

**PARTE II**

**DOCTRINA**



## **O CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL COMO ATRIBUIÇÃO CONSTITUCIONALMENTE AFETA AO MINISTÉRIO PÚBLICO E ESSENCIAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

---

**Cíntia Maria Tojal Pires**

Advogada. Pós-graduada em Direito Público (Universidade Anhanguera).

### **SUMÁRIO**

1. O controle externo da atividade policial pelo ministério público: aspectos gerais. 1.1. Abrangência do termo "Controle Externo da Atividade Policial. 1.2. A auto-aplicabilidade do preceito constitucional. 2. O Estado Democrático de direito e o Controle Externo da Atividade Policial. 3. Instrumentos que regulamentam o Controle Externo da Atividade Policial. 4. Considerações Finais.

### **1. O Controle Externo da Atividade Policial pelo Ministério Público: Aspectos Gerais**

A Constituição da República de 1988 estabelece, em seu artigo 129, inciso VII, o Controle Externo da Atividade Policial como função institucional do Ministério Público, sendo esta a primeira Constituição brasileira a destinar, de forma clara, tal função ao Órgão Ministerial, devendo cada Ministério Público Estadual exercê-la de acordo com a lei complementar respectiva do seu Estado.

O estabelecimento explícito da atribuição do Controle Externo da Atividade Policial ao Ministério Público reflete o período de construção da Constituição de 1988, em que o Estado acabava de sair do regime militar - onde a polícia "tudo podia", sendo quotidianas as violações aos direitos humanos – e passa a se estabelecer sob a perspectiva de Estado Democrático, firmando-se o Ministério Público, nesse novo contexto, como instituição independente, apta a defender o Estado Democrático, seja na condição de *custos legis*, seja de *dominus litis*, inserindo-se aí o *munus* de controle externo da atividade policial.

Porém, antes do relacionamento do Ministério Público com a Polícia ser previsto no texto constitucional, este já havia sido disciplinado, de forma mais restrita, no âmbito infraconstitucional,

cite-se o Decreto-Lei 3.689 - Código de Processo Penal de 1941 (CPP) e a antiga Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981, hoje revogada pela nova Lei Orgânica do Ministério Público (Lei 8.625, de 12.02.93).

O Código de Processo Penal, em seu art. 4º, parágrafo único, deixa claro que, apesar da idéia de que a investigação criminal incumbe, prioritariamente, à Polícia Judiciária, nada impede que outras autoridades administrativas o façam, possibilitando-se, assim, a investigação pelo Ministério Público. Em seu art. 5º, II, prevê o CPP que o inquérito policial, nos crimes de ação penal pública, poderá ser iniciado por requisição do Ministério Público. O art. 16, II, estabelece a possibilidade de o Ministério Público requerer a devolução do inquérito policial à autoridade policial responsável, para que sejam efetuadas diligências, quando entender que os elementos contidos no inquérito não se revelam suficientes para o oferecimento da denúncia. Tal prerrogativa se constitui em instrumento de extrema importância para a construção de uma peça acusatória robusta e juridicamente viável.

A antiga Lei Complementar nº 40/81, previa, em seu art.7º, VII, o poder do Procurador Geral de Justiça de avocar, excepcionalmente, inquéritos policiais nas hipóteses em que não houvesse delegado de carreira. O art. 15 da mesma lei previa as atribuições do Ministério Público, destacando: promover diligências e requisitar documentos de qualquer repartição pública ou órgão da administração direta e indireta, dirigindo-se diretamente a qualquer autoridade, acompanhar investigações e assumir a direção de inquéritos.

Assim, apesar de mais restritos, tais dispositivos já previam um controle por parte do Ministério Público, uma fiscalização da correta aplicação da lei na esfera das polícias repressiva e preventiva, procurando-se com isso impedir a prática de abusos. Entretanto, a atribuição expressa do exercício do controle externo da atividade policial só foi estabelecida pela Constituição da República de 1988.

Cabe destacar que a Polícia é a primeira instituição que mantém contato com o crime, sendo esta a responsável pelas investigações, na maioria dos casos. Assim, reduzido é percentual de crimes que chegam ao conhecimento do Ministério Público através de outras fontes que não a própria Polícia. Ademais, a realidade demonstra ser a

Polícia, em última análise, quem acaba decidindo que fatos serão levados ao conhecimento do Judiciário e, por conseguinte, resultarão efetivamente punidos, nos moldes legais. Por outro lado, não raros são os episódios que noticiam abusos cometidos por policiais, em violação à integridade física e psíquica de seres humanos, fatos que revelam a reprodução de um passado sombrio, experimentado durante o regime militar.

A atividade policial é diferenciada em relação às demais atividades, principalmente, devido à possibilidade de utilização da “força armada” em seu exercício, e, por isso, exige-se que se exerça sobre ela um maior controle, na medida em que o uso desarrazoado da força pode desencadear a prática de atrocidades e, nesse sentido, pode resultar em abuso de poder, além de violação a direitos humanos e fundamentais, não sendo razoável se admitir que os abusos e excessos praticados no período de ditadura militar se repitam ainda nos dias atuais.

Ressalte-se que a polícia no Brasil é vinculada ao Poder Executivo, sendo o Brasil um dos três países do mundo, juntamente com Burundi e Botsuana, que a polícia não está vinculada ao Ministério Público<sup>1</sup>. Porém, não é por isso que deve sofrer ingerências políticas, tampouco pode se prestar à satisfação das pretensões econômicas do Estado: aí a importância do controle externo pelo Ministério Público, de molde a coibir tais desvios de finalidade.

Assim, visando coibir e buscar efetivar a punição nas hipóteses de violações e da não efetivação de direitos fundamentais, para combater a impunidade e contribuir para a melhoria na área de segurança pública foi que a Constituição Federal instituiu o controle externo da atividade policial, outorgando tal função ao Ministério Público, instituição independente que, antes de guardiã da lei, é guardiã da sociedade, dos direitos humanos e da democracia.

Rodrigo Regnier Chemim Guimarães ainda especifica o controle externo de duas formas: ordinário e extraordinário.

---

<sup>1</sup> Informação fornecida por Diaulas Costa Ribeiro, membro do MPDFT, durante evento ocorrido em Brasília/DF, denominado: O ministério público e o controle externo da atividade policial - Edição 2010. A palestra ocorreu em 24.05.2010 e foi intitulada "O controle externo da atividade policial no direito comparado e a experiência brasileira".

Segundo referido autor<sup>2</sup>, o controle ordinário consiste na atividade ministerial exercida corriqueiramente, através de controle de inquéritos policiais, do cumprimento de diligências requisitadas, de visitas às delegacias de polícia, com o objetivo de se verificar a regularidade da atividade policial e as condições de custódia de presos que por acaso se encontrem no local, etc. Já o extraordinário diz respeito à verificação da prática de um ato ilícito por um policial, o que importa a adoção de providências visando à apuração de possível abuso de autoridade policial ou de outros crimes mais graves, como a tortura.

Ressalte-se, ainda, que existem discussões no que concerne à legitimidade do controle externo exercido pelo Ministério Público, suscitadas, sobretudo, pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil, a qual apresenta argumentos que se opõem ao exercício de tal *mister*, sustentando, em linhas gerais, que o controle externo exercido pelo Ministério Público, nos moldes atuais, representa a submissão da polícia ao Ministério Público, algo que não poderia acontecer, já que a instituição policial só deve se submeter ao Poder Executivo, aduzindo, ademais, que já existiria a corregedoria de polícia com a função específica de apurar desvios de conduta perpetrados por policiais. Nesse sentido, sustenta a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4271, a qual contesta a Resolução nº20 do Conselho Nacional do Ministério Público e a efetivação do controle externo por Estados que não o disciplinaram em lei complementar.<sup>3</sup>

Todavia, referido controle, constitucionalmente assegurado, não significa subordinação da polícia ao Ministério Público, tampouco permite a ingerência do *Parquet* na atividade interna das forças

---

<sup>2</sup> GUIMARÃES, Rodrigo Regnier Chemim. **Controle Externo da Atividade Policial pelo Ministério Público**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p.81-82.

<sup>3</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4271. Controle Externo da Atividade Policial. Requerente: Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – ADEPOL – Brasil. Requerido: Presidente da República e outros. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2690639>>.

policiais, não configurando, por conseguinte, exercício de poder disciplinar do Ministério Público sobre a polícia.<sup>4</sup>

Ressalte-se que o controle exercido pelo Ministério Público não se confunde com as atividades inerentes à corregedoria de polícia, cabendo aqui diferenciar o controle interno, exercido pelas corregedorias de polícia, e o controle externo, exercido pelo Ministério Público. Enquanto aquelas apuram eventual falta disciplinar de integrante das polícias, o controle externo se presta a identificar e investigar possíveis configurações de crimes praticados por policiais, assim como suposta desídia dos policiais no exercício de suas atividades, além de fiscalizar as condições a que os presos provisórios são submetidos. Faz-se necessário tal controle extra-muros devido ao corporativismo que ainda se revela expressivo em sede de controle interno, sobretudo tendo-se em conta que a corregedoria não é instituição autônoma e que pertence à estrutura hierárquica da polícia, havendo possibilidade que o investigador, posteriormente, passe a trabalhar com o investigado.

Ademais, não é razoável que o *parquet* precise esperar o resultado da apuração de procedimento disciplinar ou de um possível inquérito, para propor eventual ação penal, civil ou administrativa, pois isso levaria um tempo longo e inviável para a adoção de quaisquer medidas por parte do órgão acusador, acentuando-se os riscos de sua final ineficácia.

O controle externo da atividade policial “a ser exercido pelo Ministério Público seria em forma de vigilância, verificação e inspeção, examinando as atividades policiais, visando o seu bom andamento e observação do restrito cumprimento das leis, como verdadeiro *custos legis*”.- sic<sup>5</sup> Ressalte-se que o Ministério Público, na condição de titular da ação penal pública, constitui-se no maior interessado em que suas prerrogativas de atuação possam ser viabilizadas em conformidade com os preceitos legais, porque, na

---

<sup>4</sup> SILVA JUNIOR, Edison Miguel da. **Controle externo da atividade policial e legislação vigente**. Ministério Público do Estado de Goiás. Controle Externo da Atividade Policial. Goiás: CAO. (Coleção Centros de Apoio Operacional). p.9.

<sup>5</sup> LIMA, Marcelus Polastri. **Ministério Público e Persecução Criminal**. 2ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. p. 69.

maioria das vezes, só se faz possível a ação criminal se puder se contar com um inquérito policial bem elaborado e instruído com prova de materialidade e indícios de autoria delitiva.

Todavia, apesar do argumento de que o Ministério Público é o mais interessado nesse controle e as evidências da necessidade de um controle feito por um órgão autônomo e independente, existe uma Proposta de Emenda Constitucional n° 381/2009 que tem como base retirar do Ministério Público o controle das atividades das polícias civis e repassar esse controle para um conselho composto, em sua maioria, por delegados de polícia; assim este conselho passará a ter tarefas que hoje são do Ministério Público, como buscar prevenir e corrigir ilegalidades e abuso de poder cometido pelas polícias. Pela proposta, compete ao Conselho o controle da atuação administrativa, funcional e financeira das polícias Federal, dos estados e do Distrito Federal. As polícias militares não foram incluídas no texto<sup>6</sup>.

De acordo com a PEC o conselho será composto por 10 delegados, dois advogados, dois magistrados, um membro do Ministério Público e um cidadão de notável saber jurídico e reputação ilibada a ser escolhido pelo Congresso. Entre outras funções, caberá ao Conselho apreciar os atos ilegais cometidos por policiais e aplicar penalidades. A justificativa do autor da proposta para a criação desse conselho é que o Ministério Público não tem feito esse controle, e não pode estabelecer punições. Destaque-se que a proposta já foi aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara, seguindo ainda o seu trâmite.

Por outro lado, existem argumentos contrários a esta proposta, tendo a Associação Nacional do Ministério Público se manifestado no sentido de que o *parquet* já exerce a função de controle com eficiência, e tem buscado aprimorar esse controle, através, por exemplo, de recomendações e incentivando sempre a troca de experiências entre os seus membros, promovendo simpósios e reuniões.

---

<sup>6</sup> JUSBRASIL. Câmara aprova criação de Conselho para fiscalizar polícias federal e civil. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/politica/4891690/camara-aprova-criacao-de-conselho-para-fiscalizar-policias-federal-e-civil>.

Acentua-se também que a maioria dos integrantes deste conselho são Delegados de polícia, o que na prática, portanto, não existiria um controle externo e sim interno. Correndo um grave risco do controle externo não ser efetivado, diante de um controle que pode ser corporativo. Diferentemente é o controle exercido pelo Ministério Público, instituição independente, imparcial, defensor da sociedade. Portanto, tem características próprias para o exercício deste controle e por isso recebeu do constituinte originário essa função.

O controle externo da atividade policial foi criado, justamente, para garantir a efetivação de direitos e garantias fundamentais, pois não basta o estabelecimento de limites e proibições em leis para que a instituição policial, constituída por seres humanos falíveis, muitos já com vícios na prática de arbitrariedades e abusos inspirados em uma suposta “discricionariedade” – resquícios do período da ditadura militar, modifique sua postura, razão pela qual se faz necessário o efetivo exercício de um controle externo, através do *parquet*.

Pode-se definir, portanto, o controle externo da atividade policial como um instrumento de fiscalização da atividade policial, acompanhando a atividade de prevenção, apuração e investigação de fatos criminosos, verificando a garantia de direitos dos presos que estão sob a responsabilidade da polícia, assim como possíveis abusos na atuação policial, além do cumprimento das determinações judiciais, visando à preservação da ordem pública e, acima de tudo, a efetivação de direitos e garantias fundamentais, tendo-se sempre como base o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

### **1. Abrangência do termo “Controle Externo da Atividade Policial”**

A abrangência do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público ainda gera discussão entre os doutrinadores e operadores do direito, em relação a qual ou quais polícias se destina tal controle.

Alguns defendem que ele se refere apenas ao controle da polícia judiciária. Nesse sentido, Manuel Pinheiro Freitas diz “que o controle deve ser exercido sobre a *atividade-fim* da polícia judiciária, que é a investigação da autoria, da materialidade e das circunstâncias dos ilícitos penais”, enfatizando que o controle externo da atividade policial refere-se apenas à atuação da polícia, enquanto polícia

judiciária.<sup>7</sup> No mesmo sentido defende Walter Paulo Sabella<sup>8</sup> e Afrânio Silva Jardim<sup>9</sup>.

Uma segunda corrente, defendida por Paulo Rangel<sup>10</sup>, Rodrigo Regnier Chemim Guimarães<sup>11</sup> e Carlos Alexandre Marques, sustenta que o controle do Ministério Público, estabelecido no art.129, VII, da CR/1988 possui caráter geral, devendo ser exercido perante as polícias judiciária e ostensiva, inseridas ambas, *lato sensu*, na função de zelar pela segurança social, pois, se assim não fosse, o próprio constituinte teria limitado tal controle, o que faz com que referido entendimento se revele o mais consentâneo com a previsão constitucional.

Neste sentido, preceitua Carlos Alexandre Marques:

Abarca tal dever de controle tanto as atividades da Polícia Judiciária como da Polícia Militar sempre que ambas agirem em situações de interesse do Ministério Público, como na instrução do inquérito policial e do inquérito policial militar, no registro das ocorrências e TCO's, nas blitz, no cuidado dos presos, no trato com os cidadãos (abordagem ilícita), na prestação pelo Estado do serviço de segurança social etc.<sup>12</sup>

Segundo este autor, o controle externo da atividade policial encontra fundamento na fiscalização e garantia do direito difuso à segurança enquanto dever do Estado, na defesa dos direitos

---

<sup>7</sup> FREITAS, Manuel Pinheiro. **O Controle Externo da Atividade Policial: do discurso a prática**. Ministério Público do Estado de Goiás. Controle Externo da Atividade Policial. Goiás: CAO. (Coleção Centros de Apoio Operacional). p.25-27.

<sup>8</sup> SABELLA, Walter Paulo. Atividade Policial: controle externo pelo Ministério Público. **Justitia**, São Paulo, v.60 (número especial), 1999.p.1062-1069.

<sup>9</sup> JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro. Forense, 2000. p.325-334.

<sup>10</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.97-98.

<sup>11</sup> GUIMARÃES, Rodrigo Regnier Chemim. Controle Externo da Atividade Policial pelo Ministério Público.p.103-106.

<sup>12</sup> MARQUES, Carlos Alexandre. **Controle externo da atividade policial: natureza e mecanismos de exercício**. Ministério Público do Estado de Goiás. Controle Externo da Atividade Policial. Goiás: CAO. (Coleção Centros de Apoio Operacional). p. 38.

individuais e na utilização dos instrumentos constitucionais que visam a assegurar tais direitos (*habeas-corpus*, mandado de segurança etc), além do controle externo na atividade fim policial (criminal e civil).

A abrangência de tal controle às polícias judiciária e ostensiva encontra alicerce no fato de que, se o constituinte quisesse, teria restringido o controle externo à polícia judiciária: se assim não agiu, optou por considerar a importância do controle externo da polícia ostensiva, principalmente, levando-se em consideração a necessidade de controle da forças militares, após a superação dos registros negativos de violação a direitos, acumulados durante o período de dominação do regime militar, que antecedeu a atual Carta Magna.

## **2. A auto-aplicabilidade do preceito constitucional**

O art.129, VII, da Constituição da República de 1988 prevê que o controle externo da atividade policial será exercido na forma da lei complementar respectiva.

A grande discussão está no condicionamento da regulamentação do exercício do controle externo à edição de lei complementar. Assim, no Estado que não possui lei orgânica disciplinando o controle externo, esta norma constitucional tem aplicabilidade?

Neste aspecto, alguns defendem que esta norma depende de uma lei para ter eficácia, só podendo tal controle ser disciplinado e regulamentado por Lei Complementar Estadual, no caso dos Ministérios Públicos Estaduais. Nesse sentido, os argumentos suscitados na ADI 4271.

Porém, não é esse o entendimento mais coerente já que, conforme preceitua José Afonso da Silva<sup>13</sup>, não há que se falar em norma constitucional destituída de eficácia. Opostamente, toda norma terá aplicabilidade nos limites de sua eficácia, até onde seja suscetível de execução, podendo-se, sim, admitir que certas normas não se manifestem na plenitude de seus efeitos, mas jamais que se revelem inaplicáveis em sua inteireza.

Logo, qualquer norma, possuem eficácia, ainda que limitada, e aplicabilidade, é nessa hipótese que se insere o controle externo da

---

<sup>13</sup> DA SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas Constitucionais**. 6ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p.76-82.

atividade policial, o qual deve ser exercido pelo Ministério Público Estadual, independentemente de previsão na lei orgânica da respectiva unidade da federação.

Assim, os Estados que não possuem lei regulamentando tal matéria podem utilizar os dispositivos preexistentes, entre eles os previstos no Código de Processo Penal. Além disso, pode-se adotar os arts. 9º e 10, ambos da Lei Complementar nº 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), tendo o art. 80 da Lei nº 8.625/93 previsto a aplicação subsidiária daquela aos Estados, o que autoriza o exercício do controle.

Este é o entendimento de Afrânio Silva Jardim<sup>14</sup>, Paulo Rangel<sup>15</sup>, Marcelus Polastri Lima<sup>16</sup> e Rodrigo Régner Chemim Guimarães<sup>17</sup>.

## **2. O Estado Democrático de direito e o Controle Externo da Atividade Policial**

O Estado democrático de direito é caracterizado pela participação efetiva do povo na coisa pública. Nele poder emana do povo e deve ser exercido para o povo, visando à construção de uma sociedade livre, justa, igualitária e solidária e, por conseguinte, à promoção de justiça social. É este o modelo de Estado previsto na CR/88, com alicerce no princípio da dignidade da pessoa humana.

O Estado Democrático de Direito é norteado pelo princípio da legalidade, sujeitando-se ao império da lei, que se constitui em instrumento de regulação da vida social, guiando os homens na realização de seus interesses. A lei, portanto, interfere na realidade social, voltando-se à realização da igualdade material e da justiça. Estado Democrático de Direito também é baseado na separação dos poderes, que pressupõe mecanismos de controle recíproco entre os mesmos, através de um sistema de freios e contrapesos.

Portanto, se existe um controle entre os Poderes, não há como se admitir instituições e órgãos imunes a um controle externo, não

---

<sup>14</sup> JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**, p.325-334.

<sup>15</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, p.97-98.

<sup>16</sup> LIMA, Marcelus Polastri. **Ministério Público e Persecução Criminal**.

<sup>17</sup> GUIMARÃES, Rodrigo Regnier Chemim. **Controle Externo da Atividade Policial pelo Ministério Público**.

sendo compatível com o Estado democrático a prática de atos, pela administração pública, que não se submetam a um controle de legalidade, o que sugere a necessidade do exercício do controle externo da atividade policial.

O dicionário Aurélio define a palavra “controle” como “ato ou poder de controlar; fiscalização exercida sobre as atividades de pessoas, órgãos, etc., para que não se desviem de normas pré-estabelecidas”.<sup>18</sup> É de acordo com este último sentido que a palavra controle foi empregada pelo constituinte ao estabelecer o “controle externo da atividade policial”.

Ao justificar o controle externo da atividade policial, José Fernando Marreiros Sarabando assevera que o mesmo representa “outra faceta do sistema comum de freios e contrapesos entre os Poderes e as instituições públicas, criando uma inter vigilância extremamente saudável para a sociedade que, além de ser a mantenedora desse universo, é a destinatária de seus produtos e serviços”.<sup>19</sup>

A fórmula jurídica de freios e contrapesos baseia-se na ideia de que uma instituição controla a outra, de forma que o poder de uma instituição não pode ser ilimitado. Assim, referido controle revela-se compatível com o Estado Democrático de Direito, sendo essencial para um funcionamento sadio do Poder Público, sob a perspectiva de garantia de direitos fundamentais dos indivíduos e da sociedade. Além disso, destaque-se que, em um regime que se diga democrático, nenhum Poder há de se auto-intitular ilimitado.

Referida fórmula fundamenta-se na ideia de que todo poder sem controle fomenta a prática de desvios de conduta e de corrupção, bem como, de outras ilegalidades. Ora, se não há controle, não há como se obter informações acerca das irregularidades e ilegalidades porventura perpetradas e serem aplicadas punições, o que fomenta a sensação de impunidade.

---

<sup>18</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Minidicionário da língua portuguesa. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.p.145.

<sup>19</sup> SARABANDO, José Fernando Marreiros. O controle externo da atividade policial pelo Ministério Público. **Justitia**, São Paulo, a.59, vol.177, p.46, 1997.

O controle externo pelo Ministério Público revela-se, portanto, um eficaz sistema de vigilância entre instituições, sendo, no caso da fiscalização da atividade policial, mecanismo voltado à inibição e repressão de práticas abusivas e de outras espécies de irregularidades. Deve-se ressaltar que referido controle volta-se à satisfação do interesse público, já que busca a garantia de uma polícia mais eficiente e condizente com as suas atribuições constitucionalmente definidas, atendendo às necessidades da sociedade<sup>20</sup>.

Diante de tal controle, pode-se falar em *accountability* da atividade policial. *Accountability* é um termo em inglês que não possui tradução exata para o português, sendo associado ao dever de prestar contas daqueles que exercem função pública, não apenas em termos quantitativos, valores, mas também quanto às tarefas desempenhadas. Uma palavra em português que poderia ser associada ao termo *accountability* seria “responsabilização”. Logo, através do controle externo é possível haver uma prestação de contas, de forma que aqueles que usem o poder de polícia de forma arbitrária, violem direitos fundamentais ou se omitam, não realizando deveres impostos em leis, possam ser responsabilizados.

Cabe destacar que o Ministério Público foi o escolhido para essa função por ser uma instituição voltada à defesa da sociedade e do regime democrático - entendendo-se democracia como governo da maioria do povo - e que deve zelar pelos interesses do povo, conforme preceitua Hugo Nigro Mazzilli<sup>21</sup>.

Destacando a importância dessa espécie de controle para a democracia, cabe aqui lembrar José Afonso da Silva, o qual define a democracia como “regime de garantia geral para a realização de

---

<sup>20</sup> MALULY, Jorge Assaf. O Controle externo da atividade policial. Seus limites e seus instrumentos. In: Ministério Público do Espírito Santo. **Resgate da Cidadania: Prevenção e repressão à Criminalidade**. Vitória: CEAF, 2007. (Coleção do Averso ao Direito, v.7).p. 257.

<sup>21</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. Ministério Público e a Defesa do Regime Democrático. IN: VIGILAR, José Marcelo Menezes; JÚNIOR MACEDO, Ronaldo Porto (coord). **Ministério Público II: democracia**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 95.

direitos fundamentais do homem”<sup>22</sup>. Diante disso, um Estado democrático deve dispor de meios para efetivar e resguardar tais direitos, sendo o controle externo da atividade policial pelo Ministério Público um desses meios, na medida em que seu exercício implica zelo pelo direito à segurança, à liberdade, à vida, etc.

### **3. Instrumentos que regulamentam o Controle Externo da Atividade Policial**

A Constituição da República de 1988, em seu art. 129, VII, estabelece que o exercício do controle externo será feito na forma que a lei complementar estabelece, sendo esta a lei orgânica de cada Ministério Público, dos Estados e da União, não havendo, assim, qualquer controvérsia quanto à possibilidade de tal controle ser disciplinado em lei específica.

A lei nº 75/93 – lei orgânica do Ministério Público da União – disciplinou o exercício do controle externo em seus arts. 3º, 9º e 10, sendo tais normas aplicadas subsidiariamente aos Ministérios Públicos Estaduais, conforme preceitua o art. 80 da lei orgânica nacional do Ministério Público – Lei nº 8.625/93.

Critica-se o fato do constituinte originário, ao estabelecer que o disciplinamento de tal controle deve ser elaborado no âmbito de cada Ministério Público, deixando de traçar regras mínimas de cumprimento obrigatório, perdeu a oportunidade de fixar uma padronização básica quanto à forma e extensão do exercício e definição desse controle. Cada Estado, da forma como hoje está posto, pode discipliná-lo de modo autônomo. Saliente-se que, atualmente, quase todos os Estados já possuem lei orgânica disciplinando o controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, havendo unidades da Federação que possuem lei complementar para tratar exclusivamente do controle externo, a exemplo da lei complementar nº 11.578/01, do Estado do Rio Grande do Sul.

Diante disto, com o objetivo de unificar o entendimento nacional acerca do exercício desse controle, o CNMP editou, em 2007, a Resolução nº 20, importante instrumento de reforço a tais atribuições no âmbito do *Parquet*, bem como de baliza para os membros do

---

<sup>22</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.p.132.

Ministério Público incumbidos de tal função, ainda que se possa observar que referida Resolução, em verdade, só tenha compilado dispositivos já existentes na legislação.

Sobre o tema, a Recomendação nº 15 do CNMP de 07 de Abril de 2010, dispõe que não cabe aos órgãos policiais controlados impor restrições ao exercício do controle externo pelo Ministério público, assim como não podem se negar a atender às requisições ministeriais, e diante disto recomenda que os membros do Ministério Público realizem este controle nos termos constitucionais e legais, bem como de acordo com as orientações do conselho, promovendo a responsabilização dos servidores que queiram colocar obstáculo ao controle adotando-se as medidas cabíveis no plano criminal, sem prejuízo das providências que se mostrarem pertinentes à luz da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92).

Visando definir diretrizes para o exercício desse controle e para a boa atuação policial, os membros do *parquet* presentes ao Simpósio da Sociedade Civil e Fiscalização de Violência Policial, ocorrido em junho de 2008, em Brasília, Distrito Federal, confeccionaram a “Carta de Brasília”, a qual contém recomendações que deveriam ser implementadas pelos Ministérios Públicos e instituições policiais em todo o País. Na prática, porém, tais medidas não foram integralmente concretizadas, apesar da relevância e urgência que a matéria suscita.

Em 2009, o Conselho Nacional do Ministério Público editou o Manual do Controle Externo da Atividade Policial, o qual tem se revelado importante instrumento de trabalho para os membros do Ministério Público que exercem o controle externo da atividade policial já que, além de definir o que é o controle e quais os seus objetivos, esclarece as formas para seu adequado exercício, bem como, os instrumentos que podem ser utilizados para a garantia de um eficaz controle, além de servir como ferramenta de padronização de tal controle em âmbito nacional, reafirmando sua importância, em seara ainda permeada de muitas resistências e objeções, no campo doutrinário.

Destaque-se que a disciplina desse controle, assim como o esclarecimento dos meios pelos quais o mesmo pode ser exercido, revelam-se essenciais para que tal mecanismo cumpra com o seu objetivo de combater arbitrariedades policiais e para que os

promotores que exercem esse controle não exacerbem no exercício de tal atividade, ao ponto de interferirem na seara administrativa, evitando-se, assim, um conflito entre a polícia e o Ministério Público.

