponto de vista do eventual Colaborador, seja sob o ponto de vista do membro do Ministério Público.

De fato, a voluntariedade também alcança o membro do Ministério Público, já que o possível Colaborador não tem direito subjetivo ao acordo, mas apenas aos benefícios após a homologação do deste.

Acordo entre representante estatal e representante de organização criminosa demanda extrema perícia, cautela e cuidadosa análise do contexto probatório. Seu resultado tanto pode significar essencial contribuição para dismantelar macroquadrilha, quanto pode ser usado para desmoralizar o Ministério Público e seus membros.

A Colaboração Premiada, portanto, é excelente instrumento de obtenção de meio de prova, mas precisa ser operacionalizada com zelo, experiência e de forma excepcional, ou seja, apenas nos casos especialmente complexos, em que não se verifica outra forma de desestruturar a organização, de descobrir seus integrantes e seus ilícitos.

Referências

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BORGES, Raissa Ferreira. A nova lei de organização criminosa (lei nº 12.850/2013) e o instituto da colaboração premiada. *Iuris in mente: Revista de Direitos Fundamentais e Políticas Públicas*. Ano I, n. 1. Itumbiara, jul./dez. 2016.

DIDIER JR, Fredie; BOMFIM, Daniela. Colaboração Premiada (Lei nº 12.850/2013): Natureza Jurídica e Controle da Validade por Demanda Autônoma – um Diálogo com o Direito Processual Civil. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. Ano XXII, n.º 62. Rio de Janeiro, out/dez. 2016.

FARIAS, Thiago Conde Ferreira. A nova sistemática operacional de infiltração de agentes pela lei 12.850/13. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 11 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.57865&seo=1>>. Acesso em: 7 jul. 2017.

FONSECA, Cibele Benevides Guedes da Fonseca. *Colaboração premiada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido; VIANA, Lurizam Costa. *A Lei 12.850/13 e evolução no tratamento legal do crime organizado no Brasil*. [S.I.], 2014. Disponível em: <ebooks.purs.br/edipurs/anais/ciencias_criminais/iv/03.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2017.

KUIAWINSKI, Ricardo Zanon. Análise crítica da nova lei de organização criminosa. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIX, n. 147, abr. 2016. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17075>. Acesso em: 7 jul. 2017.

MORO, Sérgio Fernando. A autonomia do crime de lavagem e prova indiciária. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XII, n. 41, p. 11-14, abr./jun. 2008.

LEITE, Glaucio Costa. Instrumentos de Fomento a Denúncias Relacionadas à Corrupção. *Revista Brasileira de Direito*. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/620/981>>. Acesso em: 22 out. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PIMENTEL, Isabella Arruda. *A corrupção no Brasil e a atuação do Ministério Público*. 2014. 128 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos). João Pessoa: Universidade Federal da Paraíba, 2014.

RODRIGUES, Richards Bruno. Considerações acerca da Lei Federal nº 12.850/2013: da organização criminosa. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVIII, n. 138, jul. 2015. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14997&revista_caderno=3>. Acesso em: 7 jul. 2017.

SILVA, Elder. *O instituto da colaboração premiada no combate ao crime organizado*. Disponível em: <<https://edertrombelli.jusbrasil.com.br/artigos/356215803/o-instituto-da-colaboracao-premiada-no-combate-ao-crime-organizado>>. Acesso em: 7 jul. 2017.

TROTT, Stephen. O uso de um criminoso como testemunha: um problema especial. Tradução: Sérgio Fernando Moro. *Revista CEJ*. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. v 11, n. 37, abr./jun. 2007.

Finalizando, agradeço o apoio de todos, sobretudo os profissionais, membros, servidores e colaboradores do Ministério Público do Estado da Paraíba que, direta ou indiretamente, têm contribuído com sua luz e esforço pessoal para a aproximação entre o meio acadêmico e a prática jurídica em geral.

**Francisco Seráfico Ferraz da
Nóbrega Filho**
Procurador-Geral de Justiça