Deve-se sempre lembrar que o controle não é exercido contra a polícia e sim, em benefício da sociedade e da própria instituição policial, pois, em última análise, tenciona-se, com tal atividade, solucionar, inclusive, dificuldades enfrentadas pela própria polícia, as quais podem ser detectadas e combatidas. Ademais, citado controle pode resultar em uma valorização das instituições policiais, através da análise e divulgação de práticas exitosas<sup>23</sup>.

Os resultados positivos do controle externo da atividade policial dependem da disposição e comprometimento das partes envolvidas neste controle, Ministério Público e Polícia, cabendo à polícia divulgar e debater com a sociedade suas atividades, preparar os seus membros com base no respeito à dignidade da pessoa humana, sem violações, portanto, a direitos fundamentais, e desenvolvendo instrumentos para o controle do uso da força, sendo este o principal elemento diferenciador da instituição policial.

#### **4. Considerações Finais**

A atividade policial é diferenciada de todas as demais atividades prestadas pelo Estado, pois a polícia, tanto a civil como a militar, tem discricionariedade no exercício da sua função, vez que não são previstas para todas as hipóteses uma forma de atuação, não existe uma regra pré-estabelecida que norteie toda uma investigação, ou até que estabeleça uma forma específica de agir em determinada situação, e, além disso, tem como principal característica diferenciadora a possibilidade do uso da força.

No entanto, a polícia não pode se valer da discricionariedade, para se omitir ou para justificar abusos, assim como a força não pode ser usada de forma arbitrária. Todavia, o que se vê diariamente é o aumento da criminalidade e a não efetivação do direito à segurança, sendo, não raras vezes, constatados abusos policiais, sendo recorrente

---

<sup>23</sup> CONSELHO NACIONAL DOS PROCURADORES-GERAIS DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS DOS ESTADOS E DA UNIÃO. **Manual do Controle Externo da Atividade Policial**. In: Alice de Almeida Freire (coord). Goiânia: MP, 2009.

casos de violência policial, principalmente, no momento do flagrante. O que demonstra que a polícia ainda é despreparada e que também precisa de limites em sua atuação, não podendo esta atividade, essencial para a sociedade, ser exercida de forma que venha a violar direitos fundamentais.

Assim, respeitando a idéia de que nenhum Poder pode ser exercido sem controle, foi que o constituinte estabeleceu como uma das funções do Ministério Público o Controle Externo da Atividade Policial, visando, através dele coibir práticas ilegais recorrentes na polícia, buscando que esta exerça as funções a que foi destinada, respeitando direitos fundamentais, e garantindo a segurança pública.

O Ministério Público é uma instituição independente e permanente, tendo como função defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, sendo fundamental para a instauração do Estado Democrático de Direito, além de ser titular da ação penal pública. Portanto, esta se revela a melhor escolha para o exercício do controle, sendo evidente o seu interesse na boa atuação da polícia.

Cabe destacar, que através desta função o Ministério Público não se investe no papel da corregedoria de polícia, muito menos poderia a corregedoria de polícia exercê-la, principalmente devido ao fato de que na estrutura policial poderia haver um certo temor, além do corporativismo, de um buscar a responsabilização do outro com medo de uma retaliação no futuro, quando mudar a “direção”.

Ressalte-se que não faz sentido dizer que somente a polícia judiciária se submete ao controle externo da atividade policial, atingindo este controle toda atividade policial que seja executada tendo como fim garantir a segurança pública.

Frise-se que através do controle externo o Ministério Público não busca entrar em conflito com a polícia, muito menos se sobrepor a ela. O objetivo do controle é coibir irregularidades de forma que venha a melhorar a polícia e a sua atuação, pois buscando a punição de uma autoridade policial que atua de forma indevida, beneficia-se a própria instituição, assim como, quando se ajuíza uma ação perante o Estado pleiteando a interdição de xadrezes das delegacias, a reforma das delegacias, ou a garantia de direitos dos presos. O que se quer não é interferir na atividade policial dizendo o modo que a polícia deve

atuar, mas sua atuação eficiente, de forma que verdadeiramente combata a criminalidade e a impunidade.

O controle obstaculiza a prática de irregularidades a medida que os indivíduos têm conhecimento que serão responsabilizados por elas, pois elas serão identificadas. Cabe ainda ressaltar que, como a polícia é subordinada ao Poder Executivo, poderia, de alguma forma, sofrer ingerências deste poder. Já o Ministério Público é uma instituição autônoma não podendo sofrer intervenções daquele Poder.

Ressalte-se ainda que o Ministério Público apesar de não poder interferir diretamente na forma de atuação da polícia, pode incentivar a adoção de determinadas formas de atuação e de políticas públicas pela polícia e até trabalhar em conjunto com ela na efetivação de políticas preventivas, como exemplo, em projetos de polícia comunitária e no incentivo do treinamento policial pautado nos direitos humanos. Assim, será estabelecida uma boa relação entre polícia, Ministério Público e sociedade, atuando estas duas instituições não só na repressão ao crime, como também em sua causa, buscando, assim a diminuição da criminalidade, garantindo da melhor forma o direito à segurança.



**A ATUAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL  
DO MINISTÉRIO PÚBLICO**  
**Limites, potencialidades e o relacionamento com os  
Ministérios Públicos**

---

**Humberto Pimentel Costa**

Promotor de Justiça, Ministério Público do Estado de Alagoas  
Mestre em Direito Público pela UFPE

**SUMÁRIO**

1. Introdução. 2. *Quis custodiet ipsos custodes?* 3. *Quo vadis?* 4. Resumo da Ópera.

**1. Introdução**

O controle externo do Ministério Público foi fortemente cogitado durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte de 1988. O texto final, historicamente registrado, não contemplou essa inovação.

Desde então, a discussão nacional relacionada à necessidade de um órgão de controle externo de todo o Ministério Público brasileiro ficou subjacente, entrando e saindo de pauta, gerando expectativas e receios, especialmente entre os membros da instituição.

Com a Emenda Constitucional n.º. 45, finalmente foi criado o Conselho Nacional do Ministério Público, que iniciou suas atividades em 2005. Trata-se, portanto, de órgão recentíssimo, com aproximadamente sete anos de atividade. A magnitude de suas atribuições, em suma: *o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros*, nos precisos termos do §2º do art. 130-A da Constituição Federal, parece acentuar essa juventude.

Com efeito, afora em sede de poder constituinte originário, raramente se observa o advento de órgão público dotado de tarefa tão complexa e delicada. Seu pouco tempo de existência e a circunstância de não ter surgido com o início simbólico do Ministério Público contemporâneo, em 1988, faz com que suas atribuições, e o exercício prático que delas se tem extraído, ganhem grande destaque e sejam observados com muita atenção.

Apesar de recente, percebe-se uma expressiva produtividade na atuação do Conselho Nacional do Ministério Público. A cada ano são julgados mais processos<sup>1</sup>, de todas as naturezas, em comparação com os anos anteriores<sup>2</sup>. As inspeções da Corregedoria Nacional, por Estados da Federação e por ramos especializados do Ministério Público, estão se intensificando. Há, atualmente, uma quantidade bastante significativa de normas (resoluções, enunciados, recomendações etc.) em vigor, bem como alguns projetos aguardando votação.

Do mesmo modo, paralelamente ao incremento da produtividade, com certeza fruto da estruturação que ultimamente vem se verificando no referido conselho, constata-se uma pronunciada mudança de modelo de atuação. O observador atento não terá dificuldade em perceber que o órgão que foi instituído para ser, pura e simplesmente, o controlador externo do Ministério Público brasileiro, tem procurado atuar, também, como proponente de nivelamento e integração.

## 2. *Quis custodiet ipsos custodes?*

A famosa frase do poeta romano Juvenal, que pode ser traduzida de várias formas, dentre elas: *Quem vigia os vigias?* ou *Quem fiscaliza os fiscais?*, perfeitamente se encaixa no contexto referente aos limites de atuação do poder público, do Ministério Público ou do próprio Conselho Nacional do Ministério Público.

O exercício de parcela do poder, em uma democracia, pressupõe a existência de mecanismos de controle. A teoria a esse respeito é amplamente conhecida, mas nunca será demasiadamente lembrada.

A tripartição dos poderes é o seu ápice, possuindo corolários que geram saudáveis imbricações entre as mais diversas formas de concretização da soberania popular.

No Brasil, consagrou-se a utilização do sistema de freios e contrapesos, com órgãos de Estado dotados de atribuições que se

---

<sup>1</sup> 80% dos procedimentos autuados foram decididos pelo CNMP.

<sup>2</sup> Processos autuados no CNMP:

2005 – 144;

2006 – 736;

2007 – 1.058;

2008 – 1.115;

2009 – 1.535;

2010 – 1.859.

sobrepõem, cada um interferindo, em tese de forma salutar, nas esferas de atuação e composição ou na fiscalização dos outros. Tudo com a finalidade de evitar o acúmulo de poderes, ou o exercício não controlado de parte desse poder.

A questão dos limites do exercício do poder está intimamente relacionada ao problema da legitimidade. Diz a Constituição Federal, em seu art. 1º, parágrafo único, que todo poder emana do povo. O povo, formado pelo conjunto de pessoas, tem o cidadão como elemento indivisível. O cidadão, ele próprio, origem de todo poder, sofre constantes limitações em suas liberdades. Cidadania, afinal, significa possuir direitos e deveres no contexto coletivo.

O cidadão é fiscalizado pelo poder público (poder de polícia *lato sensu*, por exemplo). Todo o art. 5º da Constituição Federal, grosso modo, veicula salvaguardas em face do poder estatal.

Os órgãos fiscalizatórios são fiscalizados, inclusive pelo Ministério Público, que dentre outras atribuições exerce o controle externo da atividade policial e a defesa da ordem jurídica como um todo. Por sua vez, o Ministério Público e seus agentes estão submetidos a uma gama eclética de fiscalizações.

Internamente, há a possibilidade de recursos administrativos e representações disciplinares, não olvidando a atuação rotineira das Corregedorias. Os setores de Controle Interno e as Ouvidorias completam o cenário.

No âmbito externo, afora o processo de escolha da chefia da instituição, com a participação decisiva do Poder Executivo, há ainda a possibilidade de destituição do Procurador-Geral de Justiça, com a participação do Poder Legislativo. Não se pode esquecer da fiscalização exercida pelo Tribunal de Contas e pelo Poder Judiciário, ressaltando que, em relação a este último, impera o Princípio da Jurisdição Plena, ou seja: *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*, conforme o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

O Conselho Nacional do Ministério Público, nos termos em que foi erigido, vem a ser, por excelência e independentemente de classificações doutrinárias mais precisas ou rebuscadas, o principal controle externo *administrativo* do Ministério Público, somando-se aos

tradicionais controles administrativos internos e aos controles externos provenientes dos demais poderes e órgãos políticos. Sua identidade constitucional<sup>3</sup>, passando ao largo dos questionamentos concernentes à sua composição, revela essa natureza singular (*controle externo administrativo*). Como órgão administrativo e à semelhança de todos os que exercem parcela do poder, o Conselho Nacional do Ministério Público possui limites e deve ser fiscalizado.

---

<sup>3</sup> Art. 130-A[...].

§ 2º Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe:

I – zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II – zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos Tribunais de Contas;

III – receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Ministério Público da União ou dos Estados, inclusive contra seus serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional da instituição, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

IV – rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de membros do Ministério Público da União ou dos Estados julgados há menos de um ano;

V – elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias sobre a situação do Ministério Público no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar a mensagem prevista no art. 84, XI.

§ 3º O Conselho escolherá, em votação secreta, um Corregedor nacional, dentre os membros do Ministério Público que o integram, vedada a recondução, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pela lei, as seguintes:

I – receber reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos membros do Ministério Público e dos seus serviços auxiliares;

II – exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e correição geral.

Em sua atividade-meio, há os mecanismos de controle inerentes ao serviço público, com prestações de contas e consecutórios. Em sua atividade precípua, pode-se destacar o controle exercido pelo plenário, mediante recursos manejados em vista de decisões monocráticas. Afora isso, sempre será possível ao não resignado buscar a solução que repute mais consentânea por meio do Poder Judiciário.

Poder-se-ia continuar, indo além, abordando a fiscalização sofrida pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, com o intuito de demonstrar, *ad aeternum*, a replicação do sistema de controle.

Quanto ao Poder Judiciário, por exemplo: escolha dos integrantes da cúpula da magistratura nacional (STF); livre convencimento motivado, com base em legislação elaborada pelos Poderes Legislativo e Executivo – eventualmente de iniciativa popular, do próprio Ministério Público ou do Poder Judiciário – atuação do TCU, sistema recursal etc.

Ao cabo, chegar-se-ia inevitavelmente ao povo e ao cidadão (eleitor, logo delegador), origem de todo o poder, reiniciando assim esse círculo infinito de fiscalizações prévias e *a posteriori*, como uma cobra engolindo a própria cauda, fazendo lembrar o brilhante soneto de Machado de Assis<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> **Círculo Vicioso**

Bailando no ar, gemia inquieto vaga-lume:

- Quem me dera que fosse aquela loura estrela,  
que arde no eterno azul, como uma eterna vela!

Mas a estrela, fitando a lua, com ciúme:

- Pudesse eu copiar o transparente lume,  
que, da grega coluna à gótica janela,  
contemplou, suspirosa, a fronte amada e bela!

Mas a lua, fitando o sol, com azedume:

- Mísera! tivesse eu aquela enorme, aquela  
claridade imortal, que toda a luz resume!

Mas o sol, inclinando a rútila capela:

- Pesa-me esta brilhante aureola de nume...  
Enfara-me esta azul e desmedida umbela...  
Porque não nasci eu um simples vaga-lume?

**Machado de Assis**

Entretanto, tangenciada a questão da legitimidade e do controle em todos os órgãos públicos, como pressuposto democrático, a matéria de fundo exige que se observe, com mais atenção, os limites da atuação do Conselho Nacional do Ministério Público.

Postas as premissas (1 – o perfil e a tarefa constitucionais do Conselho Nacional do Ministério Público e 2 – o fato de o referido conselho, como órgão público, estar sujeito a controles internos e externos), aceitando-as como postulados, pergunta-se: quais seriam os limites de atuação do Conselho Nacional do Ministério Público?

A resposta está na própria Constituição Federal. Apesar da aparente simplicidade, a solução exigirá algum tempo para se tornar precisa, pois se trata de inserção de órgão novo em sistema que já estava funcionando. O amadurecimento institucional do Conselho Nacional do Ministério Público e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal irão delimitar as fronteiras jurídicas dessa atividade.

A utilização da expressão *controle externo do Ministério Público*, atualmente em franco desuso, aqui possui dois objetivos: resgatar o jargão da época em que foi decidida a sua implantação e destacar uma diversidade de natureza jurídica nem sempre considerada: embora estejam no mesmo tópico constitucional, o Conselho Nacional do Ministério Público não faz parte do Ministério Público!

O Conselho Nacional do Ministério Público é um órgão eminentemente administrativo, muito embora a notabilidade de sua composição e suas atribuições o façam ganhar relevância ímpar.

Cabe ao Ministério Público, uno e indivisível, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, devendo atuar com independência funcional, assegurada a sua autonomia (funcional e administrativa), como preceitua o art. 127 da Constituição Federal.

Não seria razoável supor possível ao Conselho Nacional impor suas idiossincrasias ou discricionariedades ao Ministério Público, este sim composto de agentes dotados da tarefa de concretizar, dentro da legalidade, suas incumbências constitucionais. A fiscalização e o controle dessa atuação, ou seja, a verificação da legalidade das rotinas e iniciativas é o espaço originalmente destinado ao referido colegiado.

A sintonia fina entre atuação e limites do Conselho Nacional será construída com progressos interpretativos, à medida que os problemas forem sendo postos. Não há dúvidas de que, com o inevitável aprimoramento do Ministério Público, decorrência segura de uma atuação mais focada, por força da influência exercida pelo novel agente externo catalisador, haverá avanços significativos na consecução dos objetivos primordiais da instituição.

O papel do Conselho Nacional do Ministério Público, quanto à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis assemelha-se ao do antigo acendedor de lampiões, genialmente descrito pelo alagoano Jorge de Lima<sup>5</sup>, ou seja, não possui ele próprio, o Conselho Nacional, a missão constitucional de patrociná-los, mas sua atuação agrega força e qualidade nesse contexto, contribuindo para a sua realização. Conduzida criteriosamente, respeitando as autonomias institucionais e as prerrogativas dos membros do Ministério Público, sua atividade será sempre necessária e benfazeja.

#### 4. *Quo vadis?*

*Para onde vais?* ou *Aonde vais?* - pergunta-se ao Conselho Nacional do Ministério Público.

---

##### <sup>5</sup> **O acendedor de lampiões**

Lá vem o acendedor de lampiões da rua!  
Este mesmo que vem infatigavelmente,  
Parodiar o sol e associar-se à lua  
Quando a sombra da noite enegrece o poente!

Um, dois, três lampiões, acende e continua  
Outros mais a acender imperturbavelmente,  
À medida que a noite aos poucos se acentua  
E a palidez da lua apenas se pressente.

Triste ironia atroz que o senso humano irrita: -  
Ele que doira a noite e ilumina a cidade,  
Talvez não tenha luz na choupana em que habita.

Tanta gente também nos outros insinua  
Crenças, religiões, amor, felicidade,  
Como este acendedor de lampiões da rua!

**Jorge de Lima**

Engendrado para ser o controlador externo do Ministério Público brasileiro, o Conselho Nacional ou o *Conselhão*, tem desenvolvido uma inesperada vocação: elemento propulsor de integração e nivelamento.

Segundo o próprio conselho, suas conquistas mais significativas, nos últimos sete anos, seriam:

**a) crescimento contínuo e amadurecimento no cumprimento de sua missão constitucional; b) controle disciplinar severo e equilibrado e c) normatização de matérias de grande impacto nos serviços prestados pelo Ministério Público em todo o país.**

Os itens “b” e “c”, controle disciplinar e normatização, são compatíveis com o que já era esperado do Conselho Nacional do Ministério Público, dado o texto constitucional a seu respeito.

A inovação estaria singelamente contida no item “a”, em especial quando se menciona sua *missão* constitucional. Em conformidade com o primeiro Plano Estratégico do CNMP, pode-se extrair os seguintes dados (identidade institucional): 1) Missão<sup>6</sup>: *Fortalecer e aprimorar o Ministério Público brasileiro, assegurando sua autonomia e unidade, para uma atuação responsável e socialmente efetiva*; 2) Visão<sup>7</sup>: *Ser o órgão de integração e desenvolvimento do Ministério Público brasileiro*; 3) Valores: *ética, transparência, pluralismo, acessibilidade, cooperação, credibilidade, inovação, identidade institucional, valorização das pessoas e proatividade*.

Observando-se a *missão* e a *visão* do CNMP, extrai-se, com alguma surpresa, as ideias de fortalecimento, aprimoramento, respeito à autonomia e à unidade, integração e desenvolvimento, tudo em relação ao Ministério Público brasileiro, com o escopo de possibilitar uma atuação responsável e socialmente efetiva.

A comparação entre a identidade constitucional e a identidade institucional do Conselho Nacional do Ministério Público revela claramente que há algo a mais na segunda. Talvez não seja de todo precipitado afirmar que o conselho, uma vez criado, vem trabalhando e desenvolvendo a opinião que tem acerca do seu próprio papel.

---

<sup>6</sup> Estabelece o que a instituição faz. Declara as razões de sua existência.

<sup>7</sup> Estabelece em que a instituição quer se tornar. Declara o rumo que deve ser tomado.

Essa diferença a maior – posto que o Conselho Nacional não deixa de fazer o que a Constituição lhe impôs: *o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros* – tem gerado evidentes melhorias, principalmente nas instituições menores.

Os avanços, em termos de iniciativas tendentes a um nivelamento por cima, bem como no âmbito da integração nacional entre as diversas instituições, são tão significativos que a noção um Conselho Nacional do Ministério Público como órgão de controle externo, pura e simplesmente, já se tornou anacrônica e quase pejorativa.

O novo fica por conta de realizações como: Planejamento Estratégico Nacional do Ministério Público; fomento aos planejamentos estratégicos de cada Ministério Público; tabelas unificadas (taxonomia), em conjunto com o CNJ; ENASP, em parceria com o CNJ e o Ministério da Justiça; 1º Congresso Brasileiro de Gestão do Ministério Público (2010); 2º Congresso Brasileiro de Gestão do Ministério Público (2011); criação dos comitês institucionais, com representantes de cada Ministério Público (Políticas de Comunicação, Tecnologia da Informação, Fórum Nacional de Gestão e Segurança Institucional); cadastros nacionais (adoção, adolescentes em conflito com a lei e condenados por improbidade administrativa); 1ª Mostra de Sistemas das Atividades Fim e Meio do Ministério Público Brasileiro (ocasião em que as instituições que desenvolveram sistemas informatizados, nas mais diversas áreas, apresentaram e colocaram à disposição do Ministério Público brasileiro, gratuitamente, seus programas de computador) etc.

Talvez essa não tenha sido a vontade do legislador constituinte derivado, ao formular a EC nº. 45. Entretanto, por mérito dos que exercem ou exerceram a função de Conselheiro do CNMP, em harmonia com os anseios da sociedade e dos integrantes do Ministério Público, observa-se o surgimento de um órgão capaz de acelerar o processo de aprimoramento da instituição que tem a *missão* de: *Defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis para a concretização dos valores democráticos e da cidadania*; e a seguinte *visão* de futuro: (ser uma) *Instituição reconhecida como transformadora da realidade social e essencial à preservação da ordem jurídica e da democracia*.

Em apenas sete anos de existência, o Conselho Nacional demonstra possuir grande potencial agregador. Tornaram-se comuns e periódicas reuniões compostas de representantes, membros e servidores, de todos os ramos de atividade e de todo o Ministério Público brasileiro. Debates que conclamam para esforços nacionais, compartilhamento de boas práticas, programas e projetos estratégicos. Além das iniciativas provenientes do CNMP, há sempre a possibilidade de aprimoramento com o contato amiado com instituições que enfrentam ou já enfrentaram problemas semelhantes.

O Ministério Público brasileiro, não descuidando de suas tradicionais e essenciais tarefas de cunho operacional (manifestações de toda sorte em processos ou inquéritos, audiências, atendimento ao público, instauração de procedimentos etc.), vem adentrando no âmbito da administração por projetos, em grande parte por influência do Conselho Nacional, como forma inevitável de alcançar objetivos planejados.

Nessa nova seara de relacionamento, que não possui caráter de controle externo e que provavelmente não foi imaginada pelo constituinte derivado, o Conselho Nacional do Ministério Público assume função tutorial, defendendo, aprimorando e integrando nacionalmente a instituição. Trata-se de um paradigma totalmente novo, que não se confunde com as atividades disciplinares, correicionais e normativas do CNMP, como órgão de controle administrativo.

Em sua função tutorial, não prevista inicialmente, mas muito bem-vinda, o Conselho Nacional do Ministério Público convida as instituições a aderirem a novas ideias. São apresentadas práticas de sucesso, novas metodologias e tecnologias, com o intuito de demonstrar a necessidade de mudanças e inspirar iniciativas espontâneas.

#### **4. Resumo da Ópera**

A despeito de sua estatura constitucional, engrandecida por sua composição e forma de escolha de seus integrantes, o Conselho Nacional do Ministério Público não é um órgão plenipotenciário. Sua natureza administrativa o torna susceptível a todas as formas de controle inerentes à democracia contemporânea.

Originalmente criado para ser controlador externo, o Conselho Nacional tornou-se fiscal e parceiro, dentro de suas tarefas corriqueiras, tendo em vista a elogiável mentalidade ora em vigor. A sociedade brasileira tem ganhado, seguramente, com o aprimoramento da gestão institucional, razão pela qual deve-se reconhecer e incentivar o inédito papel de persuadir o Ministério Público brasileiro a inovar, com o intuito de acelerar progressos.

Sendo os Poderes e as instituições formadas por pessoas, as ideologias e os aspectos histórico-temporais devem ser levados em consideração, para um melhor entendimento dos fatos.

Desse modo, decisões, escolhas, iniciativas, votos, julgamentos e opiniões, em sede legislativa, administrativa ou judicial não são perenes, mudam a depender dos protagonistas, que invariavelmente serão, cedo ou tarde, substituídos por novas gerações, novos sistemas e novas composições. A depender de quem esteja em posição de influenciar, levando em conta os dualismos do ser humano, como nos versos de Bilac<sup>8</sup>, pode-se avançar ou recuar, muito embora a História demonstre que o caminho, ainda que possua percalços e retrocessos momentâneos, orienta-se pelo viés do desenvolvimento.

---

<sup>8</sup> **Dualismo**

Não és bom, nem és mau: és triste e humano...  
Vives ansiando, em maldições e preces,  
Como se, a arder, no coração tivesses  
O tumulto e o clamor de um largo oceano.

Pobre, no bem como no mal, padeces;  
E, rolando num vórtice vesano,  
Oscilas entre a crença e o desengano,  
Entre esperanças e desinteresses.

Capaz de horrores e de ações sublimes,  
Não ficas das virtudes satisfeito,  
Nem te arrependes, infeliz, dos crimes:

E, no perpétuo ideal que te devora,  
Residem juntamente no teu peito  
Um demônio que ruga e um deus que chora.

**Olavo Bilac**

A realidade extraída do pensamento dos que atualmente fazem o Conselho Nacional pode ser entendida como alvissareira. Entretanto, assim como a vontade do legislador não vincula o intérprete, sendo o CNMP um bom exemplo disso, não se pode saber como atuarão os futuros Conselheiros ou como decidirá o STF, em face de eventuais questionamentos relacionados aos limites do conselho.

Deve o Ministério Público brasileiro, portanto, lutar constantemente e em todas as frentes, por um Conselho Nacional que siga agregando valor à instituição pois, como se pode observar, o mesmo texto constitucional pode ser interpretado em benefício ou em menoscabo do defensor da sociedade.

## **MEDIDAS ANTI-CORRUPÇÃO NO BRASIL: O QUE HÁ DE NOVO, O QUE ESTÁ OBSOLETO, O QUE FUNCIONA (\*)**

---

### **Karla Padilha Rebelo Marques**

Mestre em Direito – Universidade Federal de Pernambuco  
Promotora de Controle Externo da Atividade Policial da Capital - MP/AL  
Coordenadora do NIMP – Núcleo de Inquéritos do Ministério Público da Capital  
Gestora do MP/AL na Meta 2 ENASP – Estratégia Nacional de Segurança Pública do CNMP (Conselho Nacional do Ministério Público)

### **Aline Pedra Jorge Birol**

Doutora em Criminologia – Université de Lausanne (Suíça), Advogada (Belo Horizonte-MG), Consultora do PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento-Brasília) e do ICMPD (International Centre for Migration Policy Development-Áustria)

### **SUMÁRIO**

1. Introdução. 2. Um resumo da legislação penal sobre o assunto. 3. Dez anos de políticas anti-corrupção; o que tem sido feito, o que funciona. 4. Políticas de prevenção: através do empoderamento da sociedade e da promoção da participação dos cidadãos na administração pública. 5. Estudo de caso: A Operação Taturana.

### **1. Introdução**

O Brasil, desde seu nascedouro, apresenta dificuldades em identificar no Estado um ente completamente impessoal. De fato, a origem ibérica trouxe à formação do Brasil as heranças do patriarcalismo e do personalismo, exaltando-se o prestígio pessoal e revelando-se total falta de coesão social.

Essa ausência de impessoalidade no trato da coisa pública resultou na construção de uma cultura permeada pelo desinteresse no que concerne à ampla publicidade, dentro da estrutura estatal. De fato, tal ausência de transparência se voltava, em grande medida, a evitar a exposição de todas as articulações engendradas em descompasso com qualquer interesse público ou atitude consentânea com os interesses da nação.

---

(\*) Trabalho apresentado pelas autoras no 68º Encontro Anual da ASC (Associação Americana de Criminologia), que aconteceu em Chicago-EUA, em novembro de 2012.

O obscurantismo nas coisas públicas, aliás, impedia que a população pudesse exercer qualquer controle sobre a conduta dos governantes, o que repercutia, em última análise, na falsa sensação de que o Estado não pertencia a todos, mas sim, aos detentores do poder e seus afins.

Pode-se concluir, sem maiores dificuldades, que, na formação do Brasil e - por que não dizer, até hoje - cuidou-se de confundir o público com o privado, na medida em que os ocupantes de cargos oficiais sempre pautaram suas condutas na busca do atendimento aos interesses pessoais ou classistas, em prejuízo da ideia do genuíno interesse de todos, consubstanciado na noção da impessoalidade, na gestão dos recursos públicos.

De fato, a história revela que os portugueses e espanhóis, responsáveis pela colonização da América Latina – incluindo-se aí o Brasil – sempre sofreram distinção dos demais países europeus pela sua incapacidade congênita de conduzir, de forma impessoal e mecânica, seus comportamentos, sempre deixando prevalecer – mesmo na administração pública – relações de caráter orgânico e comunal – como aquelas baseadas no parentesco, na vizinhança e na amizade. Está-se diante, portanto, de realidade que revela o franco prestígio dos valores pessoais nos negócios públicos, o que explica e expõe algumas raízes da corrupção no Brasil, até hoje admitida dentro de um contexto do “socialmente tolerável”.

José Arthur Rios<sup>1</sup> fala da conduta do homem público “*sem nenhuma consciência do bem comum ou preocupação com as gerações vindouras*”. No mesmo sentido, Sérgio Buarque de Hollanda<sup>2</sup> chega a afirmar que, ao longo da história, no Brasil, apenas excepcionalmente se tem notícias de um Estado verdadeiramente burocrático nos moldes weberianos, já que o comum sempre foi o modelo patrimonial, com “*predomínio constante das vontades particulares que encontravam seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal*”.

---

<sup>1</sup> RIOS, José Artur. “A fraude social da corrupção”. Celso Ribeiro Leite (org). *Sociologia da Corrupção*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, p 83-123, 1987.

<sup>2</sup> HOLLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 7 reimp. São Paulo: Companhia das Letras, p.145-6, 1999.

No mesmo sentido, Joaquim Nabuco<sup>3</sup> observa que até mesmo as empresas privadas instaladas no Brasil na fase do Império, vale dizer, na segunda metade do século XIX, desde sempre se beneficiaram do Estado. Noutras palavras, as grandes figuras empresariais e industriais do País expandiram-se graças à influência e proteção que lhes dispensava o Governo. E conclui: “*esse sistema só podia dar em resultado a corrupção e a gangrena da riqueza pública e particular*”.

Há também que se registrar, segundo George Sarmento<sup>4</sup>, que a elite do funcionalismo brasileiro nasceu do tráfico de influência, do nepotismo, do parasitismo, do clientelismo e, sobretudo, do absoluto despreparo para a gestão do patrimônio público. Acrescenta ainda que os cargos públicos, desde o início da República, foram loteados e distribuídos entre apadrinhados políticos e cabos eleitorais. O quadro político e social era marcado por barganhas partidárias e pela impunidade dos governantes.

A corrupção no Brasil não é fenômeno recente. Segundo Garcia<sup>5</sup>, a corrupção, de forma organizada, parece ter eclodido durante o governo de Juscelino Kubitschek, quando houve espaço para a disseminação da prática sistematizada do superfaturamento no país, viabilizado através da instituição do Plano de Metas, que resultou em muitas obras de construção civil eivadas de vícios, sem transparência, gerando-se lucros exagerados a empreiteiras.

Posteriormente, durante o período militar, a falta de transparência nas ações do governo e a censura criaram um ambiente de aparente ausência de corrupção.

## **2. Um resumo da legislação penal sobre o assunto**

As Ordenações do Reino (Portugal) tiveram longa vigência no Brasil, desde a época do descobrimento, em 1500, até 1830. Nascidas em Portugal no século XV – primeiro as Afonsinas, depois as

---

<sup>3</sup> NABUCO, Joaquim. *Um estadista do Império*. 5 ed, 1 reimp. Rio de Janeiro: Topbooks, p.987, 1998, v. 2.

<sup>4</sup> SARMENTO, George. *Improbidade administrativa*. Porto Alegre: Síntese, p. 54, 2002.

<sup>5</sup> GARCIA, Emerson. A corrupção. Uma visão jurídico-sociológica. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/865>>. Acesso em: 05.09.2012.

Manuelinas e finalmente as Filipinas – foram compiladas e promulgadas em 1603.

Em relação à criminalização da corrupção, de se registrar as Ordenações Filipinas que, em seu livro V, com vigência até 1830, previam várias situações de punição à corrupção, tanto dos funcionários, quanto dos agentes do reino<sup>6</sup>. Pretendia-se a intimidação dos agentes corruptos através de penas graves, não havendo qualquer limitação para a caracterização do fato criminoso, para a fixação da pena a ser imposta ou ainda, para a forma de sua execução, que poderia ser a pena capital por enforcamento, pelo fogo ou até redução a pó, ficando a crueldade da morte a critério do juiz.<sup>7</sup>

À época, ainda não vigorava o princípio de que a pena não pode passar da pessoa do criminoso, já que os tipos penais relativos à corrupção também alcançavam os filhos, bem como, as pessoas sob a responsabilidade do governante. Referido princípio, vale registrar, somente restou implementado a partir do Código Penal do Império, de 1830.

Neste particular, impende analisar a tipificação que era dada, à época, aos crimes relacionados à corrupção, catalogados como peita, suborno e concussão. A primeira espécie (peita), consistia em receber dinheiro ou algum outro donativo, ou aceitar promessas direta ou indiretamente para praticar ou deixar de praticar algum ato de ofício, segundo a lei. Além disso, punia-se a corrupção ativa - dar ou prometer peita - com as mesmas penas.

Já a expressão suborno consistia na conduta de *“deixar-se corromper por influência ou peditório de alguém, para obrar o que não deve ou deixar de obrar o que deve”*.

A vigência deste Código perdurou até a Proclamação da República, em 1890, e suas falhas consistiam, justamente, no que diz respeito aos crimes de corrupção, no subjetivismo que orientava a interpretação dos artigos e na terminologia aberta dos dispositivos legais relativos à matéria, acima exemplificados.

---

<sup>6</sup> LIVIANU, Roberto. Corrupção e direito penal. Um diagnóstico da corrupção no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, p.38, 2006.

<sup>7</sup> BRUNO, Aníbal. Direito Penal I, Parte geral, tomo 1º. Rio de Janeiro: Forense, 2. ed., p.159, 1959.

O Código Penal de 1890 apresentou diversos problemas, que não deixaram de ser verificados também nos tipos relativos ao delito de corrupção. Revelou-se, portanto, uma legislação casuística e pouco objetiva, sendo, portanto, insatisfatória para dar cabo às demandas que se apresentavam, quanto à prevenção e punição eficaz dos agentes públicos corruptos, à época.

De se registrar a consolidação das leis penais levada a efeito até 1941, sem maiores alterações no que concerne à matéria. Finalmente, surge o código penal de 1940, vigente até os dias atuais, o qual tem sofrido diversas alterações, ao longo do tempo. Especificamente quanto aos crimes contra a administração pública - incluindo-se aí a corrupção - as mais significativas alterações se deram em face da inserção de novas situações criadas pela criminalidade moderna, como aquelas decorrentes de organizações criminosas em desfavor de bens e valores da administração pública, além da identificação de novas condutas criminosas praticadas por funcionários públicos em geral.

Em relação à legislação extravagante sobre a matéria, importante destacar a lei de licitações (8.666/93), que criminalizou condutas de corrupção consubstanciadas na violação a procedimentos licitatórios. Há ainda de se registrar o Decreto 325/91, que disciplinou matéria relativa aos crimes funcionais contra a ordem tributária, quanto aos servidores públicos e a seu enriquecimento ilícito.

Ultrapassando a barreira exclusivamente penal, outras normas vieram ao encontro da adequada responsabilização dos agentes públicos corruptos, com destaque para a Lei 8.429/92, a qual, em seu art. 13, implementou a obrigatoriedade de todo servidor público declarar anualmente os bens e valores que integram seu patrimônio. Já em 2002, através do Decreto 4.410, foi promulgada no Brasil a Convenção Interamericana contra a Corrupção de 29.03.1996, o que implicou no reconhecimento de que a corrupção solapa a legitimidade das instituições públicas, ofende a sociedade, a ordem moral e a justiça, comprometendo, assim, o desenvolvimento integral dos povos.

Finalmente, a Lei 10.467/02 introduziu no Código Penal capítulo específico sobre os crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira, inaugurando, assim, os tipos penais de corrupção ativa e tráfico de influência em transação comercial internacional.

### 3. Dez anos de políticas anti-corrupção; o que tem sido feito, o que funciona

A lei complementar nº 135/2012, de iniciativa popular, conhecida popularmente como “Lei da Ficha Limpa” representou significativo avanço no combate à corrupção, especificamente a corrupção eleitoral. As recentes eleições municipais, ocorridas no último dia 07 de outubro de 2012, já puderam apresentar os primeiros resultados a partir da incidência do referido diploma legal, na medida em que diversos políticos, em face de condenações levadas a efeito por órgãos colegiados, na seara administrativa ou jurisdicional, foram impedidos de concorrer no referido pleito, como sanção prévia, consistente em sua exclusão do processo eleitoral.

Nesse sentido, a atual presidente do TSE – Tribunal Superior Eleitoral, Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, destacou que a política não pode ser demonizada, por se tratar de uma atividade nobre e vital para o fortalecimento da democracia, *“mas a política que queremos é a política com ética”*, acrescentando que o Brasil está avançando nesse caminho.

Já a Lei 12.527/2011, conhecida como “Lei de Acesso à Informação”, tem por fito a garantia, a todos os cidadãos, do acesso às informações públicas. Referida legislação fixa a obrigatoriedade, incidente sobre os órgãos e entidades públicas para que divulguem, independentemente de qualquer solicitação, informações de interesse geral ou coletivo, sem prejuízo da garantia de preservação do sigilo nas hipóteses constitucionalmente previstas.

Surge aí, na forma legislativa, o conceito de **transparência ativa**, consistente na ideia do dever de divulgação plena, a ser empreendido por todo e qualquer órgão público nas searas federal, estadual e municipal, quanto à sua estrutura, gastos, processos licitatórios e contratos (a partir de tal concepção, diversos órgãos estatais passaram a construir seus “portais da transparência”, verdadeiros sites em que são divulgados dados gerais sobre gastos periódicos, salários e outras informações que se refiram à forma como se aplica o dinheiro público, pelo órgão). De modo correlato, exsurge a regulamentação do conceito de **transparência passiva**, vale dizer, por iniciativa do cidadão, sem necessidade de que se apresentem as

razões do interesse em acessar dados que estejam indisponíveis, no mundo virtual.

A ideia de compartilhamento de informações do governo com o público representa a implementação, de forma bastante eficaz, do princípio constitucional da publicidade, que também repercute, em última análise, na efetividade dos princípios da impessoalidade, da eficiência e da legalidade, aliados à moralidade. A partir da consciência de que as suas condutas serão divulgadas à coletividade, o agente público tende a coibir seus impulsos voltados a eventuais atos de corrupção.

Assim, ainda que não motivado por genuínos impulsos éticos ou sociais, o servidor público restará impelido a agir dentro e conforme a lei, a fim de se proteger de eventuais punições, quer pelo sistema repressivo penal tradicional, quer mediante outros mecanismos sancionadores, como a repulsa social e, por conseguinte, a perda de espaço na política ou em outros ambientes públicos.

Na prática, o Governo Federal e boa parte dos órgãos públicos estaduais já possuem portais da transparência em que são sistematicamente disponibilizados, no mundo virtual, dados detalhados sobre os tópicos acima relacionados, que incluem informações sobre o uso do dinheiro público. Atualmente, diz-se que tais portais ainda não disponibilizam ao público todas as informações que se fazem necessárias, mas já representam um significativo avanço no critério: transparência pública. Ademais, muitas vezes a informação, apesar de formalmente disponibilizada, não é facilmente apreensível pelo cidadão comum, quer pela complexidade que emana da forma com que os dados são divulgados, quer pelas concretas dificuldades de acesso, de boa parte da população, ao mundo virtual, o que se costuma chamar de verdadeira “exclusão digital”, sobretudo nos grupos sociais de baixo poder econômico e social.

Já na esfera dos municípios, a legislação relativa ao dever de transparência ainda possui aplicação tímida, na medida em que são poucos os mecanismos de divulgação ampla dos gastos efetuados pelos Poderes constituídos, vale dizer, os Poderes Legislativo e Executivo municipais. A cobrança da sociedade e do próprio Ministério Público hão de repercutir na mudança de paradigmas, através da ultrapassagem os limites de transparência atualmente

aplicados, os quais se limitam à publicação de resumo de atas de contratos, nomeações e outros procedimentos formais, nos órgãos de imprensa oficial.

Não se pode olvidar, contudo, a já existência da Lei Complementar 131/2009, conhecida como “Lei Capiberibe”, que obriga os poderes municipais, estaduais e federal a publicar, em tempo real, através da internet, todas as suas receitas e despesas.

O Brasil é o 89º país do mundo e o 15º da América Latina a dispor de uma legislação dessa natureza, que representa, segundo a Senadora Vanessa Grazziotin, um marco histórico na luta pela consolidação da democracia no país e, principalmente, pelo fortalecimento dos instrumentos de combate à corrupção, através da vigilância sistemática sobre as ações dos gestores públicos.

Ainda sobre o assunto, o jornalista e pesquisador Fabiano Angélico consegue identificar na referida legislação um poderoso mecanismo anticorrupção, mas observa alguns problemas, que subdivide em institucionais, legais e socioculturais, para a plena implementação dos referidos diplomas legais.

Durante seminário sobre os “Tribunais de Contas e a Lei de Acesso à Informação”, Fabiano Angélico observa, quanto ao primeiro item, que o Brasil se ressentir da ausência de um órgão específico para tratar do acesso à informação. Já sob o aspecto jurídico, observa que a legislação brasileira não apresenta solução eficaz nas hipóteses de eventual negação à resposta pretendida. Finalmente, o obstáculo sociocultural seria o próprio desconhecimento da população quanto ao efetivo exercício de seus direitos, nesse particular, do direito à informação, o que pode levar a uma demanda sub dimensionada em relação à realidade, reforçada pela ausência de confiança do cidadão nas instituições públicas constituídas.

As leis contra o nepotismo instituídas em todos os poderes públicos representaram forte componente no combate à corrupção. Isto porquanto dificultaram ou fizeram cessar os mecanismos historicamente enraizados no serviço público brasileiro, nas mais diversas esferas de Poder, consistentes nas relações pessoais e orgânicas no serviço público, de molde a comprometer a própria eficiência na prestação do serviço público e, em última análise, de forma a dificultar o controle e fiscalização dos atos praticados.

A existência, no serviço público, de pessoas vinculadas por laços afetivos nas condições de gestor e subordinado direto, acaba por estimular o espírito de indulgência, em razão da contaminação do ambiente de trabalho com a cultura do fisiologismo, clientelismo e condescendência, enquanto óbices à repressão ou coibição de atos desviados do interesse público, fomentando-se, por conseguinte, a impunidade, no que diz respeito a atos de corrupção.

Aliás, vale observar que a matéria se encontra absolutamente pacificada através da Súmula Vinculante nº 13, do STF, de 21.08.2008, a qual preconiza que:

“A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”.

Na prática, verifica-se que são criados subterfúgios para se burlar a configuração das práticas do nepotismo, mas o cruzamento de folhas, a capacidade de denúncia da população, aliada a uma maior transparência dos atos públicos têm se revelado medidas capazes para coibir tais práticas, associadas que estão à impregnação da corrupção no serviço público.

Na seara jurisdicional, o recente julgamento, pelo STF – Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário no País - do fenômeno conhecido como “Mensalão”, através da Ação Penal nº 470, acabou por resgatar, em grande medida, a credibilidade de que a legislação atualmente vigente se apresenta suficiente e adequada à promoção da criminalização e concreta responsabilização do agente público corrupto, na seara criminal.

Recorrendo à teoria do domínio do fato preconizada por ROXIN, o recente julgamento do núcleo político do Mensalão resultou na constatação de que os grandes líderes de uma organização criminosa não de ser responsabilizados penalmente, ainda que não tenham, *de per se*, praticado determinada conduta ilícita, na medida

em que não se mostra razoável admitir que referido ato, penalmente relevante, poderia ter sido perpetrado sem a autorização ou aquiescência dos líderes ou grandes idealizadores do “*esquema criminoso*”.

Está-se a falar, *in casu*, de autoria mediata, mas nem por isso menos importante, na medida em que a conduta das autoridades maiores se revela tanto mais infungível quanto maior seu poder decisório. Isto posto, para o julgamento dos membros da referida organização criminosa, que tinha por foco o desvio de recursos públicos através da prática da corrupção, lançou-se mão da teoria do domínio do fato, visando a responsabilizar os grandes líderes e mentores do duro golpe perpetrado contra o erário brasileiro.

Tais agentes públicos foram condenados, isto posto, na condição de autores principais do fato delitivo, e não de meros partícipes, na medida em que incabível se conceber a supressão de sua atuação, sem com isso se comprometer a própria exequibilidade e materialização do esquema criminoso. Diferentemente, tem-se o papel dos autores materiais imediatos, facilmente substituíveis, porquanto meros executores dos desígnios do grupo criminoso.

Diante dessa mudança de paradigmas, pela primeira vez na história do Brasil está-se diante do direito penal aplicado à elite política, em face da condenação pela prática de corrupção, atingindo de modo direto integrantes da categoria do “colarinho branco”, situação jamais vista até então, sobretudo quando se está a falar de um país periférico, detentor de severas desigualdades sociais, em que o sistema criminal somente acolhe, com significativa desenvoltura, as classes economicamente desfavorecidas.

Há 10 anos, foi instituída a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92), de natureza civil, mas que tem se revelado instrumento de incontestável eficiência no combate e responsabilização dos agentes públicos corruptos. Por não se ter o elemento complicador do foro por prerrogativa de função, as ações são julgadas com mais celeridade e as decisões geram efeitos extremamente relevantes, como a suspensão dos direitos políticos, a perda do cargo público, o ressarcimento integral do dano, além da proibição de contratar com o poder público.

A esse respeito, falar-se-á mais detidamente da “Operação Taturana”, desencadeada em Alagoas em 2008, capitaneada pela

Polícia Federal e pelos Ministérios Públicos Federal e Estadual, que resultou no desbaratamento de uma grande organização criminosa, no seio do Poder Legislativo Estadual.

Outra medida instituída em 2003 pelo Governo Federal para auxiliar no combate à corrupção, através do Ministério da Justiça, foi a criação da ENCCLA – Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Ativos. Referida estratégia consiste na articulação de cerca de 60 órgãos e entidades dos três poderes da República, Ministérios Públicos e da sociedade civil que atuam, direta ou indiretamente, na prevenção e combate à corrupção e à lavagem de dinheiro.

São realizadas reuniões periódicas em que se traçam metas e estratégias de atuação, destacando-se, entre tantas, o estabelecimento de mecanismos voltados à recuperação dos ativos ilicitamente evadidos do país, através de condutas de corrupção e da lavagem de dinheiro. Uma dessas metas, a propósito, previu a criação do Lab-LD, laboratório modelo de tecnologia contra a lavagem de dinheiro, em 2007, a partir do qual foram implementados outros laboratórios em órgãos estaduais como polícias e Ministérios Públicos, além da polícia federal.

Também através da ENCCLA são expedidas recomendações dirigidas a órgãos públicos com atribuições relacionadas ao combate à corrupção. Na prática, em face da grande extensão territorial do Brasil e da necessidade de preservação do sigilo em relação a muitos dos dados a serem compartilhados, observa-se sua maior efetividade no que concerne aos ilícitos envolvendo o desvio de recursos federais, através da cooperação dos órgãos federais de controle e fiscalização, como a CGU – Controladoria Geral da União, o COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras, o BACEN – Banco Central do Brasil e a ABIN – Agência Brasileira de Inteligência.

Na esteira do combate à corrupção no Brasil – com resultados exitosos – não se pode deixar de destacar diversas operações desencadeadas sobretudo pela Polícia Federal em todo o País, que acabam por abalar a crença consolidada no imaginário popular da impunidade para os crimes de corrupção.

De acordo com o então Ministro da Justiça Tarso Genro, apenas no ano de 2009, 43 operações especiais da polícia federal foram

deflagradas no combate à corrupção, com 386 pessoas presas, das quais 83 eram servidores públicos civis de todos os poderes do Estado.

Na prática, entretanto, há de se reconhecer, em alguns casos, um descompasso entre o tamanho das fraudes apresentadas pelo órgão policial federal e o que de fato é contabilizado ao final, na esfera da efetiva punição dos culpados.

Muitas vezes o problema reside na demora para o ajuizamento das ações, no reconhecimento judicial da ilicitude de provas colhidas ou, ainda, na grande quantidade de recursos e entraves atualmente constatáveis no âmbito do Poder Judiciário Brasileiro, a exemplo do foro por prerrogativa de função, que acaba por destinar aos altos Tribunais do País a competência para os mais rumorosos casos de corrupção, o que implica em lentidão ou dificuldades no processamento e conclusão dos julgamentos.

#### **4. Políticas de prevenção: através do empoderamento da sociedade e da promoção da participação dos cidadãos na administração pública**

Em relação às políticas públicas de prevenção à corrupção implementadas, pode-se destacar um trabalho de conscientização popular que vem sendo desenvolvido, através da distribuição de cartilhas educativas, bem como, do desenvolvimento de campanhas públicas que estimulam as pessoas a exercerem uma cidadania participativa, mediante o exercício de controles efetivos e de vigilância contínua em relação à forma como se está aplicando o dinheiro público.

A título exemplificativo, de se destacar a campanha desencadeada pela CGU – Controladoria Geral da União, órgão de controle interno do Governo Federal, que criou cartilha explicativa destinada ao cidadão e que intenta realçar o seu poder – dever de fiscalização. A Cartilha “Olho Vivo no Dinheiro Público”, já em sua segunda edição, intitula-se “um guia para o cidadão garantir os seus direitos”. Referido livreto apresenta todas as espécies de recursos públicos que chegam ao município, sua destinação final e a forma como devem ser aplicados. Expõe ainda sobre a função e composição dos Conselhos Municipais, como o Conselho de Alimentação Escolar, Conselho Municipal de Saúde, Conselho do FUNDEB e Conselho de

Assistência Social, estimulando a população a fiscalizar e denunciar o mau uso do dinheiro público.

A própria CGU também criou a campanha “Direito de Saber”, através dos veículos de comunicação, no início de 2012 e pelo prazo de 02 meses, com o objetivo de divulgar o portal da transparência e tornar mais conhecidos os serviços daquele órgão de controle. Foram ainda veiculados filmes intitulados “Dinheiro público é da nossa conta”, buscando despertar o interesse coletivo nas ações e investimentos do governo federal, o que implica, em última análise, na fiscalização do dinheiro público, através de instrumentos de transparência.

No mais, recentemente foi criada uma campanha de mobilização e conscientização social, através do CNPG - Conselho Nacional dos Procuradores Gerais do Ministério Público, em parceria com a iniciativa privada, intitulada: “O que você tem a ver com a corrupção?”. Referida campanha é dirigida prioritariamente a crianças e jovens e se presta a disseminar a ideia de que ser ético e honesto vale a pena. No corpo da referida campanha se destaca a opção pela busca da construção de um processo cultural de formação de consciência e de responsabilidade dos cidadãos a partir de três tipos de responsabilidade baseadas nas ideias de Hannah Arendt: 1) a responsabilidade para com os próprios atos, ou responsabilidade individual; 2) a responsabilidade para com os atos de terceiros, ou responsabilidade social ou coletiva e, finalmente, 3) a responsabilidade para com as gerações futuras, a partir de um agir consciente.

Aliás, em Alagoas, há cerca de 04 (quatro) anos, foi desenvolvida pelo Ministério Público uma campanha que percorreu diversos municípios do interior, intitulada: “Corrupção Mata: previna-se”. O objetivo era inculcar, sobretudo junto à população mais carente e que não pode prescindir do uso dos serviços estatais, ideias como a aplicação responsável dos recursos públicos, o poder de fiscalização dos municípios, os efeitos deletérios do desvio de dinheiro público, além da necessidade de que o cargo público seja utilizado em prol de toda a comunidade e não para atender a interesses pessoais de seus ocupantes. A semente da conscientização foi plantada, mas haveria necessidade de um fortalecimento periódico das ideias disseminadas,

sobretudo junto à população mais jovem, formadora de opinião e futura gestora do erário nos diversos municípios.

Além dos setores públicos, surgem organismos sociais igualmente comprometidos com a causa do combate à corrupção, dentre os quais merece destaque a AMARRIBO – Amigos Associados de Ribeirão Bonito, uma OSCIP (organização da sociedade civil de interesse público sem fins lucrativos) que virou símbolo nacional do poder da população no combate à corrupção. Referida associação publicou livro e possui blog em que divulga suas ações exitosas no combate ao desvio de recursos, além de explicitar as formas mais comuns, utilizadas pelos gestores públicos corruptos, para desviarem recursos do erário.

Recentemente, referida associação integrou-se ao comitê nacional do Projeto “Jogos limpos dentro e fora do estádio”, destinado a promover a transparência e integridade sobre os investimentos destinados à infraestrutura da Copa do Mundo de 2014 e dos Jogos Olímpicos de 2016. No mais, a AMARRIBO também organizou o 15º Encontro Mundial sobre corrupção (*Anti-Corruption Conference 2012*), que ocorreu de 07 a 11 de novembro de 2012, em Brasília/DF.

De tudo o quanto se vê e a partir das experiências já implementadas no Brasil, o que se observa é que o padrão continental da extensão territorial brasileira, aliado a um intrincado sistema de repasse e utilização de recursos públicos, ainda inacessível e pouco apreensível pelo cidadão comum, acaba por dificultar o efetivo exercício do controle e acompanhamento social do uso do dinheiro público. Hoje o que se intenta é buscar uma capacitação e mobilização da população, para que se apodere e empodere dos mecanismos de controle que lhe são postos, em busca de uma maior justiça social. A atitude ativista há de contar com a sociedade civil, além de órgãos públicos e privados que, juntos, somem esforços na busca de um eficaz combate à corrupção e à impunidade, judicial e extrajudicialmente.

Trata-se de uma mudança de paradigmas, somente consolidável através da educação e, a longo prazo, com o resgate dos valores da ética e da moral, aliados a uma postura de comprometimento social, reformulando-se os conceitos do individualismo e da livre iniciativa,

através da impregnação de ideias como responsabilidade social e compromisso com o que é de todos.

## **5. Estudo de caso: A Operação Taturana**

As investigações se iniciaram a partir de notícias de irregularidades no Poder Legislativo Estadual em Alagoas colhidas tanto no Ministério Público Estadual quanto Federal, trazidas por ex servidores daquela Casa Legislativa, que alegavam haverem recebido informações sobre empréstimos, bem como, sobre restituições de imposto de renda, em seu nome, relativos a valores jamais recebidos ou empréstimos jamais contraídos.

Já em agosto de 2007, o Ministério Público Estadual, em litisconsórcio com o Ministério Público Federal, ingressou, na Justiça Federal de 1ª instância, com as primeiras medidas cautelares assecuratórias de provas, tais como busca e apreensão de documentos, quebras de sigilo bancário, fiscal e telefônico, dentre outras. À época, estimava-se que o desvio de recursos públicos pudesse chegar a 200 milhões de reais. Mais tarde, verificou-se que tal montante ultrapassava 300 milhões, em valores nominais, os quais teriam sido desviados, de acordo com as investigações policiais, ao longo de 05(cinco) anos.

Posteriormente, após a constatação de que tais desvios apontavam para a decisiva participação de Parlamentares nos atos ilícitos, todas as medidas subsequentes foram pleiteadas ao juízo de 2º grau da Justiça Federal, em face do foro por prerrogativa de função dos Deputados Estaduais.

Em 07 de dezembro de 2007 foi finalmente desencadeada a conhecida “Operação Taturana”, capitaneada pela Polícia Federal, que cuidou de desbaratar uma verdadeira ORCRIM – Organização Criminosa que atuava na Assembleia Legislativa de Alagoas. Ao todo, foram presas 39 pessoas, dentre as quais um ex Governador de Alagoas, em flagrante, por posse ilegal de arma de fogo de uso restrito, além de um Deputado Estadual, por porte e posse ilegal de arma de fogo de uso permitido e restrito, além de um ex-Comandante da PM, o qual teria prestado informações confidenciais sobre operações policiais ao então Presidente do Poder Legislativo, violando seu dever funcional de sigilo.

Além das prisões em flagrante, foram cumpridos 79 mandados de busca e apreensão em Alagoas, São Paulo e Pernambuco. Dentre os presos, um agente da polícia federal e um funcionário da receita federal, o que demonstra a contaminação que o crime de corrupção produz em todos os organismos de poder estatal.

O esquema desbaratado envolvia cerca de 1.200 funcionários da Assembleia Legislativa, todos fantasmas ou laranjas, com salários entre R\$ 2.500,00 e R\$ 6.000,00 por mês, que não só recebiam indevidamente tais valores, como também obtinham restituições do imposto de renda fictícias. Entre 27 Deputados, 09 (nove) foram investigados por envolvimento no esquema, dentre eles o próprio Presidente do Poder Legislativo e seu antecessor. Na mesma esteira, foram também responsabilizados o diretor financeiro e o diretor de recursos humanos da ALE – Assembleia Legislativa de Alagoas, sem os quais os esquemas não poderiam ter sido viabilizados.

Em relação aos empréstimos pessoais fraudulentos, eram obtidos junto a instituições financeiras privadas e de grande porte e, posteriormente, os valores eram repassados aos parlamentares, diretamente ou através de interpostas pessoas, sendo que, posteriormente, eram quitados com o uso de recursos públicos. De se salientar que as fraudes se iniciavam desde o momento da apresentação de documentos ao banco, à medida que eram “fabricadas” comprovações de rendimentos em patamares elevadíssimos, com uso de informações que incluíam verbas de gabinete como se salário fosse, a fim de que os empréstimos pudessem ser implantados em valores mais vultosos, já que há limites percentuais para o comprometimento dos salários com parcelas a serem pagas por empréstimos consignados obtidos.

Observe-se também que, em relação a essa espécie específica de fraude, jamais poderia ter sido consolidada sem a indispensável cooperação da instituição financeira privada responsável pela concessão dos empréstimos. Não foi possível responsabilizar diretamente o servidor de um dos bancos responsáveis pela celebração dos contratos (então Vice-Presidente da instituição financeira credora) porque o mesmo já havia falecido à época do ajuizamento da ação, mas o próprio banco, enquanto pessoa jurídica, passou a figurar no polo passivo da ação civil de improbidade.

No âmbito estadual, ajuizou-se ação cautelar preparatória de ação civil de responsabilidade por atos de improbidade administrativa que resultou no afastamento de 06 (seis) deputados de cargos da Mesa Diretora do Poder Legislativo e, posteriormente, no afastamento do próprio mandato de 10 (dez) Parlamentares. Até o então Prefeito da capital de Alagoas figurou como réu em uma das ações, posto que, à época, era deputado estadual e foi favorecido com a obtenção de empréstimo pessoal pago com recursos da Casa Legislativa alagoana. Além da ação cautelar, mais 06 (seis) ações civis por ato de improbidade administrativa foram ajuizadas.

É público e notório ter havido algumas dificuldades iniciais no processamento e julgamento das referidas ações civis, cautelares ou principais, em face de laços de parentesco ou amizade entre os acusados e os órgãos julgadores, o que resultou no reconhecimento do impedimento e suspeição pontual de alguns desembargadores, de forma espontânea ou a partir de provocação do próprio Ministério Público.

No âmbito do Ministério Público, as atividades decorrentes da “Operação Taturana” foram desenvolvidas pela Promotoria da Fazenda Pública Estadual e pelo GECOC – Grupo Estadual de Combate às Organizações Criminosas, criado justamente com o fito de investigar e buscar a punição de integrantes das ORCRIM’s em Alagoas. Interessante é que muitos dos parlamentares acusados já eram citados na “CPI da Pistolagem”, instituída no âmbito do Parlamento Federal, como envolvidos em crimes de mando e outros atos de violência.

Foi cogitado, inclusive, um pedido de intervenção na Assembleia Legislativa de Alagoas, em face da descoberta do grave esquema de corrupção instalado justamente no órgão responsável pela aprovação das contas e orçamentos de todos os Poderes constituídos.

Apesar da dimensão do escândalo de corrupção descoberto, nenhum dos Parlamentares envolvidos foi sequer julgado por quebra de decoro parlamentar, no âmbito da própria ALE, o que demonstra o corporativismo instaurado nos referidos órgãos de Poder e, por conseguinte, a ineficácia das Comissões de Ética (sequer havia tal regulamentação, na ALE de Alagoas) enquanto instrumentos de controle interno, que poderiam desencadear, inclusive, através de

processo administrativo disciplinar próprio, a cassação dos envolvidos, com a perda dos mandatos eletivos daqueles deputados que eventualmente participaram do esquema de corrupção então descoberto.

Importante destacar que, em face das tentativas de intimidação manejadas pelos envolvidos no esquema de corrupção, em março de 2008 integrantes do CNPGJ – Conselho Nacional dos Procuradores Gerais de Justiça (chefes dos Ministérios Públicos) reuniram-se em Maceió, capital de Alagoas, sede do escândalo, onde realizaram reunião extraordinária com o fito de prestar solidariedade e apoio ao Ministério Público de Alagoas. Na ocasião, foi instituída uma Comissão, composta de representantes do CNPGJ de todas as regiões do país para manter o acompanhamento do Conselho em relação às ações do Ministério Público alagoano relacionadas à responsabilização de todos os envolvidos no desvio de mais de 300 milhões de reais dos cofres da Assembleia Legislativa de Alagoas.

Tendo-se em conta a complexidade técnica que a matéria suscita e as diversas ações civis ajuizadas pelo Ministério Público Estadual, houve a designação, pelo Presidente do Tribunal de Justiça de Alagoas, de uma comissão de magistrados para atuar no processamento e julgamento das Ações de Improbidade em curso, dentre as quais todas aquelas relacionadas à “Operação Taturana”, o que se revelou ferramenta extremamente produtora.

Até hoje, transcorridos quase 05(cinco) anos desde a deflagração da referida Operação, 03 (três) ações civis por atos de improbidade administrativa já foram julgadas em 1º grau pela referida comissão de magistrados (Autos nº 0002619-54.2009.8.02.0001; 0058272-75.2008.8.02.0001 e 0042688-60.2011.8.02.0001). A primeira delas, por exemplo, fundou-se na fraudulenta aquisição de um veículo de luxo para um parlamentar, através da convicência dos deputados integrantes da Mesa Diretora do Poder Legislativo, com o uso de recursos públicos pertencentes à Assembleia Legislativa de Alagoas. A decisão se deu mediante julgamento antecipado da lide, o que é permitido quando se trata de matéria unicamente de direito ou quando não se verifica a necessidade produção de provas em audiências de instrução. Foram condenados 04 deputados estaduais e o então diretor financeiro do Poder Legislativo, que era genro de um dos parlamentares condenados.

Contra os condenados incidiram as penas de ressarcimento ao erário do valor ilicitamente desviado (valor do bem adquirido para particular com recursos públicos), corrigido monetariamente, além de perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, multa civil e, finalmente, proibição de contratar com o poder público ou dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, ainda que por interposta pessoa, sendo tais penas individualizadas em relação a cada um dos condenados, proporcional à gravidade dos atos de improbidade praticados, bem como, ao grau de participação no esquema criminoso.

Já em relação à segunda ação julgada, foram condenadas 09 (nove) pessoas, das quais 08 (oito) eram deputados à época dos fatos ilícitos civis perpetrados. Conjuntamente, a condenação para fins de ressarcimento ao erário atingiu o montante de mais de 800 mil reais, em valores nominais. Na mesma ação, foram os réus condenados à suspensão dos direitos políticos por prazo de até 09(nove) anos. Importante observar que, na referida decisão, houve também condenação à perda dos cargos, empregos ou funções públicas presentemente exercidos ou daqueles que porventura venham a ser titularizados pelos réus, quando do trânsito em julgado. Houve ainda a aplicação de multa civil que, somando-se todos os réus, ultrapassou 4 milhões de reais.

Finalmente, em relação à terceira Ação Civil, deu-se a condenação de 09 (nove) réus, com fixação da penalidade de quase 2 milhões de reais, a título de ressarcimento ao erário, além da suspensão dos direitos políticos por 10 (dez) anos. Nessa ação específica, pode-se observar a condenação de uma instituição financeira, a quem foi imposta multa civil semelhante ao valor total quantificado do dano, acima indicado, além da proibição de contratação com o poder público, por 3 anos.

Por outro lado, até onde se tem notícia, nenhuma ação penal foi sequer ajuizada. Assim, pelo crime de corrupção propriamente dito, ninguém está sendo formalmente acusado. Tudo o que se tem se circunscreve ao resultado das atividades desenvolvidas no âmbito das investigações policiais, diretamente instauradas ou por impulso do Ministério Público.

Há parte de tais procedimentos na esfera do 2º grau da Justiça Federal e também nos Tribunais Superiores do País, em razão do foro por prerrogativa de função de alguns parlamentares indiciados, que hoje são deputados federais e outro que foi nomeado Conselheiro do Tribunal de Contas de Alagoas.

De tudo o quanto apurado e após todos os desdobramentos levados a efeito no contexto da “Operação Taturana”, utilizada neste trabalho como estudo de caso, é de se concluir que as ações judiciais por atos de improbidade administrativa, de natureza civil, instituídas a partir da Lei 8.429/92, revelam-se um poderoso instrumento para responsabilização de agentes públicos corruptos.

A uma, porquanto não se submetem ao critério do foro por prerrogativa de função, específico para ações penais e que acaba por importar, em alguns casos, em obstáculos processuais quase inamovíveis, como os que foram relatados alhures.

A duas, porque suas penas incluem a perda do cargo público e a suspensão dos direitos políticos, o que permite que tais agentes públicos ímprobos – e, por conseguinte, corruptos – sejam afastados da vida pública e ainda se vejam impedidos de concorrer a cargos públicos eletivos, evitando que reiterem em suas condutas ilícitas e, assim, que, mais uma vez, se apropriem indevidamente de recursos públicos.

Tudo isso sem prejuízo de eventuais ações penais para responsabilização pelos mesmos atos, já que a Constituição Federal é clara em afirmar que as responsabilidades: civil, penal e administrativa são autônomas e não se confundem entre si.

Ademais, em sede cautelar, o bloqueio de bens e recursos dos agentes públicos, além do seu afastamento dos cargos públicos ocupados, constituem-se em medidas extremamente eficazes, na medida em que se logra asfixiar o aporte financeiro utilizado pela organização criminosa, bem como, evitar atitudes que busquem corromper eventuais agentes públicos que guardem relação com a persecução judicial dos acusados.

Finalmente, toda a atividade investigativa e probatória há de ser precedida, nos casos que envolvem o delito de corrupção, de minucioso trabalho técnico a ser desenvolvido no âmbito da perícia

científica, lançando-se mão, ainda, de eficientes mecanismos de investigação como a interceptação telefônica, a gravação ambiental, além das quebras dos sigilos fiscais e bancários dos suspeitos, tudo obtido de forma legal, a fim de que se evite a arguição futura de nulidades, o que pode inviabilizar todo o processo investigatório levado a efeito, tendo-se em conta a vigência, no sistema jurídico brasileiro, do princípio da proibição das provas ilícitas ou obtidas por meios ilícitos, inclusive por derivação.

No mais, o desbaratamento de quadrilhas envolvidas e especializadas no desvio de recursos públicos e em atos de corrupção acaba por inculcar no imaginário popular a ideia de que a lei não se aplica apenas aos pobres e desvalidos economicamente, mas há de atingir, igualmente, aqueles criminosos do colarinho branco, travestidos de cidadãos idôneos e que, em verdade, são responsáveis por significativa parcela das mazelas atualmente existentes no Brasil, que resvalam em problemas de caixa sobretudo nas áreas da saúde, educação e segurança pública.



# **A PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE CULTURAL E A PROTEÇÃO JURÍDICA ATRAVÉS DO TOMBAMENTO: a ausência do federalismo cooperativo no município alagoano de Marechal Deodoro.**

---

**Larissa da Rocha Barros Lima**

Mestra em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL).  
Professora de Direito Constitucional da Faculdade Maurício de Nassau.

## **SUMÁRIO**

1. Introdução. 2. O Meio Ambiente e seu aspecto cultural. 3. O patrimônio cultural. 4. O Tombamento como instrumento de preservação cultural e de intervenção na propriedade. 5. O conflito de atuação dos entes federativos na proteção do patrimônio cultural edificado no município de Marechal Deodoro. 6. A atuação dos entes federativos em favor do patrimônio cultural: a ausência do federalismo cooperativo e de políticas públicas culturais eficazes. 7. A gestão associada em prol do patrimônio histórico edificado e o desenvolvimento sustentável. 8. Os consórcios públicos e os convênios administrativos como enunciação de cooperatividade entre os entes federativos. 7. Conclusão. 8. Referências

### **1. Introdução**

O Brasil tem em sua Constituição Federal um amplo sistema de proteção e preservação de bens de valor cultural relevante para a nação. No que se refere ao patrimônio edificado, o tombamento se apresenta como um meio de proteção necessário a fim de que se possa evitar o eventual desgaste das construções e se consiga na prática realizar a salvaguarda e a manutenção desses imóveis. Entretanto, assim como ocorre com os demais direitos fundamentais de segunda dimensão, as normas constitucionais que tratam da proteção cultural do patrimônio cultural não apresentam eficácia social na realidade a que são expostas a funcionarem.

Nesse sentido, o presente trabalho tem como objetivo o de analisar de que modo ocorre a proteção dos bens culturais edificados segundo a legislação brasileira, abordando a atividade dos entes federativos como executores dessas normas de proteção, com vistas à

realização do ideal de cooperação existente na Constituição Federal. Além disso, pretende-se avaliar de que maneira essa cooperação pode ser efetivada, para que as políticas públicas na seara cultural de guarda desse patrimônio sejam postas em prática, sem que os órgãos administrativos constituam obstáculos mútuos a essa atuação.

Como caso prático apresentado, a ação dos órgãos administrativos será observada no âmbito de atuação da União, do Estado de Alagoas e do Município de Marechal Deodoro, na proteção do patrimônio cultural Deodorense, tendo em vista que o mesmo fora tombado pelos três entes da federação, constituindo-se, portanto, como um patrimônio de relevância reconhecida tanto a nível local, regional, como federal. Ao final, será avaliada a possibilidade de tornar real a proteção cultural dos bens edificados na região do Município de Marechal Deodoro, tendo em vista os obstáculos ali presentes, de modo que a atuação protetiva desses bens ocorra em plena harmonia no que se refere aos poderes políticos e administrativos que influenciam aquela região.

## **2. O Meio Ambiente e seu aspecto Cultural**

O conceito de Meio Ambiente é, em verdade, uma variante, conforme o referencial histórico pertinente, bem como o aspecto social a ser enfatizado. Popularmente, a expressão se apresenta como sinônimo de ecologia, ou de preservação da natureza, sendo a sua acepção mais frequente, aquela que enfatiza a representação da união de diversos elementos como a flora, a fauna, as águas e os recursos naturais como um todo. Já na hipótese de sua utilização dentro de um ordenamento jurídico, o seu significado assume conotação diversa, uma vez que a realização efetiva de sua preservação somente pode ser alcançada a partir da definição e da integração de valores que possuam relevância naquele meio.<sup>1</sup>

No caso do ordenamento jurídico brasileiro, o conceito jurídico de meio ambiente pode ser encontrado na Lei n. 6.938/81, da Política Nacional do Meio Ambiente que dispõe ser este, um todo unitário, composto não apenas pelas condições físicas, químicas e biológicas do meio, mas também pelas influências e interações de mesmas ordens e leis da natureza, que permitam, igualmente, a existência da vida em

---

<sup>1</sup> REISEWITZ, Lúcia. **Direito Ambiental e Patrimônio Cultural**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 63.

todas suas formas, que a preservem e a orientem. A mesma Lei, em seu artigo 2º, agrega ao significado adotado, valores que seriam enfatizados posteriormente com a promulgação da Constituição Federal de 1988, como por exemplo, o desenvolvimento sócio-econômico, o direito ao meio ambiente ecologicamente preservado, o uso coletivo e a promoção da dignidade da pessoa humana.

Essa noção de meio ambiente apresentada pela Lei 6.938/81, embora avançada para a época, não mais se coaduna com a posição adotada pelos autores modernos, que apreciam o significado de um meio ambiente que vai além do aspecto naturalístico e abrange todo e qualquer elemento relacionado à vida. Desta forma, a nova doutrina se inclina por uma abordagem diferenciada, propondo a especialização do tema e destacando, desta forma, os aspectos de maior relevância observados na matéria. Assim, a mesma divide o Meio Ambiente em: meio ambiente urbano ou artificial, meio ambiente natural e meio ambiente cultural; devendo ser destacado que, atualmente, existe uma parcela de autores que se inclinam pela inclusão do meio ambiente do trabalho a esta classificação.

O meio ambiente cultural não é bem definido pela legislação pátria, uma vez que a constituição federal, na tentativa de conceituá-lo, não o faz com êxito, pois somente afirma quais os elementos indicativos do valor cultural de um patrimônio para o Ordenamento. Desta forma, a Carta Magna tem por estabelecer uma espécie de sinonímia, ou ainda, uma confusão entre os conceitos de meio ambiente cultural, cultura e patrimônio cultural. A doutrina, de quando em quando, também não encontra caminho adequado à resolução do problema, já que a maioria dos autores sequer enfrenta a questão.

Certamente os três institutos possuem muito em comum, mas não possuem o mesmo significado. A Cultura se refere, em um primeiro momento, as faculdades cognitivas do homem, podendo assumir diversos sentidos. Quanto a Carta Brasileira, em função do referencial adotado, o conceito de cultura se apresenta entrelaçado ao ideal de efetivação dos direitos fundamentais, referindo-se assim ao aprimoramento das faculdades humanas, com vistas à concretização desses direitos em um meio coletivo ou individual.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> REISEWITZ, Lúcia. 2004, p. 64.

Genericamente, para que um bem faça parte de um patrimônio cultural, basta que lhe seja atribuído, um valor relacionado às faculdades de transformação ou criação de um indivíduo. Tratando-se de um ordenamento jurídico específico, a conceituação da expressão *patrimônio cultural* pede tanto a definição do que é o instituto do *patrimônio*, como a definição de um norteador do conceito de cultura, a fim de que se possa estabelecer as diretrizes e os critérios de identificação do patrimônio cultural de um Estado. No caso do Brasil a Constituição Federal define o patrimônio cultural como sendo o conjunto de bens ou a individualização de um bem de natureza material ou imaterial, e que tem como característica inerente o referencial a identidade cultural brasileira, devendo ser enquadrado nas hipóteses dos incisos do artigo 216.

Por fim, a noção de meio ambiente cultural, que vem a ser, na verdade, uma junção de todos os conceitos brevemente avaliados, constitui-se não só do patrimônio cultural de um povo, mas também dos bens individualizados a que se lhes atribui o valor da ação humana, e ainda do meio artificial, físico, químico ou biológico, desde que lhe seja identificado o caráter cultural. Ou seja, desde que tenham sofrido a intervenção da energia criativa do homem, ainda que de forma branda, mas apta e suficiente para emanar cultura e interferir na sua qualidade de vida.<sup>3</sup>

### 3. O patrimônio cultural

No âmbito do Direito Civil, o termo “patrimônio” é utilizado no sentido de se identificar o conjunto de relações jurídicas de valor eminentemente econômico relacionadas a um indivíduo em particular, de modo que somente se sobressai o caráter material do termo.

Diferentemente dessa noção tradicional e civilista, o instituto do *patrimônio* enobrece seu significado no momento em que termo passa a ser empregado de forma qualificada pelo valor cultural, passando a refletir uma nova compreensão que não se limita a exemplificar o valor pecuniário do conjunto de bens, mas que revela ao mesmo tempo um caráter material e outro subjetivo ou imaterial. Nesse ponto, convém

---

<sup>3</sup> CORREIA, Belize Câmara. “*A tutela judicial do meio ambiente cultural*”. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo. Revista dos Tribunais. n.º 34. abr./jun. 2004, p. 43-44.

destacar que o significado dessa expressão tem sido empregado pela legislação brasileira de forma ampla, estabelecendo-se uma relação de sinonímia com outra, qual seja, *bens culturais*.

A expressão utilizada pela legislação do Brasil foi se modificando ao longo de décadas, conforme o instrumento legal que a conduzia, e o contexto histórico enfrentado. Da mesma forma, ocorrera com seu conteúdo ao longo do século XX, em que a positivação sintética e esparsa de alguns poucos direitos culturais alcançou um enfrentamento da matéria em um Título específico na Carta de 88, nascendo um conceito bastante avançado de patrimônio cultural.

De acordo com artigo 216 “constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem (...)”, as formas de expressão – que são na verdade os meios utilizados como forma de exteriorização da mente humana; o modo de criar, fazer e viver, as criações científicas, artísticas e tecnológicas, as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados as manifestações artístico-culturais e os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Ao que se pode observar, a nova acepção adotou uma postura ampla do termo, de modo a abarcar uma série de bens com valor cultural que até então se encontrava fora do âmbito de proteção jurisdicional. Antes, para fazer parte desse conjunto tutelado, o Decreto 25/1937 determinava que os bens móveis e imóveis deveriam conter vinculação a fato memorável, ou excepcional valor arqueológico, artístico, etnográfico ou bibliográfico.

A evolução da acepção do termo resta constatada por diversas modificações empreendidas no conceito existente no Decreto. Como já destacado, a primeira delas se refere à inclusão dos bens imateriais entre os bens móveis e imóveis passíveis da tutela protetiva. A mais importante, entanto, refere-se à não restrição do patrimônio a fatos memoráveis, estabelecendo-se a necessidade de haver uma ligação entre o bem e a identidade cultural brasileira, incluindo-se também a ação e a memória dos grupos formadores da sociedade. Esse novo parâmetro se apresenta mais adequado que o anterior, pois ao passo que ampliou as

possibilidades de inclusão de bem no âmbito proteção, ele também fora limitado pela necessidade de correspondência com as fontes de cultura estabelecidas pelos incisos do mesmo artigo. Assim, resta assente que nem todo bem fruto da atividade cognoscitiva do homem será considerado inserido no plano de proteção do patrimônio cultural brasileiro, devendo este cumprir com os requisitos estabelecidos na Constituição.<sup>4</sup>

#### **4. O Tombamento como Instrumento de Proteção Cultural e de Intervenção na Propriedade.**

O Ordenamento Jurídico Brasileiro oferece diversos meios de proteção ao patrimônio cultural, tanto na legislação infraconstitucional, como na Carta de 1988. Essa atuação de controle pode ocorrer pela forma administrativa ou pela forma jurisdicional, podendo ser qualificada inclusive conforme a tutela a ser exercida, se preventiva, repressiva, ou ambas ao mesmo tempo.

Desde a edição do Decreto-Lei 25/37, o tombamento tem sido o instrumento mais utilizado na proteção de bens culturais. A atual Constituição Brasileira, no entanto, prevê em seu artigo 216, parágrafo 1º, que o Poder Público, atuando em conjunto com a comunidade, poderá se utilizar, além do tombamento, dos seguintes instrumentos de proteção ao patrimônio: inventário, registro, vigilância, desapropriação e outras formas de acautelamento e preservação.

Tombar significa registrar a propriedade de um bem, que em função do interesse social, necessita ser protegido contra a destruição, o abandono, a modificação e a utilização inadequada, passando àquele bem a respeitar um regime jurídico diferenciado.

É uma declaração do Poder Público de que determinado local ou bem, móvel, imóvel, público, privado ou ainda intangível, possui valor histórico, artístico, cultural, paisagístico, turístico ou científico, de modo que deva ser preservado e inscrito no Livro de Registro prprio.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A Tutela do Patrimônio Cultural sob o Enfoque do Direito Ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.52.

<sup>5</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de construir**. 9. ed. São Paulo. Malheiros. 2005, p. 151.

A legislação federal criou quatro tipos de tombamento, são eles: o de bens públicos, o voluntário, o compulsório e o provisório.

O tombamento de bens públicos, disposto no art. 5º do Decreto-Lei n.º 25 de 1937, ocorre quando a autoridade competente reconhece o valor cultural de um bem público. Não há a possibilidade de exercício do contraditório, de modo que o procedimento é simplificado. Deve-se destacar, entretanto, que este reconhecimento é feito pelo Diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, hoje, Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, autarquia diretamente vinculada ao Ministério da Justiça. De modo que ao ser decretado de ofício o tombamento de bem público municipal ou estadual, necessária seria a existência de contestação destes entes.

O tombamento voluntário é aquele descrito no art. 7º da mesma Lei, em que o proprietário do bem móvel ou imóvel, solicita que o mesmo seja registrado no livro do tombo, devendo apenas que ele preencha os requisitos necessários para integrar o patrimônio cultural nacional. O mesmo artigo menciona que o tombamento voluntário pode se dá por anuência do proprietário, que recebendo a notificação do Poder Público sobre o tombamento, concorda com a mesma. Ressalte-se que uma vez tombado o bem provisoriamente e anuído o proprietário, não será a desistência do processo.

O tombamento compulsório, por sua vez, se configura como regra geral para o procedimento de tombamento de bens privados. Nesses casos, o proprietário do bem, após notificado da decisão discricionária da Administração, pode impugnar o ato e exercer o contraditório, sendo o processo analisado e decidido pelo órgão colegiado do Conselho competente.

O tombamento provisório ocorre quando, já em curso o processo de tombamento, tem-se a necessidade de resguardar o bem, que é de propriedade privada, tendo em vista que o mesmo poderá sofrer algum tipo de destruição ou modificação. Os efeitos são os mesmo do tombamento definitivo, devendo apenas haver a determinação do período de vigor do instituto, uma vez que não pode ele ser indeterminado.

Primeiramente, deve-se destacar que com a utilização do tombamento ocorre toda uma mudança no regime de tutela do bem. Depois de sofrer o tombo, o bem passa a ser abrangido por um sistema

de proteção no qual não poderá sofrer alterações, sem que lhe seja permitido, ou ser deteriorado, sem que lhe seja garantida uma tutela penal. Assim, pelo dever de conservação imposto, fica vedado ao proprietário destruir o bem tombado, ao passo que somente poderá repará-lo, restaurá-lo, ou exercer qualquer tipo de modificação, se obtiver expressa autorização do Poder Público.

Situação semelhante a essa se dá no que diz respeito à vizinhança ou entorno do bem tombado, quando a Legislação do Tombamento cria uma limitação ao exercício de propriedade das edificações localizadas em sua proximidade. Nesses casos, os prédios vizinhos não poderão alcançar um patamar de construção que possa vir a diminuir ou impedir a visibilidade do bem que sofreu o tombo, devendo essas restrições virem especificadas no livro de registro do tombamento.

Há, ainda, que se ressaltar o efeito do direito de preferência dos entes públicos, quanto aos casos de vendas de um bem de declarado valor artístico, histórico, cultural ou paisagístico. A proposta de venda deve ser ofertada na seguinte ordem, à União, ao Estado e ao Município, de modo que será declarada nula e passível de multa a venda que não obedecer este direito.

Por fim, outros efeitos que devem ser considerados são o da fiscalização do bem pelos órgãos competentes, sem que sejam criados, pelo proprietário, obstáculos à sua atuação e a proibição de deslocamento do bem sem a devida autorização.

## **5. O conflito de atuação dos entes federativos na proteção do patrimônio cultural edificado no Município de Marechal Deodoro.**

Constituída, inicialmente, na região das Lagunas, conhecida atualmente como Taperaguá, a cidade de Marechal Deodoro teve suas origens e desenvolvimento vivenciados à época do ciclo da cana de açúcar, em que o povoamento da área era feito em blocos, a partir da disseminação dos engenhos. Berço de Alagoanos ilustres, a cidade, que já foi sede da comarca e capital província, conta com um dos sítios históricos mais importantes do Estado. Os traços característicos de seus bens culturais são aqueles indicados pelo movimento estilístico da arte barroca, que na busca da comoção intensa do espectador, exaltava o sentimento à religiosidade e à sua dramaticidade.

A cidade conta, atualmente, com sete conjuntos arquitetônicos de igrejas: Igreja e Convento de Santa Maria Madalena, Igreja do Senhor Bom Jesus do Bonfim de Taperaguá, Igreja Matriz Nossa Senhora da Conceição, Igreja Nossa Senhora do Rosário dos Pretos, Igreja Nossa Senhora do Amparo, Igreja do Antigo Convento e a Ordem Terceira de São Francisco. Além das edificações civis, que ainda preservam as características estilísticas das construções do passado e de outras edificações históricas, como, por exemplo, o Antigo Palácio Presidencial, Cadeia e Casa de Câmera e a Casa de Deodoro. Boa parte desse acervo se encontra localizado no centro da cidade de Marechal Deodoro, área que já foi tombada tanto pelo Estado, como pelo Município, nos idos da década de 80. O tombamento do acervo pela União somente veio a ocorrer em agosto de 2006, vinte três anos após o tomo estadual.

Embora parte da área central do município já estivesse tombada por duas outras esferas da federação, somente com o tombamento federal, é que se observou uma modificação na atitude tanto da administração, como da população em geral, com vistas ao desenvolvimento sustentável e a preservação do patrimônio cultural. Durante esse período de vinte e três anos entre um tombamento e outro o que se tem são prédios históricos com sérios problemas estruturais, com danos em suas respectivas fachadas e nenhum ou pouco cuidado com o acervo em geral.

Da mesma forma se observa no tocante as edificações civis. Uma vez que o tombamento federal se utilizou de um zoneamento da área a ser preservada, diferenciado daquele utilizado pelos outros entes, percebeu-se que determinados imóveis já não mais carregavam em sua arquitetura traços característicos do movimento cultural a que antes se referiam e que poderiam ser considerados relevantes junto aos motivos que ensejaram o tombamento pela União.

Diante desse quadro de mais de vinte anos de obstáculos políticos e econômicos e do recente tombamento federal, uma série de questões envolvendo a atuação da administração e as limitações a propriedade particular passam a existir nessa sociedade que até o momento se encontrava alheia a riqueza que possuía.

O primeiro ponto a ser destacado diz respeito à ausência marcante do ente estatal na preservação do patrimônio que ele próprio

reconheceu como de relevância cultural no ano de 1983. A atuação em favor do patrimônio cultural edificado daquela região, por parte dos órgãos estatais, tem-se mostrado até os dias de hoje funcionando em sua capacidade mínima, ou ainda, como afirma a secretária de cultura do município de Marechal Deodoro, como inexistente.

Não é de se surpreender que pouco tenha sido executado pelo órgão estatal responsável pela cultura naquela região, uma vez que as dificuldades encontradas pelos empreendedores da cultura no Estado existem em todo o território de Alagoas. Um dos principais motivos dessa obstaculização a cultura se encontra na falta de recursos financeiros disponíveis a Secretaria de Cultura do Estado, já que a verba destinada a essa pasta corresponde a uma quantia muito pequena, destinada quase em sua totalidade a folha de pagamento, havendo inclusive insuficiência de recursos para a manutenção e funcionamento da própria secretaria. Daí porque a ação do órgão estatal se encontra comprometida de tal forma que poucos são os projetos mantidos com eficiência por ela.

Outra dificuldade encontrada diz respeito a atuação dos órgãos públicos no tocante a preservação do acervo. Em Marechal Deodoro, observa-se que esta se encontra nas mãos de duas secretarias municipais, a de planejamento urbano e a de cultura, restando àquela referente à proteção do meio ambiente e ao desenvolvimento do turismo, até certo ponto, posição alheia ao processo de preservação do bens históricos.

Também não é de se espantar que alguns poucos agentes públicos municipais se preocupem com uma atuação protetiva da região, uma vez que a administração dos municípios no contexto nordestino, em especial do Estado de Alagoas, apresenta-se marcada pela política de tradição coronelista marcada pela má gestão, associada a condutas características da improbidade administrativa, em que os políticos pouco valorizam a expressão cultural da população por temerem que a mesma assuma um caráter reacionário, contrariando seus interesses de perpetuação no poder.

Com o município de Marechal Deodoro, a situação existente não é diferente, restando ainda e ao mesmo tempo a dúvida se a cultura será deixada em um terceiro plano, em um município que enfrenta tantas dificuldades em campos diversos, como fazem a maioria das

administrações, excluindo-a do grupo das necessidades básicas a serem atendidas pela gestão.

O que se pode perceber no quadro analisado no período compreendido entre 2006/2008, é que a administração dos bens culturais se apresentava comprometida quando em mãos do Estado de Alagoas e descompassada e frágil sob a tutela do ente municipal, havendo, no entanto, uma predominância nascente da atividade de proteção centralizada na figura da União. O que por um lado poderia representar um avanço na proteção do acervo cultural, já que a atuação da União em muito reforça a preocupação do Estado Brasileiro com suas raízes culturais, por outro, manteve-se intocada a concretização do federalismo cooperado proposto pela Constituição.

Parte importante do processo de tombamento de bens edificados se apresenta também no tocante as limitações conferidas as edificações civis pelo novo regime que passam a ter que respeitar. Ainda não se tem notícia de que alguma lide referente ao tombamento de uma propriedade particular em Marechal Deodoro tenha surgido entre os procedimentos que tramitam no judiciário local. Isto ocorre em função de outra dificuldade existente, qual seja, a ausência de fiscalização dessas edificações por parte da administração pública. Durante o período observado, a Secretaria do Planejamento Urbano de Marechal Deodoro mostrava-se como o órgão mais atuante face ao tombamento federal e juntamente com o IPHAN reunia esforços a fim de que fosse dada continuidade à preservação.

Os arquitetos do município, no entanto, reclamavam a falta de legislação que regulamentasse o procedimento de fiscalização das propriedades particulares edificadas no perímetro do tombamento federal. Sem essa legislação, a administração que age dentro do princípio da legalidade pouco pode fazer no sentido de impor alguma sanção àquele que descumpra as regras do tombamento.

#### **6. A atuação dos entes federativos em favor do patrimônio cultural: a ausência do federalismo cooperativo e de políticas públicas culturais eficazes.**

A proteção do Patrimônio Cultural é um direito fundamental social garantido pela Constituição Federal, correspondendo a um direito a uma ação positiva do Estado. Por se tratar de um direito de índole social, sua realização se dá através da implantação e da execução de

políticas públicas, uma vez que as normas que tratam do tema, em sua maioria, emitem uma finalidade a ser perseguida pelo Estado.

A relação jurídica estabelecida no contexto da ação positiva é uma relação trivalente, composta pela prestação a ser executada, pelo Estado e pelo titular do direito fundamental. Sua realização, no entanto, poderá assumir duas formas de execução, através de uma prestação normativa, ou por meio de uma prestação positiva de inovação na realidade fática

No Brasil, o sistema de execução de serviços públicos é o da execução imediata, ou seja, cada ente da federação é responsável pela organização administrativa e pela execução dos serviços inseridos em sua respectiva competência, servindo-se de seu próprio aparato administrativo. A cooperação na prestação dos serviços públicos por esses entes, conforme já mencionado, deveria ocorrer nos moldes da Legislação Complementar a ser editada, tendo em vista o equilíbrio das relações e o bem-estar coletivo, entretanto, tal legislação ainda não foi produzida.

O problema da prestação estatal na proteção do patrimônio cultural reside na dificuldade de implantação de uma gestão de políticas públicas associada a um sistema de decisões partilhadas entre os entes da federação. Desta forma, há, portanto, dois caminhos a se percorrer na consecução desses serviços: ou os entes federativos atuam isoladamente conforme as limitações existentes em sua estrutura administrativa, ou procuram na gestão associada, a saída para a prestação de seu dever social-coletivo.

#### **7. A gestão associada em prol do patrimônio histórico edificado e o desenvolvimento sustentável.**

Ao se falar em gestão do patrimônio histórico-cultural edificado, deve-se ter em mente que a política pública cultural a ser estabelecida terá de possuir como norte a sua permanência no tempo, não podendo se falar em política cultural momentânea desse tipo de bem cultural.

A política pública cultural realizada por eventos pouco interessa a proteção do patrimônio edificado, voltando-se quase que em sua totalidade à divulgação do próprio bem, quando inserido em um programa de divulgação. Para a proteção efetiva do bem deve-se adotar medidas com caráter de permanência, com o intuito de se evitar que o

bem seja vítima de algum processo de deteriorização irreversível. Assim, a existência de um conjunto arquitetônico tombado pela Administração requer uma atuação permanente em prol de sua manutenção a ser exercitada não só pelos órgãos administrativos, mas pela sociedade em geral, a fim de evitar a má gestão ou utilização incorreta do bem.

A realidade, no entanto movida pela lógica da economia, requer que a implantação de uma política pública de cultura tenha em vista a geração de desenvolvimento e de progresso local, com a utilização proveitosa dos recursos dispendidos, promovendo, contudo, a preservação da identidade local e o atendimento das necessidades dos cidadãos que serão afetados pelo conjunto de medidas interventivas. A ótica criteriosa do desenvolvimento sustentável é a garantia de que a preservação do patrimônio cultural será efetuada em benefício da comunidade local e do próprio bem salvaguardado, que será recuperado, conservado e preservado com a observância de suas peculiaridades.

Em geral, o desenvolvimento sustentável de um conjunto de edificações de valor cultural em determinada área é desempenhado com vistas ao desenvolvimento do turismo cultural. O turismo de qualidade e baixo impacto reverte-se de maneira proveitosa a implantação de uma política de proteção, podendo se constituir como uma estratégia de preservação, uma vez que exigira a manutenção das políticas de integração.

O turismo cultural tem sido incentivado em diversas regiões do Estado Brasileiro, constituindo-se como fator de desenvolvimento econômico indispensável a determinadas localidades. Sua promoção, contudo, tem exigido cada vez mais uma atuação conjunta entre Município, Estado e União, para que se possa alcançar a sustentabilidade desejada, comprometida com o desenvolvimento de uma atividade fomentadora da preservação das especificidades locais.

O contexto político Brasileiro, em especial quanto aos Municípios situados na Região Nordeste, tem demonstrado a fragilidade do ente municipal na execução de suas funções administrativas e promoção do desenvolvimento local. A má administração, associada ao comprometimento das receitas, tem por aumentar o endividamento e a dependência desses entes com o governo federal. Nesse sentido, a execução do desenvolvimento sustentável da atividade protetiva de bens

culturais requer uma atuação coordenada entre os entes da federação, tendo o vista o sucesso da execução da política pública desenvolvimentista e preservacionista e o inegável benefício a ser revertido aos três entes federativos.

Percebe-se que, mediante a implantação de uma política cultural de desenvolvimento turístico, investimentos serão necessários não apenas na conservação e recuperação dos bens culturais, mas serão essenciais para a criação de uma infra-estrutura adequada a receber o turista e dinamizar a economia local e as relações sociais. O planejamento urbano assumira posição de destaque, a fim de que não se deteriore o objeto da política pública, assim como, a capacitação da população local e o estabelecimento de vantagens econômicas que serão revertidas na manutenção do programa.

A nova dinâmica da economia e o fluxo de indivíduos movimentarão toda uma indústria voltada para a execução de serviços, que se revertera em benefício à administração, que por sua vez enxergara na preservação de seu patrimônio cultural uma alternativa para o desenvolvimento de sua Ordem Social e Econômica.

A atuação pactuada entre Município, Estado e União, volta-se para a execução de uma política vinculada a interesses locais, regionais e nacionais, executada de forma descentralizada, reafirmando o papel do Estado como planejador, coordenador e realizador, em sentido contrário à política neoliberal de desvinculação deste último da prestação social.

#### **8. Os consórcios públicos e os convênios administrativos como enunciação de cooperatividade entre os entes federativos.**

Diante da ausência da Lei Complementar a que faz referência o parágrafo único do artigo 23 da Constituição Federal, a realização da cooperação tem por se realizar através dos instrumentos de gestão postos à disposição dos entes federados. Atualmente, dois desses instrumentos tem-se apresentado como uma alternativa para o exercício dessa conjugação de esforços: os consórcios e os convênios.

A cooperação, em sua forma geral, foi reforçada constitucionalmente com a Emenda de n.º 19/98 que efetuou a reforma administrativa. Dentre as modificações perpetradas, viu-se a inserção do artigo 241, que dispõe que a gestão associada de serviços públicos e a

transferência de encargos, serviços, entre outros aspectos serão autorizados através de consórcios públicos e convênios de cooperação entre os entes federados, que os disciplinarão por meio de Lei.

Essa Lei a que se refere o artigo 241 também não foi editada até o presente momento. Entretanto, o exercício de uma ação cooperada foi regulamentado ainda que a Título de normas gerais pela publicação da Lei n.º 11.107/2005. O Diploma Legal, todavia, conferiu maior tratamento no tocante à figura dos consórcios, equiparando-o aos convênios administrativos, e pouco falando sobre estes, restando em aberto quais seriam as normas específicas de sua regulamentação.

Com a nova Lei, os consórcios passam a ser celebrados em hipóteses antes restritas à figura dos convênios, de modo que hoje se tem a definição de ambos como acordos firmados pela realização de objetivos e de interesses comuns, entre órgãos e entidades da Administração Pública ou entre estes e particulares.

Embora sejam mecanismos de integração, os consórcios públicos, assim como os convênios administrativos, não são limitados a tratarem somente das hipóteses de cooperação descritas no artigo 3º da Lei n.º 11.107/05. Da mesma forma, não há que se confundir por interesses comuns, as situações previstas nas normas definidoras das competências dos entes da federação. As situações descritas nestes dispositivos não são taxativas ou exaustivas, de modo que os entes envolvidos no acordo podem dispor sobre assuntos que evoquem interesse por parte de todos, devendo ser respeitada, no entanto, a autonomia dos seus respectivos órgãos administrativos e das entidades privadas, a fim de se evitar a superposição da atuação de um ente por outro.<sup>6</sup>

Visto dessa forma, os consórcios se apresentam como um importante instrumento de integração e de realização da atividade administrativa. Seu ponto característico é o de solucionar problemas comuns e melhorar a prestação dos serviços públicos através de políticas e ações coordenadas. Além disso, o estabelecimento de consórcios tem por solucionar umas das causas desmotivadoras da ação cooperada por partes dos entes estatais e que diz respeito à assunção da

---

<sup>6</sup> MEDAUAR, Odete. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Consórcios públicos: comentários à Lei 11.107/2005**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2006, p. 23.

responsabilidade advinda de eventuais prejuízos decorrentes, por exemplo, da não prestação ou da atuação insuficiente na execução das políticas públicas.

Pela nova Lei os consórcios obrigatoriamente constituirão personalidade jurídica, podendo ser esta uma associação pública ou uma pessoa jurídica de direito privado. Assim, passam a ser considerados sujeitos de direito e obrigações, convertendo-se em um meio seguro para que terceiros possam com eles contratarem.

No que pertine aos convênios, a Lei nova somente o menciona em dispositivos esparsos sem, no entanto, organizar um procedimento a ser seguido para sua execução. Segundo Odete Medauar, uma vez que a ausência de regulamentação tem por gerar a insegurança das relações jurídicas assumidas em função do convênios, faz-se necessário a solução da atual controvérsia sobre a utilização ou não da presente Lei como procedimento desse instrumento. A autora, embora favorável a sua utilização, reconhece que provavelmente a questão será resolvida quando editado o decreto regulamentar previsto no artigo 20 da mesma Lei.<sup>7</sup>

Ainda que não se tenha resposta para essa questão que permanece em aberto, convênios e consórcios são, indubitavelmente, instrumentos de viabilização das relações intergovernamentais a que pretende a Constituição. O grande desafio, entretanto, permanece no caráter predatório e competitivo que, por vezes, assume o federalismo brasileiro.

A evolução da cooperação no Brasil, conforme já mencionado, desenvolveu-se pelo critério das transferências financeiras efetuadas pela União aos demais entes, revelando seu caráter centralizador. A descentralização veio, efetivamente, com a Constituição de 1988, ocorrendo, por outro lado, um enfraquecimento do executivo federal, situação esta revertida nos anos 90 com a apropriação pela União do Orçamento Geral e dos recursos destinados à Seguridade Social e à manutenção do equilíbrio financeiro.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> MEDAUAR, Odete. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. 2006, p. 110.

<sup>8</sup> LIMA, Luciana Dias de. OLIVEIRA, Roberta Gondim de. VIANA, Ana Luiza D'Avila. **Descentralização e novo federalismo: tendências atuais.** Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-812320022000300008&ln\\_g=pt&nrm=iso&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-812320022000300008&ln_g=pt&nrm=iso&tlng=pt)>; acesso em 22 de dezembro de 2006.

Diante da permanência do critério das transferências de recursos entre União e os demais entes da federação, o que tem por gerar uma verdadeira guerra fiscal, tem-se o primeiro desafio a ser enfrentado pelos consórcios advindos da nova Lei: a convergência de interesses econômicos.<sup>9</sup> Ainda sobre o tema financeiro de um consórcio, impede asseverar que, na sua vigência, os investimentos financeiros serão regulados mediante um contrato de rateio, que determinará o montante de recursos a ser aplicado por cada uma das entidades estatais, assim como determina a Lei e com a finalidade de se incentivar o planejamento de qualquer ente que venha se interessar em integrar o acordo.

Outro ponto importante a ser destacado é que, com a constituição de um consórcio público e a edição do respectivo protocolo de intenções, restarão definidos os campos de atuação de cada um dos consortes, com a conseqüente racionalização e continuidade dos serviços, evitando assim o desperdício dos recursos financeiros que serão investidos e tornando eficiente o desenvolvimento das políticas públicas previstas em seu conteúdo, ainda que executadas em uma área caracterizada pela exclusão socioeconômica.

Voltando-se para a atuação dos entes federados na proteção do patrimônio cultural do município de Marechal Deodoro, não há como se negar os benefícios que o estabelecimento de um consórcio sobre o tema traria. A cooperação entre os três entes da federação, quanto à proteção aludida naquela área, é algo muito recente e cujos contornos se apresentam em desenvolvimento. A ação conjunta entre União e Município, unicamente, não poderá ser efetuada de modo vantajoso, contudo, por meio de um consórcio, pelo o que se lê do parágrafo 2º do artigo 1º da Lei 11.107/05.<sup>10</sup> Em se tratando do Estado de Alagoas, cuja atitude na proteção do patrimônio cultural edificado deodorense permanece minimalista, o estabelecimento de um consórcio tem a sua vantagem assegurada uma vez que a delimitação de sua atuação seria

---

<sup>9</sup> FARAH, Maria Ferreira Santos. JACOBI, Pedro. **Governos Locais e cooperação inter e intragovernamental no Brasil**. Disponível em <[http://uts.cc.utexas.edu/~bwilson/ppss/assets/Brazil\\_intro.rtf](http://uts.cc.utexas.edu/~bwilson/ppss/assets/Brazil_intro.rtf) > acesso em 05 de dezembro de 2006. .

<sup>10</sup> O artigo supracitado menciona que a União somente poderá participar de consorcio público em que também faça parte o respectivo Estado Federal, onde se situa o Município.

discutida previamente entre os entes federativos mediante a constituição de um protocolo de intenções e o firmamento de um contrato de programa. Pelo protocolo de intenções, o Estado afirmará sua vontade de participar na cooperação pretendida, após discutido no âmbito de atuação do consórcio, assim como definidos os serviços públicos objetos da gestão e em que condições deverá se assentar o contrato de programa a ser firmado. O Estado de Alagoas tem nessa discussão, a possibilidade de expor suas limitações de ordem administrativa e financeira, de modo a negociar com União e Município em que moldes será executado o acordo da gestão associada.

Definida a presença do Estado entre os consortes, realizar-se-ão os contratos de rateio e de programa. Pelo primeiro, conforme já mencionado, os entes federativos poderão discutir e estabelecer o investimento financeiro a ser efetuado por cada um deles. O segundo, por sua vez, além de definir como ocorrerá a prestação associada do serviço, ou seja, como será estabelecida a transferência de encargos, serviços, pessoal, entre outros, definirá as obrigações que um ente federativo terá para com o outro ou para com o consórcio público constituído.

Nesse ponto, restringe-se a possibilidade de que algum dos consortes se exima das obrigações assumidas. O contrato de programa, que será amplamente discutido entre os consorciantes, deverá conter cláusulas que estabeleçam não apenas o dever de continuidade dos serviços, mas as penalidades no caso de inadimplência em relação a esses encargos transferidos.

Visto por esse ângulo, a formação de uma gestão associada entre a União, o município de Marechal Deodoro e o Estado de Alagoas, em prol do patrimônio cultural, que, tombado nas três esferas da federação, tem como obstáculo real à sua concretização um único fator de ordem subjetiva, qual seja, a vontade política de suas administrações. Sem a vontade política do Estado voltada para esse intento, há, ainda, a possibilidade de formação de um convênio administrativo entre União e Município, tendo em vista que ambos se mostraram sensíveis à causa da preservação. O estabelecimento de um convênio administrativo, por outro lado, tendo em vista a dificuldade de definição quanto a sua regulamentação, vez que pendente a edição de decreto regulamentar, apresenta-se como um meio instável a constituição de relações obrigacionais entre os partícipes.

Desta forma, defende-se a figura do consórcio como o meio viável e necessário à proteção do patrimônio cultural em comento, uma vez que somente através dele será possível tornar concreto o ideal de uma ação coordenada entre os entes da federação, assegurando-se uma maior participação dos municípios na gestão constituída, tendo em vista a sua posição privilegiada como observador das necessidades e dos problemas enfrentados na execução das políticas públicas de prevenção e proteção.

## **10. Conclusão**

Do exposto, conclui-se que a proteção do patrimônio cultural deve ser observada aos olhos da proteção dos direitos fundamentais, como direito difuso e coletivo e cuja realização deve ser empreendida pelo Poder Público, face à conduta prestacional positiva a ser executada pelo Estado. A efetividade da preservação da cultura em um Estado Democrático de organização federativa deve ser executada com ampla participação da população na discussão das políticas públicas culturais, em um contexto de cooperação entre União, Estado e Município, a fim de que a atuação destes entes não ocorra de forma sobreposta e conflituosa, o que haverá de prejudicar todo e qualquer esforço na concretização da proteção pretendida.

O federalismo como forma de Estado tem, na repartição das competências, a sua característica de cooperação. No campo da competência administrativa, a introdução de mecanismos que possam tornar a ação cooperada em algo real e efetivo, tem por determinar que a máquina da administração funcione de modo menos burocrático e mais eficiente no tocante a execução das atribuições de seus órgãos e da implementação dos programas de governo.

Em se tratando do patrimônio cultural edificado de área determinada do município de Marechal Deodoro, tem-se que este fora objeto de apreciação nas esferas dos três entes da federação. Destacado o seu valor cultural, não apenas local e regional, mas também nacional, a proteção desses bens desafia a atuação conjunta dos órgãos administrativos desses entes, assim como do estabelecimento de um sistema eficaz de sua proteção em um contexto sócio-econômico marcado pela desigualdade.

Diante da ausência de um Sistema Nacional de Preservação Cultural que coordene a atuação dos entes federativos, verificou o

presente trabalho que o caminho a ser seguido pelo município de Marechal Deodoro, pelo Estado de Alagoas e pela União Federal, encontra-se no estabelecimento de um Consórcio Público ou Convênio Administrativo, voltado para a proteção dos bens culturais edificados daquela região. Tais acordos permitem que União, Estado e Município discutam amplamente o âmbito de atuação de seus serviços, assim como o montante financeiro a ser investido, com o intuito de se firmar cláusulas que possam ser favoráveis à atuação de cada um deles, mas que possam desenvolver uma efetiva política de preservação e de desenvolvimento sustentável daquele patrimônio. É preciso que haja um comprometimento entre União, Estado e Município, na efetiva realização de um programa de proteção integrado, revestido de efetividade e que possa alcançar os objetivos pretendidos de preservação e de desenvolvimento sustentável do patrimônio cultural.

## **O LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO E A CONSUMAÇÃO DE CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA**

---

**Liliana Almeida Costa dos Santos**

### **SUMÁRIO**

1. Introdução. 1.1 Norma Jurídica Tributária. 1.2 Da Incidência Tributária. 1.3 Da Relação Jurídico Tributária. 1.3.1 Sujeito Ativo. 1.3.2 Sujeito Passivo. 2. O Lançamento Tributário. 2.1 Da Natureza. 2.2 Do Conceito. 2.3 Da Constituição Definitiva. 2.4 Da Defesa Administrativa. 3. Dos Crimes Contra a Ordem Tributária. 3.1 Ação Penal nos Crimes contra a ordem tributária. 3.2 Da Denúncia Espontânea. 4. Considerações finais.

### **1. Introdução**

O presente artigo possui como escopo analisar a viabilidade do início da ação penal, em face de crimes tributários, mesmo antes da constituição definitiva do respectivo crédito. Deste modo, analisar a possibilidade da persecução penal prévia, à sedimentação da relação jurídico tributária, constituída através do lançamento.

Para a propositura da ação penal é indispensável prova acerca da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria, de modo a existir suspeita concreta da prática de ilícito penal. São também imprescindíveis as condições genéricas da ação, assim representadas: legitimidade ad causam, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido.

No entanto, quanto aos crimes contra a ordem tributária, primeiramente, deve-se verificar a ocorrência da relação jurídico tributária e analisar a repercussão do lançamento tributário, no que tange a obrigação e ao crédito tributários. Assim, será apurada a existência ou não de ilícito tributário, com o auferimento do correspondente quantum sonogado.

Nestes termos, a adoção de medidas coercitivas para compelir o pagamento do tributo, deveria haver, somente quando sedimentada a exigibilidade do montante devido aos cofres públicos, pelo autoridade administrativa. Após a efetivação desse procedimento, poder-se-ia obter as condicionantes específicas que ensejam a propositura da ação penal.

Entretanto, no caso em concreto, percebe-se a dificuldade de se estabelecer o momento da constituição respectivo crédito. As divergências doutrinárias, acerca do assunto, repercutem negativamente no sujeito passivo, parte hipossuficiente da relação jurídico tributária, possibilitando a instauração de inquéritos policiais e o oferecimento de denúncias, ao arbítrio das autoridades Estatais.

Podemos afirmar, segundo a doutrina de Paulo de Barros Carvalho, que o lançamento tributário representa o ato administrativo vinculado, quando um fato jurídico tributário é formalizado, sendo observados os sujeitos da obrigação, a base de cálculo e a alíquota, bem como os critérios temporais, em que o crédito há de ser exigido.

O lançamento tributário caracteriza-se pela individualização do fato jurídico tributário, emanado do conteúdo apresentado em lei para um fato em concreto, momento em que se torna líquido, exigível, reportando-se ao fato gerador para apurar o *an debeatur*, o *quantum debeatur* e, conforme o caso, a penalidade cabível.

Conforme leciona Hugo de Brito Machado, no sistema jurídico brasileiro, a autoridade administrativa possui a competência privativa de afirmar e dimensionar economicamente a relação tributária. Em outros termos, “compete privativamente à autoridade administrativa lançar o tributo.”

Porém, malgrado liquidez e certeza sejam atributos do crédito tributário, sua exigibilidade pode ser discutida, mesmo antes da constituição definitiva, pelo ato administrativo, que o declara, pois, conforme dispõe o artigo 145, CTN o lançamento está sujeito a modificações, facultando à administração pública revê-lo de ofício, da mesma forma que caberão contribuinte impugná-lo. Desta forma, a natureza *ex lege* da obrigação tributária, estará assegurada tornando inexecutável o crédito, que apresentar vícios na subsunção do fato à norma, em virtude de práticas do sujeitos ativo ou passivo.

As discussões sobre o tema, no entanto, surgem quando se questiona acerca da constituição definitiva do respectivo crédito. Pois bem, quando o lançamento tributário se efetiva? Com a notificação válida, com a inscrição do débito em dívida ativa ou com o esaurimento da via administrativa recursal.

Em se tratando de crimes contra a ordem tributária, primeiramente, faz mister verificar se o montante era devido para *a posteriori* apurar existência de quantum sonegado aos cofres públicos. Tal certificação, porém, apenas será exercida através do lançamento tributário, entendido como o ato administrativo, que torna exequível o respectivo crédito, infundindo-lhe liquidez, certeza e exigibilidade.

Entretanto, no caso em concreto, percebe-se a dificuldade de se estabelecer o momento da constituição respectivo crédito. As divergências doutrinárias, acerca do assunto, repercutem negativamente no sujeito passivo, parte hipossuficiente da relação jurídico tributária, possibilitando a instauração de inquéritos policiais e o oferecimento de denúncias, ao arbítrio das autoridades Estatais.

### **1.1 Norma Jurídica Tributária**

Norma jurídica em uma definição mais ampla, prescreve a conduta humana, no sentido de tornar homogênea as ações e os comportamentos da sociedade, a partir dos princípios e valores que ela abraça.

Trata-se, portanto, segundo Marçal Justen Filho<sup>1</sup>, de uma tentativa de comandar a realidade, sem conduto descrevê-la, interferido apenas no mundo jurídico, de modo a orientar as condutas humanas a seguirem determinado preceito, por ele ser normativo.

A norma jurídica, porém, para alcançar a normatividade, necessita ser aplicável ao caso em concreto, através da interpretação do seu conteúdo. O intérprete identifica a situação fática, de modo a enquadrá-la nos critérios definidos na norma geral e abstrata. No campo tributário, as normas jurídicas descrevem fenômenos econômicos, repercutindo em condutas obrigacionais, que ao final

---

<sup>1</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Sujeição passiva tributária**. Belém: CEJUP, 1986, p. 32.

implicarão no recolhimento de prestação pecuniária aos cofres públicos.

As normas jurídicas tributárias, em sentido amplo, regulamentam a atividade de fiscalização e de arrecadação da fazenda pública. Introduce normas que definem quais práticas estes agentes devem exercer ao desempenhar seus trabalhos. Já em sentido estrito, diferentemente, trata do fenômeno da incidência tributária, descrevendo a hipótese de incidência e assim o fato impositivo, trazendo como consequência, a relação obrigacional, decorrente da subsunção do fato à norma.

A partir do vínculo instaurado, surgirão dois pólos: ativo e passivo, cabendo ao primeiro cobrar a obrigação e ao segundo efetuarla, mas sempre de acordo com o conteúdo normativo extraído da norma geral.

Conforme o ensinamento de Paulo de Barros Carvalho<sup>2</sup>, a regra matriz de incidência tributária, representa uma norma geral e abstrata, definida como padrão, descrevendo a hipótese, em que ocorrerá o comportamento humano, condicionado ao critério temporal e espacial. Inobstante, ter-se-á como consequência, o aparecimento dos sujeitos ativo e passivo, bem como o critério quantitativo, definido como a base de cálculo e a alíquota.

Complementa ainda que, o impacto jurídico da exação será verificado a partir da conjugação desses indicativos, no caso em concreto, momento em que a norma deixará de ser abstrata, passando a ser individual e concreta.

## **1.2 Da Incidência Tributária**

Como bem esposto anteriormente, a norma definidora da hipótese de incidência tributária, situa-se no plano abstrato. É constituída por uma previsão legal, formulada pelo legislador para descrever situações cotidianas, sob as quais a norma estaria atrelada.

Na subsunção do fato a norma e em atenção ao artigo 3º do CTN, a doutrina de Paulo de Barros Carvalho<sup>3</sup> atenta para a presença

---

<sup>2</sup> CARVALHO, PAULO DE BARROS. **Curso de Direito Tributário**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.81.

<sup>3</sup> Op. cit., p.253.

de três critérios antecedentes: o material, o espacial e o temporal. Seguidamente, aponta outros dois critérios: o quantitativo e o pessoal, que surgem em consequência daqueles.

Em linhas gerais estes elementos ensejam o nascimento da relação obrigacional, no qual o conteúdo definido em lei, a hipótese de incidência é enquadrada na conduta humana, assim representada como o fato gerador, do qual emana a obrigação tributária.

O critério material é concebido com a ação humana, enquanto o critério espacial relaciona-se com o lugar do evento, adequando-o a uma dada jurisdição, por outro lado, o aspecto temporal, define o instante em que o comportamento ocorreu, de modo a aplicar a lei vigente naquele momento.

Em consequência dos três critérios acima relacionados, surgirão outros dois, assim definidos como Pessoa e o quantitativo, que respectivamente determinarão os sujeitos da relação jurídica instalada e as grandezas definidas em lei para dimensionar a expressão econômica a ser paga, ou seja, a base de cálculo e a alíquota.

### **1.3 Da Relação Jurídico Tributária**

A relação jurídica tributária é fruto da adequação do enunciado fático trazido pela norma geral e abstrata, ao caso em concreto, que instala uma relação jurídica entre os sujeitos ativo e passivo, na qual decorre a obrigação tributária e, posteriormente o crédito tributário, através do lançamento.

Na maestria de Paulo de Barros Carvalho<sup>4</sup>, as relações jurídicas tributárias constituem-se pelo conjunto de precisões normativas atinentes ao direito tributário, sendo encontradas dois tipos de relações: “as de substância patrimonial” e “os vínculos que fazem irromper meros deveres dos administrativos”. As primeiras encontram-se esposadas no núcleo da norma definidora da incidência enquanto que as demais estão ligadas à primeira, para viabilizar a operabilidade da instituição tributária.

Nestes termos, o vínculo instaurado, com a relação jurídica tributária, repercute no surgimento de dois pólos, um credor da obrigação e o outro devedor, ativo e passivo, respectivamente. Sob a

---

<sup>4</sup> Op. cit. p.291.

conduta humana enquadrada na norma, recaem as conseqüências do conteúdo legal, que podem conceder ou não a permissão para a determinada prática, e ou ainda estabelecer a obrigatoriedade. Assim, as condutas proibidas implicam na sanção, ao passo que as permitidas conferem ao indivíduo o direito de exercê-la e as obrigatórias impõem o dever de praticá-la.

Visando garantir maior segurança jurídica à administração fazendária e aos seus administrados, o legislador conferiu o caráter *ex lege* à relação jurídica tributária, trazendo como objeto as obrigações principal e acessória, emanadas de conteúdo legal, e portanto, oriunda do direito positivado.

A obrigação tributária é assim, composta pelos sujeitos da relação (ativo e passivo), que possuem entre si um vínculo obrigacional oriundo de norma impositiva, ligados a um objeto, consistindo no cumprimento de uma prestação positiva ou negativa oriunda de lei.

Pode-se classificar a obrigação tributária, a depender da natureza do objeto a qual está vinculada, em principal ou acessória.

Diz-se que a obrigação tributária é principal quando o seu objeto é de natureza patrimonial, impondo ao contribuinte o dever de pagar prestação pecuniária, importando na obrigação de dar quantia em dinheiro.

Devido a generalidade e abstração da norma que apenas determina o gênero da obrigação, a importância econômica será determinada a partir do fato gerador, pois antes da ocorrência dele, a obrigação é incerta, sendo também ilíquida, enquanto não concretizado o lançamento.

A obrigação acessória será instituída conforme o interesse na arrecadação tributária, não sendo necessária a edição de lei formal para que possa ser cobrada. Compreende o dever de fazer, não fazer, tolerar ou não tolerar. *Tal obrigação não implica para o sujeito ativo (fisco) o direito de exigir um comportamento do sujeito passivo, mas o poder jurídico de criar contra ele um crédito correspondente à penalidade pecuniária*<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> MACHADO, HUGO DE BRITO. **Curso de Direito Tributário**, 26. ed. Malheiros, São Paulo, 2005, p. 135.

Assim, caso o contribuinte descumpra a obrigação, principal ou acessória, será instituída penalidade pecuniária, nascendo para o fisco o direito de constituir um crédito contra o inadimplemento, tornando-se obrigação principal, devido a natureza patrimonial.

### **1.3.1 Sujeito Ativo**

Em linhas gerais, segundo a redação do artigo 119, CTN, compreende o sujeito ativo, a pessoa jurídica de direito público ou privado, a qual foi conferida, pela constituição, a competência para cobrar o tributo. Assim, a União, os Estados, Distrito Federal e os Municípios podem exigir a prestação. Os sindicatos e os conselhos de classe também possuem competência tributária, porém, apenas para cobrar as contribuições parafiscais, no âmbito de sua das categorias profissionais ou econômicas as quais representarem.

### **1.3.2 Sujeito Passivo**

Através do nascimento da relação jurídica tributária com o fato gerador, os sujeitos integrantes do vínculo instaurado são logo identificados, pois se a hipótese de incidência, definida em lei, ainda não transcendeu ao mundo fenomenológico, o sujeito passivo é indeterminado, devido ao caráter genérico e abstrato da norma tributária, que pode ser aplicada a diversos indivíduos, enquadrados na mesma definição legal.

De maneira ampla, o sujeito passivo da obrigação tributária, representa duas espécies: a do contribuinte e a do responsável, sendo, em ambas situações, a pessoa natural ou jurídica incumbida do dever legal de cumprir com a prestação principal e/ou acessória.

Entende-se por contribuinte, a pessoa natural ou jurídica que possui relação direta com o fato tributável, devido ao vínculo de cunho econômico e pessoal com a situação descrita na norma. É por excelência a manifestação de sua capacidade contributiva, em face do benefício econômico auferido pela ocorrência do fato gerador. A responsabilidade é originária por nele recair de forma direta o vínculo de cunho pessoal e econômico do fato descrito na norma.

Não obstante, visando facilitar o trabalho da administração tributária, com guisa a aumentar a arrecadação, a lei poderá atribuir a um terceiro, sem relação direta com o fato, o dever de pagar o tributo, compelindo-o, na mesma forma, da sujeição direta, a cumprir com a respectiva obrigação.

Conforme definição trazida pelo artigo 121, parágrafo único, II do CTN, depreende-se que o responsável tributário é a pessoa natural ou jurídica sobre a qual recai a sujeição passiva indireta, por não apresentar vínculo originário com o fato gerador, mas que possui a responsabilidade pelo crédito tributário, em virtude de lei.

A escolha do terceiro, no entanto, não será aleatória será mediante transferência ou substituição. Hugo de Brito Machado<sup>6</sup>, estabeleceu com bastante propriedade as diferenças:

Há transferência quando existe legalmente o sujeito passivo direto (contribuinte) e mesmo assim o legislador, sem ignorá-lo, atribuiu também a outrem o dever de pagar o tributo, devido a eventos posteriores ao surgimento da obrigação tributária. Há substituição quando o legislador, ao definir a hipótese de incidência tributária, coloca desde logo como sujeito passivo da relação tributária que surgirá de sua ocorrência alguém que está a ela diretamente relacionado, embora o fato seja indicador de capacidade contributiva de outros, aos quais, em princípio, poderia ser atribuído o dever de pagar, e que, por suportarem, em princípio, o ônus financeiro do tributo, são geralmente denominados contribuintes de fato.

O sujeito passivo da relação jurídico tributária é portanto, o devedor da obrigação, que será identificado a partir do surgimento desta. Nestes termos, a sujeição passiva, será decorrente de lei, devido à natureza *ex lege* da obrigação. No entanto, o sujeito passivo, sem sempre possui vínculo direto com o fato, podendo ser compelido ao cumprimento da obrigação por força de lei.

## 2.0 O Lançamento Tributário

Segundo o artigo 142, do Código Tributário Nacional, o lançamento é compreendido como o procedimento administrativo que verifica a ocorrência do fato gerador da respectiva obrigação, de modo a determinar a matéria tributável, o *quantum* devido e, conforme o caso, a penalidade cabível, desde que o contribuinte tenha transgredido alguma norma.

Em análise a essas disposições, a doutrina, aponta uma série de imprecisões terminológicas na definição apresentada pelo CTN, sobre as quais, têm se debruçado, ao longo dos anos, para alcançar um

---

<sup>6</sup> Op. cit. p. 151-152.

conceito uno e pacífico, sem, no entanto, atingi-lo. Na realidade, a conceituação clássica do CTN foi apenas uma tentativa do legislador em trazer uma construção teórica, normatizada, para superar as eventuais divergências doutrinárias sobre o conceito, através do exercício de função atípica, avocando a definição do comando, ao invés de editá-lo.

A doutrina, com bastante propriedade, questiona, basicamente, alguns pontos, da conceituação clássica esposada pelo CTN, quais sejam: quanto a natureza jurídica, se constitutiva e/ou declaratória; se procedimento ou ato administrativo; e se o lançamento é meio idôneo, para a aplicação de medidas sancionatórias e, por fim quanto ao momento em que este se torna definitivo.

## **2.1 Da Natureza**

Ao definir a natureza jurídica de determinada matéria do Direito, procura-se identificá-la, de acordo com as categorias já existentes no ordenamento positivo, visando conhecer quais os efeitos jurídicos, dela decorrentes.

Assim, a importância de se conhecer a natureza jurídica do lançamento tributário, consiste em desvendá-lo, em face do Sistema Constitucional Tributário, de modo a verificar quais reflexos na seara tributária.

Analisando as disposições do caput do artigo 142, CTN, contata-se que o lançamento é o meio pelo qual a autoridade administrativa verifica a ocorrência do conteúdo exarado em lei constituindo o crédito tributário.

A natureza constitutiva do lançamento tributário decorre da interpretação literal da premissa de que sem lançamento não há tributo. Como a lei tributária necessita da autoridade administrativa para ser concretizada, o lançamento passaria a introduzir a norma individual e concreta, constituindo a obrigação e o crédito tributário.

Em que se pese, este seja o entendimento esposado pelo CTN, parte da doutrina diverge do retro ensinamento. Sustenta pois, que o lançamento tributário deve se reportar ao fato gerador, aplicando a lei vigente naquele momento. Assim, o lançamento ao constituir a obrigação e o crédito, aplicaria somente a lei do momento da constituição e não da ocorrência do fato.

Desta forma, a corrente contrária ao disposto no compêndio tributário se desmembra em outras duas correntes, apontando naturezas distintas para o lançamento.

A primeira delas, entende, possuir o lançamento natureza declaratória, afirmando que o lançamento não cria, modifica ou extingue direito, mas apenas, declara o já existente na obrigação tributária, reportando-se ao fato gerador para observar o *an debeatur* (se devido) e o *quantum debeatur* (quanto devido).

Neste sentido afirma Sacha Calmon:<sup>7</sup>

O lançamento, como ato administrativo de aplicação da lei genérica e abstrata aos casos concretos, deve reportar-se à lei que vigia ao tempo do fato gerador, aplicando-a. Conseqüentemente a sua função não é, absolutamente, criadora do crédito, senão que declaratória do seu prévio existir nos exatos termos da lei contemporânea ao seu nascimento. O fato gerador, ao acontecer, instaura a obrigação e o crédito tributário, como prescreve o CTN.

A outra parte da doutrina, entende que o lançamento possui natureza híbrida (dualista), por declarar válida uma situação já existente ao mesmo tempo em que apura e constitui o crédito vinculado à obrigação.

Nesse sentido, como estabelece Hugo de Brito Machado<sup>8</sup>, ainda que a obrigação e o crédito sejam a mesma relação jurídica, porém em momentos diferentes, este último deve ser considerado como o terceiro estágio da dinâmica obrigacional. O lançamento, portanto, constitui o crédito, declarando a obrigação. Antes dele, existe a obrigação após, surge o crédito.

Não obstante as discussões acerca da natureza jurídica do lançamento tributário, pode-se afirmar que o lançamento válido implica na constituição de título executivo, garantindo à fazenda pública o Direito de cobrar do contribuinte a expressão econômica e, sendo possível, em caso de descumprimento a inscrição do débito em

---

<sup>7</sup> COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário brasileiro**. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2006, p. 750.

<sup>8</sup> MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo, Malheiros, 2005, p. 182.

dívida ativa, possibilitando ao fisco a cobrança judicial da importância entendida como devida.

### 2.3 Do Conceito

O CTN abraça as duas concepções tratando o lançamento como procedimento (art. 142) e como ato (art.150, caput). A dualidade apresentada pelo compêndio causa um certo celeuma entre os doutrinadores, que se dividem entre os dois posicionamentos.

Paulo de Barros Carvalho<sup>9</sup>, concebe o lançamento como uma série de atos, que juntos compõe uma só unidade para alcançar um fim determinado. Logo, a escolha deverá recair sobre o ato final da série, aquele, a partir do qual, os resultados serão observados. Ressalta ainda, que pode haver lançamento sem qualquer procedimento anterior, pois ele nada mais representa do que um ato jurídico administrativo, com particularidades e, neste sentido complementa:

Se o procedimento se substancia numa série de atos, que se conjugam objetivamente, compondo um todo unitário para a consecução de um fim determinado, torna-se evidente que, ou escolhemos o ato final da série, resultado do procedimento, para identificar a existência da entidade, ou haveremos de reconhecê-lo, assim que instalado o procedimento, com a celebração dos primeiros atos.

Por outro lado, Hugo de Brito Machado<sup>10</sup>, assinala o instituto como procedimento administrativo por abranger o campo do Direito dos Administrados, devendo, portanto ser desenvolvido, em apreço aos requisitos legais. Nesse contexto, o lançamento deve ser visto não apenas quanto aos seus efeitos, mas como um todo, desde os atos preparatórios em que devem ser obedecidas as formalidades legais.

Depreende-se, pois, que o lançamento é ato administrativo singular fruto de uma série de atos consecutivos com guisa a um determinado fim. Nessa esteira, não há lançamento inicial ou final, mas sim atos ditos preparatórios e revisionais, necessários ou não, que em conjunto integram o procedimento. O ato, do qual resulta o crédito tributário, é um só porém, precidido ou não de uma seqüência de tantos outros.

---

<sup>9</sup> Op. cit.. p.358.

<sup>10</sup> Op.cit. p. 182

## 2.4 Da Constituição Definitiva

Em linhas gerais, o lançamento tributário é o ato administrativo, simples, vinculado e constitutivo que resgata a norma tributária de um plano geral e abstrato, para o fato em concreto, individualizando a obrigação, ao ponto de torná-la líquida e exigível.

Assim, o lançamento possui efeitos confirmatórios-extintivos, quando houver a homologação do pagamento, como também assegura ao fisco a exigibilidade do crédito oriundo da relação obrigacional com a formação do título executivo.

Porém, para que tais efeitos sejam válidos é imprescindível que o lançamento exprima de forma verdadeira a relação jurídico tributária ocorrida, de modo a atribuir certeza e exigibilidade ao crédito tributário.

Em leitura ao artigo 145, CTN, o qual trata o autor, infere-se, que o lançamento está suscetível a erros, sendo passível de revisão a través da impugnação pelo sujeito passivo, pelo recurso de ofício ou pela iniciativa própria administração pública, nos termos do artigo 149, o qual estabelece em quais hipóteses ela pode ser processada.

Mais adiante, no artigo 151, o código dispõe que a exigibilidade do crédito tributário poderá ser suspensa, sem contudo, apresentar um conceito para o fato, deixando em aberto a definição sobre o que seria o crédito tributário exigível, e sobretudo quanto ao seu nascimento.

Considerando o conceito de exigibilidade do direito das obrigações, visto que a relação jurídico tributária é de natureza obrigacional, verifica-se que a dívida será líquida quando a obrigação for certa, tornando-se exigível ao atingir o termo prefixado para o vencimento. Na mesma linha, aponta Paulo de Barros Carvalho<sup>11</sup> afirmando que a exigibilidade compreende o direito do credor em postular o objeto da obrigação, após o cumprimento dos requisitos necessários à constituição da dívida.

A par destas considerações, é plausível afirmar que o crédito apenas seria exequível quando esgotadas todas as possibilidades de que possuem o contribuinte e o fisco de apontarem a ocorrência da relação obrigacional válida, ou até mesmo a ausência desta e, somente após a análise das

---

<sup>11</sup> Op.Cit. p. 439

possíveis inconsistências, poder-se-ia concluir acerca da presunção de certeza, liquidez e exigibilidade, da qual goza o crédito tributário.

Como cediço, dada a natureza declaratória e constitutiva do lançamento tributário, é este instituto o responsável pelo nascimento do crédito, declarando válida a relação jurídico tributária, ao mesmo tempo em que gera no polo passivo o dever de cumprir com a respectiva obrigação.

Surgem, no entanto, três diferentes correntes, para tratar do assunto, cada qual, apontando momentos distintos para a constituição definitiva do lançamento tributário. Resta saber, portanto, em qual momento é atribuída a efetividade ao ato ou seja, quando, de fato, a certeza, liquidez e exigibilidade serão atributos do crédito tributário?

A depender do posicionamento adotado, o momento da constituição definitiva do crédito, será distinto. Assim a importância de se estudar o instituto surge em decorrência da ampla repercussão que ele causa, pois o lançamento uma vez efetivado gera efeitos não apenas na seara fiscal, mas igualmente na criminal.

Das três correntes dominantes, uma há de prevalecer, sendo papel dos tribunais superiores, o dever decompor o ato administrativo e assim definir qual o momento da constituição definitiva do crédito.

A constituição do crédito tributário para a doutrina de Paulo de Barros Carvalho será efetiva com a publicidade. Deste modo, contribuinte ao receber a notificação válida, toma ciência do ato para exercer o que entender de Direito, cabendo ao fisco praticar os atos cabíveis para compelir o sujeito passivo a cumprir com a obrigação.

Dessa forma, a simples lavratura do ato infracional, osbta a decadência, consumando o lançamento. Em uma segunda etapa, ainda na esfera administrativa, os sujeitos da relação podem rever o ato, que está sujeito a conter vícios.

Em Direito Tributário, a decadência possui duas acepções, devendo ser compreendida como a extinção do poder em constituir o crédito tributário, através do lançamento, pela fazenda pública. O mesmo vocábulo pode empregado para tratar da extinção do direito, que possui o sujeito passivo em requerer a repetição do indébito, compreendido como o tributo pago indevidamente ou a maior.

Zelmo Denarzi, em contrapartida, compreende que a constituição definitiva do crédito somente irá ocorrer com a inscrição dele em dívida ativa. Assim, em face da evidência da mora do contribuinte, no cumprimento da obrigação com a fazenda pública, cabe ao ente competente, para cobrar/instituir, o tributo prosseguir com a cobrança, do devido, pela via administrativa ou judicial.

Nos termos da lei 6830/80, entende-se por dívida ativa o crédito regularmente inscrito por autoridade competente, o qual dispõe a fazenda pública, quando terminado o prazo para pagamento, sem que o devedor o tenha efetuado. O prazo, por sua vez, não é definido arbitrariamente, mas por dispositivo legal ou em processo administrativo regular.

Já, o entendimento esposado por Hugo de Brito Machado define que o marco para a constituição definitiva do crédito é o exaurimento das instâncias administrativas, momento em que seria oportunizado ao contribuinte o Direito de impugnar o ato (procedimento) administrativo. Sustenta, pois que como o lançamento é ato de competência administrativa, podendo conter vícios, tornando-o nulo ou anulável, a constituição definitiva do crédito somente poderia ocorrer após assegurada a oportunidade do contribuinte defender-se administrativamente, impugnando as suportas vissitudes.

Ante aos entendimentos acima colacionados, resta claro, conforme afirmado anteriormente, a importância de se debater o tema, que tem sido alvo de profundas discussões nas cortes supremas. Em 2003, Pretório Excelso, inovadoramente, no julgamento do Hábeas Corpus 81.611/DF, manifestou-se de maneira favorável quanto a necessidade da apuração definitiva do crédito tributário para o oferecimento de denúncia relativa a crime tributário.

A partir do julgamento do referido o *writ* constitucional, a corte consolidou o entendimento de que o lançamento apenas será definitivo após o exaurimento da via administrativa recursal. Assim, desde o julgamento do Hábeas Corpus 86111/DF, as cortes supremas posicionam-se no sentido da terceira corrente doutrinária, considerando a constituição do crédito com a decisão definitiva em esfera administrativa.

O término da via administrativa recursal, como condição para tornar exigível o crédito tributário, nada mais representa do que um instrumento de segurança para o fisco e para o contribuinte. Esta é,

pois, a oportunidade de ambos os pólos (ativo e passivo) reverem as condutas na qual o lançamento está revestido. A prática oferece uma maior segurança, com o intuito de evitar a cobrança indevida, seja a maior ou a menor, além da instauração indevida da persecução criminal, baseada em ilícito penal tributário.

Em suma, pode-se afirmar que o lançamento será definitivo quando oportunizado, ao contribuinte a possibilidade de impugnar administrativamente a notificação recebida. Assim, caso não exercido o Direito o qual assiste a parte hipossuficiente, o lançamento estará consumado, caso contrário, somente após a desistência de recurso, quando a decisão em primeira instância for favorável a fazenda pública, ou em se tratando de decisão em última instância também benéfica ao fisco. De qualquer maneira, o lançamento, uma vez consumado, afasta a possibilidade da decadência, desde que a apuração do crédito não seja alvo de discussão na via administrativa.

## **2.5 Da Defesa Administrativa**

O processo administrativo representa o mecanismo de controle da legalidade dos atos administrativos, por meio dos administrados. É uma garantia inerente ao Estado de Direito, no qual os direitos e garantias individuais estão sobrepostos às arbitrariedades estatais, sendo concebido como um direito de impugnar.

No ordenamento pátrio, encontra-se sedimentado no artigo 5o, inciso LV do Texto magno, o qual assinala que nos processos judiciais ou administrativos, aos litigantes e acusados será oportunizado o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Do mesmo modo, a CF/88, no artigo 5o, XXXIV também estabelece como preceito fundamental, o Direito de petição, atribuindo a qualquer interessado a prerrogativa de invocar, requerer ou solicitar à autoridade estatal competente a Defesa de um Direito, seja público ou privado e, desta forma, chamando à atenção das autoridades públicas estatais para pronunciar-se acerca dos atos ilegais praticados/tolerados pela administração pública.

O contencioso administrativo é pois, conflito de interesses originado na relação entre o Estado e o Particular. Na acepção mais ampla do termo, é visto sob o aspecto material, como a controvérsia

de matéria administrativa, envolvendo indivíduos e o Estado. Na acepção estrita do vocábulo, é empregado sob o prisma formal, sendo a atividade ativa de julgar aqueles litígios.

Para dirimir tais conflitos de natureza administrativa, vigoram atualmente, dois modelos distintos: o inglês e o francês. No primeiro sistema, a jurisdição é una, exclusiva do poder judiciário. Já, diferentemente, o modelo francês, parte dos litígios envolvendo a administração pública, são solucionadas definitivamente pelo Poder Executivo, sendo os demais, apreciados pelo Judiciário.

A matriz constitucional do Direito Brasileiro, adotou o princípio universalidade da jurisdição, atribuindo, unicamente, ao poder judiciário, a função jurisdicional. Desta forma, o Executivo, em regra, jamais apreciará, questões relativas à administração pública de forma definitiva, podendo a parte interessada, exercer o Direito de ação, assegurado pelo Texto Magno e requerer a tutela do judiciário, que não deixará de apreciar lesão ou ameaça de Direito, conforme artigo 5o: XXXV.

De acordo com o sistema, a administração pública possui órgão de solução de controvérsias para dirimir os conflitos. Não concordando com o conteúdo da decisão, o interessado, poderá buscar a chancela do Judiciário. Porém, não é necessário o prévio exaurimento das vias administrativas para se requerer a tutela jurisdicional, cabendo ao interessado optar pelo o que lhe for mais conveniente. No entanto, caso a opção seja pela via judicial, na pendência ou não da administrativa, esta será considerada extinta.

Em se tratando de processo administrativo fiscal, Hugo de Brito Machado<sup>12</sup>, traz duas acepções para definir o assunto. Entende que em sentido amplo, a expressão indica o conjunto de atos administrativos efetuados pela autoridade administrativa para reconhecer determinada situação jurídica entre fisco e contribuinte. Em sentido estrito, o termo se revela como espécie de processo administrativo destinada à apurar a exigência do crédito tributário.

Ricardo Lôbo Torres<sup>13</sup>, por sua vez, salienta que o processo administrativo tributário possui como escopo o exercício da autotutela

---

<sup>12</sup> Op. cit. p. 150.

<sup>13</sup> TORRES, Ricardo Lôbo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

dos atos administrativos e assim, praticar o controle da legalidade e da legitimidade do lançamento realizado pela autoridade administrativa.

Verifica-se, a partir destes ensinamentos, que o processo administrativo fiscal, objetiva o controle da atividade da administração pública no tocante à relação fisco-contribuinte, com guisa a averiguar se os procedimentos administrativos que repercutem no lançamento tributário, estão em atendimento aos dispositivos legais.

Assim, o lançamento tributário como ato notadamente administrativo é passível de revisão, como todos os demais, seja por iniciativa da administração pública, em observância ao princípio da autotutela ou pela iniciativa do contribuinte.

Trata-se, pois de uma garantia constitucional, abraçada pelo legislador ordinário como cláusula pétrea. Porém o CTN pouco trata acerca do assunto, dispõe apenas no artigo 145 as possibilidades de modificação do lançamento e, posteriormente, estabelece no artigo 151, III na hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário as "reclamações e recursos, nos termos das leis reguladoras do processo administrativo tributário.

Em face da pendência de decisão administrativa, o crédito tributário permanece inexecutável, ficando, assim, o a constituição do crédito sobrestada, pois o lançamento tributário ainda não alcançou a definição máxima definida no CTN.

Portanto, pode-se afirmar que antes do exaurimento do processo administrativo, o qual discute crédito tributário, não se pode mencionar em quantia devida e, tampouco transgressão à dispositivo legal, ficando prejudicada a aplicação de penalidade, baseada em desobediência à preceito normativo.

### **3.0 Dos Crimes Contra a Ordem Tributária**

A origem da criminalização de condutas contra a ordem tributária resulta da intervenção estatal na ordem econômica adotada para superar os efeitos da forte crise, que afetou o mundo capitalista em decorrência da primeira guerra mundial e das crises econômicas, que ocasionaram a “queda da bolsa de 1929”.

Até o dado momento, as atividades intervencionistas do Estado eram realizadas com menor complexidade, preponderando o princípio

do *laissez-faire, laissez-passé*. Contudo, a partir do acometimento de graves crises, surgiu a necessidade tutelar o erário público e a função tributária estatal com maior presteza, preservando-os de práticas fraudulentas que atingissem o bem estar econômico e financeiro do Estado, representado assim, como bem jurídico supra-individual, em virtude da imensa relevância social o qual constitui.

O bem jurídico corresponde aos elementos de maior relevância social, que a disciplina penal visa resguardar, em face da imensa conotação valorativa os quais possuem. Logo, cabe ao estado proteger os bens fundamentais da comunidade, imputando como fato criminoso a violação destes patrimônios.

Não obstante, em se tratando de delitos de tributários, conforme expõe Fausto<sup>14</sup> de Sanctis, o bem jurídico em apreço deve ser observado sob diferentes primas, insurgindo-se, diante de tal magnitude, dificuldades na determinação do objeto jurídico, em que muitos, insistem em afirmar, genericamente, a proteção no sistema econômico, quando na realidade trata-se de uma intervenção Estatal na iniciativa privada.

No Brasil, a tipificação das condutas danosas à ordem tributária, emergiram a partir da década de sessenta com o advento da lei n. 4629/65, espelhada nos ordenamentos já vigentes de países europeus, o qual, no caso brasileiro, visava (re)estabelecer o equilíbrio financeiro nacional, vivido no regime de exceção.

Segundo o entendimento esposado por Juary Silva<sup>15</sup>, o Legislador Pátrio, mesmo sob a égide do regime ditatorial, ao sistematizar os crimes tributários possuía como escopo estruturar o panorama fiscal da União e a ordenação do sistema tributário nacional (STN), amargamente prejudicados por sucessivas crises, que culminaram com a instauração do golpe militar.

Porém, muito embora fossem louváveis as intenções do legislador ordinário, a referida norma apresentava imperfeição legislativa, limitando o próprio alcance. Desta forma, a aplicabilidade

---

<sup>14</sup> SANCTIS, Fausto Marin de. **Direito Penal Tributário: Aspectos Relevantes**. Campinas : Bookseller, 2005, p. 19.

<sup>15</sup> SILVA, Juary. **Elementos do Direito Penal Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1998.

da lei tornou-se restrita, dificultando ainda mais a proteção à ordem tributária, no caso brasileiro.

Através do advento da lei 8137/90, que instituiu os crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo, procurou-se corrigir a falha legislativa da norma anterior, abraçando como núcleo de tipo as práticas que visassem “ ‘suprimir’ ou ‘reduzir’ tributo, contribuição ou acessório” e em seguida relacionando as condutas alusivas ao crime.

A nova lei ao de redefinir os preceitos normativos, redesenhou as condutas danosas à ordem tributária, enquadrando o conceito de evasão fiscal, em uma acepção bem mais ampla, desde que através da ação ou omissão, o sujeito passivo da obrigação tributária, possuísse o objetivo de evitar o pagamento de tributo.

Para a consumação do injusto penal tributário, primeiramente, deve-se observar a superposição da disciplina tributária, pois trata-se de norma penal em branco, possuindo alcance delimitado pela lei tributária. Tal ilícito deve refletir também na transgressão às normas materiais e formais esposadas na legislação fiscal, haja vista o caráter complementar da lei tributária, em face do ultimo *ratio legis*.

Desta feita, observa-se a ampla dependência entra as instâncias fiscal e criminal que, existe, em virtude da própria natureza jurídica do Direito Penal Tributário, e não por imposição legislativa. A partir do princípio da Unicidade do Injusto Penal tributário, os delitos tributários, são caracterizados como crimes de superposição, necessitando da apreciação administrativa para averiguar o exato alcance da violação dos normativos esposados nas leis fiscais.

Portanto, em se tratando de ilícitos penais tributários, não se pode desconsiderar a relação existente entre o lançamento e a norma incriminadora, pois este ato administrativo, de natureza declaratória e constitutiva, é o elemento que confere a exigibilidade aos tributos.

Convém salientar que a objetividade jurídica de tais crimes não é outra senão a tutela aos cofres públicos, seja direta ou indiretamente. O legislador busca eminentemente a reparação do dano. Basta observar diminutas cominações legais, além da hipótese de excludente de punibilidade com a denúncia espontânea.

Enquanto pendente o lançamento, o termo tributo ainda não alcançou a conceituação máxima definida na seara tributária. É necessário, pois, que o crédito seja constituído para existir tributo devido. A obrigação tributária, seja principal ou acessória somente será líquida, certa e exigível, quando o lançamento tributário for definitivo.

### **3.1 Ação Penal nos Crimes contra a ordem tributária**

Em face da constatação de ilícito penal tributário, o Estado, a través do *jus puniendi* inicia a persecução criminal, objetivando proteger o bem jurídico tutelado, ao mesmo passo em que, aplica a sanção ao transgressor da norma, para que os demais intimidem-se diante do fato e jamais o pratiquem.

Leciona Fernando Capez<sup>16</sup>, que a ação penal deve ser compreendida como o direito público subjetivo do Estado-Administração, como o único titular do poder-dever de punir em requerer junto ao Estado-juiz a utilização do direito penal objetivo, visando a satisfação da pretensão punitiva.

A ação penal, portanto, é o forçoso meio, do qual dispõe o Estado para aplicar ao transgressor uma sanção, prevista em lei. Com a conclusão do inquérito policial, serão obtidos os elementos suficientes da autoria além da prova da materialidade delitiva. Através do oferecimento da denúncia pela promotoria, será dado prosseguimento ao procedimento persecutório instaurado, buscando, ao final a tutela jurisdicional com o referido *decisum*.

No que tange aos crimes contra a fazenda pública, verifica-se que o titular da ação penal é o Ministério Público, da figura do promotor ou do procurador de justiça. Apenas o ente ministerial possui a titularidade para figurar no pólo ativo da demanda. A parte passiva será ocupada pelo indiciado da conduta criminoso.

Durante a vigência da lei 4.729/65 muito se discutiu acerca da natureza jurídica da ação penal nos crimes contra a ordem tributária, se pública incondicionada ou se pública condicionada a representação. Segundo o texto legal, a propositura da denúncia pelo membro do *parquet* estava condicionada a representação da Fazenda Pública.

---

<sup>16</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.97

Esta condicionante, no entanto, funcionava como um verdadeiro impedimento ao alcance da lei penal, dificultado que o objetivo da norma incriminadora fosse alcançado. Assim, mesmo diante do crime já constatado, a representação fiscal era preponderante para o início da persecução penal.

Em face dessa constatação, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula 609, trazendo a seguinte redação: “é pública incondicionada a ação penal por crime de sonegação fiscal”, excluindo, portanto, a necessidade da representação da Fazenda Pública para a propositura da ação penal.

Porém, é importante frisar, que na aludida legislação, os crimes fiscais eram considerados formais ou de mera conduta, sendo desnecessária a prática da efetiva redução ou supressão do tributo para que o ilícito fosse caracterizado.

Atualmente, porém com o advento da lei 8.137/90, as figuras delituosas passaram a ser tratadas como materiais ou de resultado, assim para a configuração delitiva, tornou-se imprescindível a ocorrência da redução ou supressão do tributo devido.

Agora, diante da vigência da nova lei, a auferição da conduta delitiva ficou subordinada ao exame do lançamento. É importante verificar a ocorrência do ato administrativo para o início da persecução criminal, pois sem a efetiva apuração do *quantum* devido é impossível dimensionar se realmente houve o ilícito penal tributário.

Porém, como em face da súmula 609 do STF, a ação penal nos crimes contra a ordem tributária tornou-se pública e incondicionada à representação, a constatação, em via administrativa do valor devido, ficou dispensável, restando prejudicado o direito de defesa do contribuinte acerca das questões inerentes ao lançamento.

Diante dessa possibilidade, não raras vezes a ação penal era instaurada ainda na pendência de recurso administrativo. Os tribunais ainda não apresentavam decisão uniforme sobre em qual momento a persecução criminal poderia ser iniciada, haja vista os divergentes posicionamentos acerca constituição definitiva do crédito tributário, implicando assim na definição do momento consumativo do crime.

É fato que as instâncias fiscais e penais sejam autônomas e independentes, no entanto, como os delitos em apreço são normas

penais em branco, deve-se verificar a interdependência entre as duas esferas. Como nos crimes contra a ordem tributária o núcleo do tipo penal exige a redução ou a supressão do tributo e como somente a autoridade administrativa pode constatar o fato, essa decisão não pode ser dispensada.

Desde a promulgação da lei 8.137/90 até o julgamento do o *Habeas Corpus* 81.611/DF as cortes de julgamento decidiam pela admissibilidade da ação penal baseada em crime tributário mesmo na pendência de decisão administrativa definitiva sobre o lançamento. Argumentavam que as instâncias fiscais e penais eram independentes e com papéis diferenciados, cabendo à esfera criminal apurar o suposto ilícito, enquanto que à fiscal, constituir o crédito tributário. Outrossim, não havia um posicionamento sedimentado sobre a ocorrência do lançamento definitivo. Logo, a persecução penal poderia ser instaurada quando existentes as condicionantes genéricas do Direito de ação, mesmo em momento anterior ao da constituição definitiva do crédito. Assim, o lançamento definitivo não era pressuposto para a admissibilidade da ação penal.

Porém, no julgamento do o *Habeas Corpus* 81.611/DF, o Supremo Tribunal Federal, de maneira inovadora, posicionou-se no sentido de que para a consumação dos crimes tributários, seria imprescindível a decisão definitiva sobre o lançamento, em via administrativa, para que, então fosse instaurado procedimento criminal contra o sujeito passivo. A corte suprema entendeu não ser aceitável julgamentos com base em créditos tributários provisórios, e por tanto com a exigibilidade suspensa, devido a possibilidade de modificação.

Muito se discutiu acerca do prévio exaurimento da via administrativa para o início da ação penal pública, no entanto, conforme verifica-se nos julgados acima, o Supremo Tribunal Federal, desde 2003, vem manifestando o entendimento no sentido de que o lançamento definitivo é condição para a punibilidade de crime fundando no artigo 1º lei 8.137/90.

Nada mais coerente, afinal, como ainda não se concluiu acerca do quantum de tributo é devido, o crime ainda não existe, pois o lançamento, definitivo, por tornar exigível a obrigação tributária

passou a representar condição *sine qua non* para a consumação de crime contra a ordem tributária.

Como cediço, são bastante freqüentes os abusos praticados pelas autoridades administrativas, contrariando a legislação tributária além da própria constituição. A incessante busca pelo aumento da arrecadação é o principal motivo dessa atuação pecaminosa das autoridades estatais. O Estado na tentativa de suprir o déficit público acaba por exercer condutas contrárias ao seu corpo de lei, ameaçando a segurança jurídica nas relações para com seus administrativos.

Ressalte-se, porém, que a sonegação fiscal causa enormes prejuízos a atividade Estatal, repercutindo em sérios danos à coletividade, daí decorre a necessidade de se tutelar o erário público. A importância dessa proteção é resguardar a principal fonte de divisas do Estado para que ele mantenha suas atividades, ao menos, as ditas essenciais.

Mesmo em se considerando os graves prejuízos causados pelas práticas sonegatórias, a ação penal nos crimes contra a ordem tributária não deve ser utilizada de maneira indiscriminada, tendo em vista as atuais prerrogativas do Estado Democrático de Direito.

É imprescindível, pois o exame definitivo sobre o tributo. Afinal, se a finalidade da norma incriminadora é obrigar o pagamento da pecúnia, primeiramente, necessita-se apurar se ela é realmente devida, dimensionando-a economicamente, para, somente à posteriori, quando constatada a fraude, iniciar a persecução penal. Trata-se, portanto, de uma garantia para os dois sujeitos da relação.

### **3.2 Da Denúncia Espontânea**

O código Tributário Nacional, no artigo 138, prevê a exclusão da responsabilidade por infrações tributárias, através da denúncia espontânea da infração. Nesta hipótese, o contribuinte confessa ação praticada, efetuando o pagamento do tributo devido, acompanhado dos juros e da mora ou da importância arbitrada pela autoridade administrativa.

Na seara criminal, a lei 9.249/95, no artigo 34, disciplinou a extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária, porém o benefício está condicionado ao recolhimento da importância pecuniária entendida como devida, além do cumprimento da

obrigação acessória. No entanto, para que tal instituto opere os plenos efeitos, é importante que a confissão seja precedida da apuração definitiva do crédito, bem como dos procedimentos fiscalizatórios, tendentes a apurar a fraude.

Assim, a denúncia espontânea, opera duplos efeitos, incidindo não apenas sob o escopo fiscal, mas igualmente no criminal. A exclusão da responsabilidade do contribuinte por ato infracional, repercute diretamente na seara criminal, afastando a punibilidade pela prática do ilícito discriminado na lei 8137/90. Pois, dada a exclusão da responsabilidade na esfera tributária, o injusto penal tributário ficará também prejudicado implicando na perda do objeto, que o *jus puniendi* estatal procurou resguardar.

Tal instituto da denúncia espontânea, conforme João Thiao Fillus<sup>17</sup>, funciona como uma espécie de “arrepentimento eficaz”, do Direito Penal, em que, mesmo o agente tendo efetuado os atos preparatórios para o crime, conseguiu, tempestivamente impedir a consumação, evitando os resultados. O delito, portanto, não existiu devido a exclusão da adequação típica. Discorre ainda:

Neste sentido, se assemelha a denúncia espontânea as figuras típicas do Direito Penal, tal como o “arrepentimento eficaz”, ou mesmo a “desistência voluntária do proveito do ilícito”. Isto ocorre em razão de que mesmo se tratando de ato típico e antijurídico, o contribuinte será beneficiado com a exclusão da possibilidade da aplicação de pena, já que o objeto do tipo descrito nas normas reguladoras criminais fiscais e previdenciárias (Lei nº 8.137/90 e art. 168-A e 337-A do CP, respectivamente) exigem, sobremaneira, crédito tributário constituído.

Alexandre Macedo Tavares salienta que o procedimento fiscalizatório tendente a afastar a denúncia espontânea deve ser específico e individualizado. Destaca que as fiscalizações indiscriminadas e imprecisas ao arbítrio da autoridade administrativas devem ser desconsideradas e não terão forças suficientes para elidir o

---

<sup>17</sup> FILLUS, João Thiago. **A exclusão da responsabilidade penal pela denúncia espontânea – art. 138 do CTN, e sua relação com os crimes contra a ordem tributária e crimes previdenciários.** Disponível em: < <http://www.idtl.com.br/artigos/207.pdf> >. Acesso em: 11 jun. 2009.

direito protestativo à confissão espontânea disciplinada no artigo 138 do CTN<sup>18</sup>

Outrossim, segundo o entendimento do STJ, tal benefício não se aplica aos tributos sujeitos a homologação. Quando o contribuinte efetuar a declaração, mas faltar com o pagamento no prazo determinado ou pagar menos do que o declarado, o valor residual poderá se inscrito em dívida ativa, independente de qualquer notificação ou procedimento administrativo.

Eis o conteúdo da súmula 360, STJ: *O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo.*

Entende-se, que nessa modalidade de lançamento o contribuinte reconhece o crédito, restando-o constituído ao informá-lo na declaração. Neste sentido, a declaração do contribuinte afasta a necessidade da constituição formal do crédito tributário, sendo este exigível automaticamente.

Em linhas gerais, lei não estabelece requisito para a admissibilidade da denúncia espontânea e formalidade, quanto ao *modus faciendi* para que seus efeitos sejam operados. Basta o recolhimento do importe devido pela. O autodenunciante deve atentar-se quanto eventual regra de competência do ente tributante para o conhecimento do pedido.

#### **4. Considerações finais**

Os tributos representam a maior fonte de ingresso de divisas para o Estado. A legítima atividade arrecadatória tem se consolidado, ao longo dos anos, como poderoso instrumento para viabilizar o desenvolvimento sócio-econômico dos povos, conferindo, assim, investimentos em políticas públicas para equalizar os setores mais deficitários.

---

<sup>18</sup> TAVARES, Alexandre Macedo apud GOMES, Victor Pontes de Maya. Extensão dos efeitos da denúncia espontânea às infrações penais e aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, quando apresentada a declaração e não recolhido o tributo devido. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11897&p=1>. Acesso em 06/106/2009.

Deste modo, através do ingresso de receitas tributárias, o Estado alcança as vias de desenvolvimento, de modo a viabilizar bem-estar a sua população assistida. Em contrapartida, com a falta ou a má distribuição desses recursos, as atividades estatais tendem a minguaem, colocando a sua população em um caos.

A necessidade de se proteger o erário público das fraudes, insurge a partir da importância que os tributos representam para o Estado. Assim, a coerção penal e administrativa representa um poderoso meio de combate às práticas danosas.

Não obstante, em decorrência da má aplicação dos recursos fiscais, sob o panorama brasileiro, é fato, que a sociedade repele o pagamento de tributos, procurando vias “alternativas” para evadir-se da prestação compulsória, praticando delitos do artigo 1º, da Lei nº. 8.137/90.

O governo, na tentativa de reduzir essa prática, cada vez mais comum, vem endurecendo as penas com aplicação de multas bastante pesadas, aos sonegadores, compelindo-os ao pagamento do montante que é apurado, muitas vezes de forma arbitrária e errônea pela autoridade fiscal, em desrespeito a legislação.

Não bastando a utilização do direito administrativo sancionador, criou-se tipo penal específico para proteger o erário público. No entanto, a utilização do último *ratio legis*, como forma de combate a evasão fiscal, tem sido bastante questionada. Verifica-se, pois, que a norma incriminadora, visa tão somente o aumento da arrecadação fiscal, ao privilegiar o contribuinte confessante da infração, com a extinção da punibilidade, desde que o “acerto” seja efetuado antes de verificada a infração e do oferecimento da denúncia pelo ministério público.

Verificou-se que os princípios e garantias constitucionais que recaem sobre o contribuinte restaram preservados, em face do princípio *in dubio pro societas*, abraçado pelo ministério público. E desta forma, tem prevalecido os entendimentos do Supremo Tribunal Federal e do Supremo Tribunal de justiça, afirmando que, para consumação dos crimes contra a ordem tributária é imprescindível a mensuração, em sede administrativa do *quantum* reduzido ou suprimido pelo contribuinte, devendo ser oportunizado ao contribuinte o direito de impugnar o crédito entendido como devido.

Nada mais salutar, esperar o término da decisão administrativa, sobre o lançamento tributário, para o início da persecução criminal, pois o código tributário nacional, concebe em linhas largas, o lançamento como ato da administração pública, cabendo a ela, somente, efetuar-lo, com base na legislação fiscal. Ao mesmo tempo, o CTN confere a possibilidade de revisão do ato, em face da existência de erros.

O lançamento é, portanto o divisor de águas entre os institutos da decadência e da prescrição em direito tributário, à medida em que individualiza o objeto da obrigação tornando-a líquida e exigível.

Por fim, à guisa de um conclusão, as cortes supremas de julgamento, têm sedimentado, que o lançamento tributário será definitivo apenas quando exauridas as vias administrativas recursais. A necessidade de se esgotar o tema, sedimenta-se diante da magnitude que os efeitos do lançamento tributário repercutem sob o escopo penal e fiscal.

Deste modo, as esferas penais e administrativas, na apuração de ilícitos penais tributários não se podem segregar, pois, um delito penal, representa primeiramente um delito fiscal, necessitando da apuração administrativa para verificar a ocorrência.



## **EXISTE NECESSIDADE DE UM MARCO LEGAL PARA AS UNIÕES HOMOAFETIVAS?**

---

**Luana Ferreira Beder**

Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL

### **SUMÁRIO**

1. Introdução. 2. A vida em sociedade e a evolução no Direito de Família brasileiro. 2.1. A união estável homoafetiva. 3. Analogia e aplicação principiológica. 3.1. O reconhecimento jurídico da união homoafetiva. 3.2. Inovações no Direito brasileiro. 4. Conclusão.

### **1. Introdução**

A sociedade brasileira evolui de acordo com as transformações existentes no estado, seja no âmbito político, econômico ou social. O direito como guardião de todas as normas presentes no ordenamento jurídico, não pode deixar seus cidadãos desvinculados de proteção jurídica, devendo assim, adaptar-se às mudanças constantes às quais os mesmos estão acometidos.

Há muito tempo as uniões entre pessoas do mesmo sexo foram rechaçadas pelo direito e pela própria sociedade, tornando-se uma minoria estigmatizada desmerecedora de reconhecimento judicial como entidade familiar.

Com o surgimento da Constituição Federal de 1988, houve uma repersonalização do Direito de Família, o qual teve seu conceito ampliado por meio da instituição do vínculo afetivo como o elemento determinante para a caracterização de uma família.

Ocorre que, em seu artigo 226, §3, houve a previsão da possibilidade de constituição de união estável a ser formada unicamente pelo homem e pela mulher, não havendo nenhuma referência quanto à ampliação dessa norma para as uniões entre pessoas do mesmo sexo.

A omissão legislativa gerou inúmeras discussões quanto à natureza jurídica das demandas impetradas pelos casais homossexuais. Primeiramente, as ações eram extintas, dada à impossibilidade jurídica

do pedido, por falta de previsão legal. Em seguida, foram tratadas no âmbito obrigacional, onde os parceiros homoafetivos eram considerados sócios e as suas relações um negócio jurídico, para então, finalmente, serem aceitas nas varas de família.

A jurisprudência obteve um avanço positivo e considerável quanto às decisões envolvendo casais homossexuais, pautando-se na própria Constituição Federal e obtendo soluções eficazes, dignas de um Estado Democrático de Direito. O Poder Judiciário não silenciou diante da ausência de lei reguladora da matéria, ao passo que, baseou-se em outras fontes de Direito para a resolução do impasse: a interpretação e os princípios constitucionais.

A partir da consagração do princípio da pluralidade das entidades familiares, ocorre uma equiparação das uniões entre pessoas do mesmo sexo às uniões heteroafetivas, onde o rol elencado no artigo 226, §3 da Constituição Federal, o qual abrange as espécies de famílias, passa a ser meramente exemplificativo, conferindo proteção jurídica, também, às uniões estáveis homoafetivas.

Afinal, não havendo nenhuma proibição expressa para a formação de outras famílias não previstas na norma jurídica, seria possível aniquilar o direito daqueles que possuem todos os requisitos exigidos para constituição de uma?

O Poder Judiciário passa a ter uma postura mais ativa diante das demandas que lhe são postas, seja pela sua obrigatoriedade de decisão (proibição do *non liquet*), seja pela necessidade em encontrar a solução mais justa para o caso concreto.

Os casais homoafetivos pleiteavam não só o reconhecimento judicial de suas uniões, mas também, uma série de direitos a que faziam jus em detrimento da sua caracterização como entidade familiar.

Os magistrados vêm utilizando-se da interpretação extensiva como forma de estender todos os direitos pertinentes às demais relações afetivas, às uniões entre pessoas do mesmo sexo, de forma que, não existindo lei regulamentadora para estas, aplica-se por analogia, a mesma lei prevista para as uniões estáveis heteroafetivas.

A interpretação conforme a Constituição evidencia que, diante das inúmeras interpretações que a norma possui, deverá ser escolhida aquela compatível com a Carta Magna, de forma que, a lei já existente

seja preservada. Como parâmetro, utilizam-se os vetores interpretativos chamados princípios constitucionais, base de um sistema normativo e levados em consideração na designação de direitos.

O princípio da igualdade, liberdade, não discriminação e dignidade da pessoa humana justificavam a concessão de todas as garantias que os casais homossexuais faziam jus, restando prejudicada qualquer negação de direitos que lhes fossem dificultados.

O presente estudo, primeiramente, explanará sobre o tratamento conferido às uniões homoafetivas antes e pós o advento da Constituição Federal de 1988, explicitando a evolução do conceito moderno de família, o qual evidencia o vínculo afetivo entre os casais. Realizar-se-á um exposto sobre a equiparação das uniões entre pessoas do mesmo sexo às uniões estáveis heteroafetivas por analogia, juntamente com a análise do seu reconhecimento jurídico, baseado na interpretação constitucional e na aplicação de princípios. Finalizando, para fins de observância prática, será demonstrado por meio de decisões da jurisprudência o árduo caminho percorrido pelos companheiros homossexuais em busca de tutela jurídica até os dias de hoje, por meio da designação de seus direitos.

Na omissão legislativa, a jurisprudência tem avançado e demonstrado que falta de lei não significa falta de direito. Está ocorrendo uma verdadeira superação do formalismo positivista, onde as lacunas existentes estão sendo dissolvidas pela real compreensão do conceito contemporâneo de famílias.

## **2. A vida em sociedade e a evolução no direito de família brasileiro**

Antes do advento da Constituição Federal de 1988, a família brasileira era identificada e reconhecida apenas quando constituída pelo matrimônio. As demais relações afetivas, estabelecidas fora do casamento, não mereciam qualquer tipo de reconhecimento, sendo desvinculadas de proteção jurídica. Com o surgimento da atual Carta Magna, houve o alargamento do conceito de família, sendo conferido amparo constitucional para as entidades familiares determinadas pela

união civil, as constituídas por união estável e as famílias monoparentais.<sup>1</sup>

A vida em sociedade evolui ao longo do tempo, ao passo que, questões valoradas em uma determinada época podem ser discutidas de forma inovadora em outra, havendo a possibilidade de ser adotada uma postura mais flexível.

Partindo de um pressuposto histórico, pode-se citar como exemplo a questão da intolerância contra os judeus diante de um governo que se valia de políticas ditatórias<sup>2</sup>, o período de escravatura<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Artigo 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

<sup>2</sup> A partir do ano de 1930, Vargas dispensou atenção especial aos assuntos que giravam em torno da imigração, pois este novo governo acabou valendo-se de políticas ditatórias, que proporcionaram cada vez mais uma centralização do poder, defendendo um nacionalismo exacerbado, que influenciava negativamente na vinda de estrangeiros judeus para o Brasil. [...] Pois os ideais nacionalistas e modernistas do governo Vargas defendiam a proteção, o progresso material e moral do homem brasileiro e para tanto, seria necessário o controle da entrada de imigrantes indesejados no país, estando no topo da lista os indivíduos de etnia judaica. Contudo presumimos que a busca pela “raça perfeita”, foi uma posição racista e anti-semita, da parte de Vargas e as elites brasileiras que acreditavam que a homogeneidade da raça brasileira igualaria o potencial intelectual da população, e logo resolveria todos os problemas sociais, pensamento este que nos parece ter mais preocupação elitista do que social. (DOS SANTOS, Eduardo Pablo. **A situação dos imigrantes judeus: preconceitos e anti-semitismo durante a era Vargas 1930-1945.** Disponível em: <<http://inbox.com/livros-2/a-situacao-dos-imigrantes-judeus-durante-a-era-vargas/>>. Acesso em: 29 abr. 2013.).

<sup>3</sup> O trabalho escravo serviu como sustentáculo econômico, social e político da elite dominante, representada pelos grandes proprietários de terras, e por isso, demorou a ser abolido no Brasil, apesar da incompatibilidade desse tipo de trabalho com o capitalismo moderno e com a burguesia em ascensão. Apesar de constituir a abolição da escravatura um item do programa do partido liberal, os maiores passos rumo à emancipação dos

onde os negros eram menosprezados e rebaixados devido a sua cor de pele e a estigmatização das comunidades indígenas<sup>4</sup>, consideradas como um entrave para o desenvolvimento nacional; questões essas, hoje, superadas.

Quanto ao Direito de família, especificamente, as questões corriqueiramente discutidas giravam em torno da dependência da mulher, que somente ao longo dos anos foi conquistando seu espaço, pois, o grande patriarca da família era o homem.

Pontes de Miranda<sup>5</sup> leciona que, o poder marital ou patriarcal, constitui evolução subsumida na diminuição progressiva do elemento despótico a atenuação dos poderes do marido, no sentido de perfeita simetria entre direitos e deveres maritais e direitos e deveres uxórios, citando como exemplo os poderes do pai e da mãe no tocante aos filhos.

---

escravos foram dados pela Coroa e no governo dos conservadores, que também souberam perceber, premidos pelas vozes abolicionistas oriundas dos liberais e mesmo de conservadores contrários ao regime servil, à insustentabilidade da situação gerada pela escravidão. (SOARES, Evanna. Abolição da escravatura e princípio da igualdade no pensamento constitucional brasileiro. *In: Jus Navigandi*, ano 16, nº 2836, Teresina: abr. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18842>>. Acesso em: 29 abr. 2013.).

<sup>4</sup> O tratamento jurídico brasileiro conferido aos povos indígenas por muito tempo esteve atrelado à concepção de que estes constituíam entrave e ao desenvolvimento nacional em razão de não se renderem aos objetivos políticos e econômicos predominantes, ou seja, conforme o período histórico brasileiro observa-se que a legislação indígena ao invés de promover a tutela dos interesses das sociedades indígenas, se fundamenta basicamente na estigmatização destas, tratando-as de forma preconceituosa sem se importar efetivamente no atendimento de suas necessidades, peculiaridade que esteve presente em todo o processo legislativo indigenista desde o período colonial até o século XX, no qual em 1988 a Constituição Federal promulgada rompeu com essa concepção até então adotada. (SOUZA, Manoel Nascimento de; BARBOSA, Eivaldo Moreira. Direitos indígenas fundamentais e sua tutela na ordem jurídica brasileira. *In: Âmbito Jurídico*, ano XIV, nº 85, Rio Grande: fev. 2011. Disponível em: <[www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8978&revista\\_caderno=9](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8978&revista_caderno=9)>. Acesso em: 29 abr. 2013.).

<sup>5</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito de Família**. Campinas: Bookseller, 2001, p. 68.

Nas palavras de Lôbo<sup>6</sup>, a família patriarcal, que a legislação civil tomou como modelo desde a colônia, o Império e boa parte do século XX, entrou em crise, culminando, com sua derrocada no plano jurídico, pelos valores introduzidos na Constituição de 1988.

Assim, surgiu a possibilidade de dissolução conjugal, iniciada com o advento da Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, que a tratava como desquite; em seguida, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, nasce o divórcio direto submetido a dois anos de separação de fato; e finalmente, com a aprovação da Emenda Constitucional nº 66/10, concretiza-se o divórcio direto, o qual necessita da manifestação de vontade de apenas um dos cônjuges para a sua efetivação.

Farias e Rosenvald<sup>7</sup> ensinam que toda e qualquer união extramatrimonial, naquela arquitetura, era chamada de ilegítima e não produzia os efeitos típicos do casamento, pois, somente por meio deste era possível fundar uma família. As uniões extramatrimoniais, apelidadas de concubinato, eram meras sociedades de fato, não dispendo dos mesmos direitos reconhecidos às famílias casamentárias. Asseveram ainda que, na ótica do constitucionalismo contemporâneo, a dissolução do enlace matrimonial há de ser compreendida como um verdadeiro direito da pessoa humana à vida digna por conta da liberdade de autodeterminação, que há de ser compreendida inclusive pelo prisma afetivo. Concluem afirmando que, encerrados os projetos e anseios comuns que servem como base de sustentação para o casamento, exsurge a dissolução do matrimônio como consequência natural, consubstanciando um direito exercitável pela simples vontade do indivíduo.

E por último, objeto deste trabalho, questão muito discutida e tratada pelos operadores do Direito, que apesar de ter sido marginalizada por muito tempo, sempre existiu em nossa sociedade: as uniões homoafetivas.

Dias<sup>8</sup> afirma que, em face do repúdio social, fruto da rejeição de origem religiosa, as uniões de pessoas do mesmo sexo receberam, ao longo

---

<sup>6</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 17.

<sup>7</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: Direito das Famílias. 5. ed. Salvador: 2013, p. 416-417.

<sup>8</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 197-198.

da história, um sem-número de rotulações pejorativas e discriminatórias, e ensina que, essas uniões só começaram a encontrar reconhecimento, batizadas com o nome de uniões homoafetivas, no âmbito do Judiciário.

Existiu uma alteração significativa ao longo dos anos nas estruturas familiares brasileiras que se formalizavam unicamente pelo matrimônio com os objetivos de procriação, exercício da sexualidade e sucessão de direitos. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, estes restaram insuficientes para a caracterização de uma família, deixando o casamento de ser o único parâmetro digno de proteção.

Essa visão hierarquizada da família, no entanto, sofreu com o tempo enormes transformações. Além da significativa diminuição do número de seus componentes, também começou a haver um embaralhamento de papéis. A emancipação feminina e o ingresso da mulher no mercado de trabalho levaram-na para fora do lar. [...] O afrouxamento dos laços entre Estado e igreja acarretou profunda evolução social e a mutação do próprio conceito de família. [...] <sup>9</sup>.

Pluralizou-se o conceito de família, que não se identificava apenas pelo vínculo matrimonial. Torres<sup>10</sup> ressalta que a aplicabilidade do princípio constitucional da pluralidade das formas de família, instituído com a Constituição de 1988, permitiu ao Direito de Família entrar em compasso com a realidade dos fatos sociais ao romper com o arquétipo de que o casamento era o único instituto gerador e legitimador da família brasileira.

Agora, o que identifica a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo unir pessoas com a identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo. Cada vez a ideia de família afasta-se da estrutura do casamento. A família de hoje já não se condiciona aos paradigmas originários: casamento, sexo e procriação<sup>11</sup>. O movimento

---

<sup>9</sup> DIAS, Maria Berenice. 2010, p. 42.

<sup>10</sup> TORRES, Aimberé Francisco. **Adoção nas relações homoparentais**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 80.

<sup>11</sup> Pode-se citar a produção independente, onde as mulheres optam pelo desejo de contrair a gravidez, mas não de constituir família, os casais que são inférteis ou ainda, aqueles que não desejam ter filhos.

de mulheres, a disseminação dos métodos contraceptivos e os resultados da evolução da engenharia genética fizeram com que esse tríplice pressuposto deixasse de servir para balizar o conceito de família<sup>12</sup>.

Diante dessa nova realidade, o elemento identificador das entidades familiares passou a ser encontrado em sua origem, tal seja, o vínculo afetivo presente nas diversas formas de convívio. A partir do momento em que se conferiam efeitos jurídicos a essas uniões, restava-se evidente que o afeto estava sendo tutelado.

Agora, é fundada na solidariedade, na cooperação, no respeito à dignidade de cada um de seus membros, que se obrigam mutuamente em uma comunidade de vida<sup>13</sup>. Assim, enquanto houver *affectio* haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida<sup>14</sup>.

A Carta Magna elencou novas formas alternativas de constituição de família, que devem ser pautadas e compostas por meio do afeto que as caracterizam como tal. Há uma busca tanto pela satisfação emocional como sexual, onde a proteção e o desenvolvimento psicoafetivo das pessoas que dela fazem parte devem ser assegurados. Assim, retirado o invólucro da formalidade, emerge o afeto que passa a ser visto como aquilo que origina e mantém as famílias<sup>15</sup>.

Não se pode mais deixar de reconhecer que a família brasileira, pós Constituição Federal de 1988, tornou-se um espaço de realização existencial de cada pessoa em sua dignidade, cujo fundamento jurídico é o princípio da solidariedade, consagrado no artigo 3º, inciso I<sup>16</sup>, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Ao referir-se à “sociedade solidária”, o comando constitucional inclui, sem sombra de dúvida, a “base da sociedade” (art. 226), que é a família<sup>17</sup>.

---

<sup>12</sup> DIAS, Maria Berenice. 2010, p. 42.

<sup>13</sup> LÔBO, Paulo. 2011, p. 27.

<sup>14</sup> LÔBO, Paulo. 2011, p. 17.

<sup>15</sup> OLIVEIRA, Catarina Almeida de. Refletindo o afeto nas relações de família. Pode o direito impor amor? In: ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. EHRHARDT JR., Marcos e OLIVEIRA, Catarina Almeida de. **Famílias no Direito Contemporâneo**. Salvador: Jus Podivm, p. 47-67, p. 52.

<sup>16</sup> Artigo 3º, I: Construir uma sociedade livre, justa e solidária.

<sup>17</sup> TORRES, Aimbere Francisco. 2009, p. 75.

Nota-se que, em cada momento social vivido, existem valores coletivos que embasam discussões e servem de parâmetros para a normatização de situações do interesse da sociedade, de forma que, comportam a opinião das maiorias representativas das comunidades. Todavia, a cada período que se inicia, existe uma evolução devido aos avanços estatais, aonde vão desabrochando-se novas necessidades que merecem ser valoradas e apreciadas pelo Direito.

Com efeito, não se pode olvidar que o Direito é uma ciência social, e, por conseguinte, tem a função de regulamentar a vida social, sendo certo ainda que, diante de novos modelos de comportamento, deve o Direito também abarcar e proteger esses novos valores, ou seja, não se pode conceber o Direito, ainda que positivado como simples reprodução de regra, pois sua aplicação deve ser valorada pelo critério da subjetividade daquele que reclama a sua prestação<sup>18</sup>. Sobreleva, assim, perceber que as estruturas familiares são guiadas por diferentes modelos, variantes nas perspectivas espaço-temporal, pretendendo atender às expectativas da própria sociedade e às necessidades do próprio homem<sup>19</sup>.

É inegável que a multiplicidade e variedade de fatores (de diversas matizes) não permitem fixar um modelo familiar uniforme, sendo mister compreender a família de acordo com os movimentos que constituem as relações sociais ao longo do tempo.<sup>20</sup> Sendo assim, os comportamentos sociais abrigados pelo ordenamento jurídico em determinada época da história, são passíveis de uma nova revisão em outro momento cronológico, seja pela evolução da vida em sociedade, por novas prioridades ou diferentes interesses visados. O que antes não poderia ser aceito de maneira alguma, em outro momento, poderá ser relativizado pela importância e necessidade de tutela merecedora.

Com efeito, a família tem seu quadro evolutivo atrelado ao próprio avanço do homem e da sociedade, mutável de acordo com as novas conquistas da humanidade e descobertas científicas, não sendo crível, nem admissível, que esteja submetida a ideias estáticas, presas a valores pertencentes a um passado distante, nem a suposições

---

<sup>18</sup> TORRES, Aimbere Francisco. 2009, p. 21.

<sup>19</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. 2013, p. 39.

<sup>20</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. 2013, p. 39.

incertas de um futuro remoto. É a realidade viva, adaptada aos valores vigentes<sup>21</sup>.

É lícito, pois, concluir que entrelaçada a feição da família com o retrato da própria sociedade, consideradas as circunstâncias de tempo e lugar, infere-se com segurança, a necessidade de uma compreensão contemporânea, atual, da entidade familiar, considerados os avanços técnico-científicos e a natural evolução filosófica do homem. É certo e incontroverso, nesse passo, que a família caracteriza uma realidade presente, antecedendo, sucedendo e transcendendo o fenômeno exclusivamente biológico (compreensão setorial), para buscar uma dimensão mais ampla, fundada na busca da realização pessoal de seus membros<sup>22</sup>.

A vastidão de mudanças das estruturas políticas, econômicas e sociais produziu reflexos nas relações jurídico-familiares. Os ideais de pluralismo, solidarismo, democracia, igualdade, liberdade e humanismo voltaram-se à proteção da pessoa humana<sup>23</sup>. Desse modo, a entidade familiar está vocacionada, efetivamente, a promover, em concreto, a dignidade e a realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores<sup>24</sup>.

Funda-se, portanto, a família pós-moderna em sua feição jurídica e sociológica, no afeto, na ética, na solidariedade recíproca entre os seus membros e na preservação da dignidade deles<sup>25</sup>.

Composta por seres humanos, decorre, por conseguinte, uma mutabilidade inexorável na compreensão da família, apresentando-se sob tantas e diversas formas, quantas forem as possibilidades de se relacionar, ou melhor, de expressar amor, afeto. A família, enfim, não traz consigo a pretensão de inalterabilidade conceitual. Ao revés, seus elementos fundantes variam de acordo com os valores e ideais predominantes em cada momento histórico<sup>26</sup>.

---

<sup>21</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. 2013, p. 41.

<sup>22</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. 2013, p. 41.

<sup>23</sup> DIAS, Maria Berenice. 2010, p.40.

<sup>24</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 21.

<sup>25</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. 2013, p. 41.

<sup>26</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. 2013, p. 41.

Em detrimento disso, em determinada época da história, mais precisamente antes do advento da Constituição Federal de 1988, as uniões homoafetivas não foram merecedoras de qualquer proteção jurídica, apesar de sempre terem sido uma realidade de fato na sociedade.

O tratamento discriminatório devido à orientação sexual dos casais era gritante, onde somente após o reconhecimento constitucional da união estável, foi possível um novo olhar para as uniões homoafetivas.

## **5. A união estável homoafetiva**

A união estável, inserida na Constituição de 1988, é o epílogo de lenta e tormentosa trajetória de discriminação e desconsideração legal, com as situações existenciais enquadradas sob o conceito depreciativo de concubinato, definido como relações imorais e ilícitas, que desafiavam a sacralidade atribuída ao casamento<sup>27</sup>. A jurisprudência brasileira, tangenciando os óbices legais, procurou construir soluções de justiça para essas situações existenciais, configurando verdadeiro uso alternativo do direito, ante a pressão incontornável da realidade social<sup>28</sup>.

Primeiramente, as uniões estáveis assim como qualquer outra união que não se constituísse por meio do casamento, eram tidas como relações inexistentes para o direito de família e desprovidas de qualquer amparo legal, resolvendo suas questões por meio do direito das obrigações.

Toda e qualquer união extramatrimonial, naquela arquitetura, era chamada de *ilegítima* e não produzia os efeitos típicos do casamento. Até mesmo porque somente o casamento fundava a família. Por conseguinte, as uniões extramatrimoniais (apeladas de concubinato) eram meras sociedades de fato, não dispondo dos mesmos direitos reconhecidos às famílias casamentárias<sup>29</sup>. Destarte, socorreu-se ao direito das obrigações, a partir da figura da sociedade de fato, cuja dissolução levava à partilha do patrimônio<sup>30</sup>, que se presumia adquirido com o esforço comum<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> LÔBO, Paulo. 2011, p. 168-169.

<sup>28</sup> LÔBO, Paulo. 2011, p. 169.

<sup>29</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. 2013, p. 416.

<sup>30</sup> Matéria regida pelas súmulas 380 e 382 do Supremo Tribunal Federal.

Apesar de já ser uma realidade na sociedade brasileira, só foi reconhecida legalmente como uma nova modalidade de família, com o advento da Constituição Federal de 1988, que a previu em seu artigo 226, §3<sup>32</sup>. Passou a ser regulada pela lei 9.278/96 de 10 de maio de 1996. A Constituição, ao outorgar proteção à família, independentemente da celebração do casamento, vincou um novo conceito de entidade familiar, albergando vínculos afetivos outros<sup>33</sup>.

Considerando sua natureza jurídica e o papel da manifestação da vontade, por ser ato-fato jurídico (ou ato real), a união estável não necessita de qualquer manifestação de vontade para que produza seus jurídicos efeitos. Basta sua configuração fática, para que haja incidência das normas constitucionais e legais cogentes e supletivas e a relação fática converta-se em relação jurídica. Pode até ocorrer que a vontade manifestada ou íntima de ambas as pessoas – ou de uma delas – seja a de jamais constituírem uma união estável; de terem apenas um relacionamento afetivo sem repercussão jurídica, e ainda assim, decidir o judiciário que a união estável existe<sup>34</sup>.

Sua positivação consagrou uma proteção legal no âmbito do Direito de Família que antes não era possível, atentando-se agora, para uma realidade social que sempre existiu entre os casais, pautando-se no afeto que lhes caracteriza.

Mas, é meramente exemplificativo o enunciado constitucional do artigo 226, §3 da Carta Magna, quando faz referência ao reconhecimento da união estável entre um homem e uma mulher, unicamente.

---

Súmula 380: comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

Súmula 382: a vida em comum sob o mesmo teto *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato.

<sup>31</sup> LÔBO, Paulo. 2011, p. 169.

<sup>32</sup> Artigo 226, §3: Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

<sup>33</sup> LÔBO, Paulo. 2011, p. 33.

<sup>34</sup> LÔBO, Paulo. 2011, p. 172.

A constituição brasileira inovou, reconhecendo não apenas a entidade matrimonial, mas também outras duas implicitamente (união estável e monoparental), além de permitir a interpretação extensiva, de modo a incluir as demais entidades implícitas<sup>35</sup>. Dentro desse espectro mais amplo, não cabe excluir do âmbito do direito das famílias os relacionamentos de pessoas do mesmo sexo, que mantêm entre si relação pontificada pelo afeto, a ponto de merecerem a denominação de uniões homoafetivas<sup>36</sup>.

O *caput* do artigo 226 é, conseqüentemente, cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade<sup>37</sup>. Não se pode deixar de reconhecer que há relacionamentos que, mesmo sem a diversidade dos sexos, atendem a tais requisitos. Deve ser levada em consideração a questão do vínculo afetivo, de forma que, sejam identificados como uma entidade familiar merecedora de tutela legal. Efetivamente, a união entre pessoas homossexuais poderá estar acobertada pelas mesmas características da uma entidade heterossexual. Ou seja, ambas as configurações de relacionamentos humanos estão fundadas, basicamente, no afeto e na solidariedade<sup>38</sup>.

É necessário ter uma visão pluralista da família, abrangendo os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar o elemento que permite enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação<sup>39</sup>.

O envolvimento afetivo e emocional é determinante para deslocar um relacionamento do âmbito obrigacional, cujo cerne é a consciência da manifestação da vontade, para inseri-lo no âmbito do direito de família, que possui como elemento estruturante de suas relações, o amor. Esse é o divisor entre o direito obrigacional e o familiar: os negócios têm por substrato exclusivamente a vontade, enquanto o traço diferenciador do direito de família é o afeto<sup>40</sup>. Está ocorrendo uma

---

<sup>35</sup> LÔBO, Paulo. 2011, p. 33.

<sup>36</sup> DIAS, Maria Berenice. 2010, p. 41.

<sup>37</sup> LÔBO, Paulo. 2011, p. 83.

<sup>38</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. 2013, p. 533.

<sup>39</sup> DIAS, Maria Berenice. 2010, p. 43.

<sup>40</sup> DIAS, Maria Berenice. 2010, p. 43.

verdadeira democratização dos sentimentos, na qual o respeito mútuo e a liberdade individual são preservados<sup>41</sup>.

Não há como afirmar que o §3 do artigo 226 da Constituição Federal, ao mencionar a união estável formada entre um homem e uma mulher, reconheceu somente esta convivência como digna da proteção do Estado. O que existe é uma simples recomendação em transformá-la em casamento, não havendo qualquer proibição legal quanto à existência das famílias constituídas por pessoas do mesmo sexo. Se fosse exigida uma diferenciação quanto à opção sexual do casal para gozarem de proteção estatal, estaríamos diante de uma postura nitidamente discriminatória, que afrontaria o princípio da igualdade constitucional.

A Constituição consagra o direito de cada pessoa de ser tratada com igualdade em relação à sua identidade cultural, ainda quando esta se distancie dos padrões hegemônicos da sociedade envolvente (direito à diferença). Por isso, em princípio, seria inválida qualquer medida tendente a desprezar as diferenças, sem qualquer critério de proporcionalidade. Na verdade, a ideia mais elementar de igualdade jurídica é precisamente esta: os benefícios normativos conferidos a uma pessoa não podem ser arbitrariamente negados a outros seres humanos sem uma razão plausível<sup>42</sup>.

Ao mencionar que, deve ser reconhecida a União Estável entre o homem e a mulher, houve algum impedimento quanto ao reconhecimento de outras formas de União Estável?

É preciso ter em mente que não vivemos mais sob a égide de um formalismo positivista, de há muito ultrapassado pela ciência jurídica, que pregava que somente era juridicamente possível aquilo que os enunciados normativos reconheciam expressamente. Isso significa que não é decisivo o fato da Constituição mencionar (expressamente) apenas a união entre o homem e a mulher como entidade familiar. Essa redação significa apenas que restou expressamente reconhecida a família Heteroafetiva, não tecendo a Constituição nenhuma consideração acerca da família homoafetiva: não a regulamentou

---

<sup>41</sup> DIAS, Maria Berenice. 2010, p. 44.

<sup>42</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 401.

expressamente, mas igualmente não a proibiu. Nesse sentido, tendo em mente o disposto no art. 5º, inciso II, da CF/88, segundo o qual ninguém será obrigado a deixar de fazer algo senão em virtude de lei, tem-se que inexistem “proibições implícitas” no Direito Brasileiro. Ou existe enunciado normativo expresso proibitivo ou então se tem a existência de mera lacuna normativa, passível de colmatação pela interpretação extensiva ou pela analogia caso se tenha que a hipótese não citada pelo enunciado normativo seja idêntica ou idêntica no essencial, respectivamente<sup>43</sup>.

Sendo assim, não pode a aplicação literal da Constituição prosperar para o caso de reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher unicamente, afinal, o texto normativo não restringiu essa entidade familiar apenas aos casais heteroafetivos, assim como, não proibiu a constituição da união estável homoafetiva.

A discriminação imposta em tal artigo deve ser considerada como uma discriminação que parte do pressuposto de igual oportunidade para todos. Apesar do estado não ser obrigado a estimular as relações homoafetivas, isso não quer dizer que ele poderá discriminá-las, seja pelo seu não reconhecimento, seja pela restrição dos direitos a que seus membros fazem jus.

Não havendo previsão legal em nossa Carta Magna de limitações de garantias ou restrições jurídicas decorrente da opção sexual de cada um, é inequívoca a impossibilidade do artigo em questão ser tratado de forma taxativa.

Negar direitos sucessórios pelo fato do cônjuge/companheiro ser homossexual não seria discriminação? Negar o direito a inscrição como dependente de plano de saúde ou recebimento de uma pensão por morte, por exemplo, também não seria discriminação? Sobretudo, haveria prejuízo ao direito de outras pessoas pelo reconhecimento dessa relação? Existiria justificativa plausível para restringir o direito fundamental a igualdade e liberdade desses casais? Qual o verdadeiro fundamento para explicar a discriminação?

---

<sup>43</sup> VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. União estável homoafetiva e a constitucionalidade de seu reconhecimento judicial. *In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, nº 14, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, p. 66-88, Fev-Mar/2010, p. 69.

Era evidente a visão preconceituosa daqueles que coíbiam e opunham-se a tal concretização, pois, não existia qualquer embasamento admissível para que tais garantias constitucionais não fossem conferidas.

Não há como negar que os homossexuais pertencem ao gênero humano; logo, impossível submetê-los a uma legislação diferente da comum a todas as demais pessoas em face da unidade desse gênero, o qual, por questões históricas, culturais e políticas, foi dividido entre masculino e feminino<sup>44</sup>.

Não há como confundir as questões jurídicas com as questões morais e religiosas. Enquanto não existir regramento civil pela inércia legislativa, as novas relações afetivas que demandem tutela deverão bater às portas do Judiciário, o qual deverá atendê-las com base nas leis já existentes e nas premissas que compõem um Estado democrático de Direito<sup>45</sup>.

Assim como a sociedade não é estática e está em constante transformação, o direito não pode ficar à espera da lei. O direito deve acompanhar o momento social. Como sempre, em uma perspectiva histórica, o fato social antecipa-se ao jurídico e a jurisprudência antecede a lei<sup>46</sup>. Até mesmo porque não se pode aceitar que, em pleno século XXI, o Direito das Famílias se feche para a realidade da vida moderna e, em descompasso com a Constituição, consagre regras que, evidentemente, não se compatibilizam com a necessidade de se garantir a todos os brasileiros o efetivo exercício da cidadania<sup>47</sup>.

Toda vez que o juiz nega algum direito sob a justificativa de inexistir lei, desrespeita a própria lei e deixa de cumprir com o seu dever. Não se pode deixar e visualizar, nessa postura omissiva, nítida intenção punitiva, o que acaba chancelando injustiças e dando ensejo a enriquecimento sem causa. Não lhe cabe julgar as opções de vida das

---

<sup>44</sup> TORRES, Aimberé Francisco. 2009, p. 16.

<sup>45</sup> De acordo com o artigo 5º da Lei de introdução ao Código Civil (LICC), o juiz deve atender aos fins sociais a que a lei se dirige e às exigências do bem comum. Sua interpretação deve ser axiológica e progressista na busca daqueles valores, para que a prestação jurisdicional seja democrática e justa, adaptando-se às mudanças sociais.

<sup>46</sup> DIAS, Maria Berenice. 2010, p. 206.

<sup>47</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. 2013, p. 505-506.

partes e chegar a resultado que se afaste da ética. Deve cingir-se a apreciar as questões que lhe são postas, devendo centrar-se, exclusivamente, na apuração dos fatos para encontrar solução justa<sup>48</sup>.

Ora, não se pode fechar os olhos para a existência de entidades familiares homoafetivas, pessoas (eventualmente de um mesmo gênero sexual) que se unem ao redor de objetivos comuns, que dedicam amor recíproco e almejam a felicidade, como qualquer outro grupamento heteroafetivo, impondo-se tutelar, juridicamente, tais grupos familiares, não limitando a constituição das entidades convivenciais<sup>49</sup>.

Nem a ausência de lei nem a omissão do judiciário podem levar a exclusão de tutela jurídica. Preconceitos de ordem moral não podem servir de justificativa para denegar direitos. Seria imoral negar proteção e subtrair direitos de pessoas que vivem fora dos padrões sociais e buscam direitos não previstos em norma legal expressa. Seria uma forma de exclusão dos já excluídos. Inviável uma valoração de ordem moral, visto que, a convicção subjetiva de cada um é imutável e não se baseia em critérios uniformes de ordem pública. Na medida em que um relacionamento íntimo entre duas pessoas do mesmo sexo pode ter efeitos jurídicos relevantes, é mais razoável que se faça uma abordagem jurídica e técnica da questão, e não uma análise moral, porque essa última, além de ser excessivamente subjetiva, concluirá pela negativa de qualquer efeito útil<sup>50</sup>.

A união homoafetiva trata-se de “modelo familiar autônomo”, merecendo proteção especial do Estado<sup>51</sup>. No entanto, a ausência de lei não significa inexistência de direito<sup>52</sup>. Não se pode deixar de reconhecer que há relacionamentos que, mesmo sem a diversidade de sexos, atendem a tais requisitos. Têm origem em um vínculo afetivo, devendo ser identificados como entidade familiar a merecer tutela legal<sup>53</sup>.

---

<sup>48</sup> DIAS, Maria Berenice. 2010, p. 204.

<sup>49</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. 2013, p. 534.

<sup>50</sup> CZAJKOWSKI, Rainer. **Reflexos Jurídicos das Uniões Homossexuais**. Curitiba: Juruá, 2000, p. 59.

<sup>51</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. 2013, p. 62.

<sup>52</sup> DIAS, Maria Berenice. 2010, p. 198.

<sup>53</sup> DIAS, Maria Berenice. 2010, p. 198.

Seria imprescindível uma atuação do aplicador do Direito com observância às fontes normativas que lhe são oferecidas. Em primeiro lugar, deve haver observância aos princípios constitucionais que impõem o respeito à dignidade e asseguram o direito à liberdade e à igualdade, pautados sempre na concretização de um Estado Democrático de Direito. Em segundo lugar, por meio da analogia, relacionar as demais relações que tem o afeto como base, e assim, reconhecer a existência de uma entidade familiar, à semelhança do casamento e da união estável. E em terceiro lugar, invocar os costumes para o preenchimento das lacunas existentes na lei.

Como o objetivo precípua da jurisdição é a solução dos conflitos e o retorno à paz social, o juiz não se exime de sentenciar alegando obscuridade ou lacuna na lei<sup>54</sup>. Havendo lacuna deve utilizar-se dos costumes, princípios gerais de direito e da analogia<sup>55</sup>.

Os homossexuais visavam o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, o que gerou uma longa batalha para a equiparação desta união a união heterossexual, mas, que veio lograr êxito por meio de respostas encontradas na própria interpretação da norma suprema.

### **3. Analogia e aplicação principiológica**

Admitida a possibilidade de reconhecimento judicial das uniões homoafetivas como entidades familiares, fez-se necessário pelos magistrados, o uso da analogia e dos princípios constitucionais de Direito, como método interpretativo e integrativo das lacunas decorrentes da omissão legislativa, tendo em vista que, a Constituição Federal se caracteriza pelo seu caráter aberto e amplo.

Apesar da inexistência de lei para as uniões homoafetivas, não é lícito que essa realidade seja negada. Confunde-se a carência legislativa com a ausência de direito. [...] O juiz não pode excluir direitos alegando

---

<sup>54</sup> O Código de Processo Civil prevê em seu artigo 126: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

<sup>55</sup> NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 180.

a ausência de lei. A própria lei reconhece a existência de lacunas no sistema legal, o que não o autoriza a ser omissor<sup>56</sup>. Com efeito, essa lacuna em nosso ordenamento jurídico tem obrigado o aplicador da lei a se utilizar da analogia e dos Princípios Gerais de Direito na prestação da tutela jurisdicional<sup>57</sup>.

O Brasil, não apresentando, por ora, legislação específica que regulamente a união homossexual, tem encaminhado, por exemplo, os(as) juízes(as) a estabelecerem a analogia dessa com a união estável, aplicando-lhe as já mencionadas leis que regem essa modalidade de família – não pelo desamparo ou omissão dos vínculos familiares homoafetivos em frente da Carta Maior, mas, especificamente, para lhes conferir precisos e justos direitos de convivência, na resolução dos casos concretos que demandam posicionamento por parte do Poder Judiciário<sup>58</sup>.

Cumpra ressaltar que, além da vertente doutrinária defensora da inconstitucionalidade do próprio §3, art. 226, da CF (que, ao restringir o conceito de união estável à presença de sexos diversos, fere princípios constitucionais), o recurso analógico surge como mecanismo justo de aplicação, que sana, na apreciação das demandas, a evidente lacuna (ausência de lei específica) no ordenamento, através da interpretação extensiva que, vem, conseqüentemente, conferindo uma maior eficácia ao aludido §3, art. 226 – em face da vedação a tratamento diferenciado com base na orientação sexual (CF, art. 3º, inc. IV) e dos princípios da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, incs. II e III; art. 3º, inc. I) e da igualdade (art. 5º, *caput*)<sup>59</sup>.

De acordo com o julgado abaixo:

AÇÃO ORDINÁRIA — UNIÃO HOMOAFETIVA —  
ANALOGIA COM A UNIÃO ESTÁVEL PROTEGIDA PELA  
CONSTITUIÇÃO FEDERAL — PRINCÍPIO DA IGUALDADE  
(NÃO-DISCRIMINAÇÃO) (sic) E DA DIGNIDADE DA  
PESSOA HUMANA — RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO

<sup>56</sup> DIAS, Maria Berenice. 2010, p. 203.

<sup>57</sup> TORRES, Aimberê Francisco. **Adoção nas relações homoparentais**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 30.

<sup>58</sup> SILVA JR, Enézio de Deus. **A Possibilidade Jurídica de Adoção por Casais Homossexuais**. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 96.

<sup>59</sup> SILVA JR, Enézio de Deus. 2010, p. 96.

DE DEPENDÊNCIA DE UM PARCEIRO EM RELAÇÃO AO OUTRO, PARA TODOS OS FINS DE DIREITO – REQUISITOS PREENCHIDOS - PEDIDO PROCEDENTE. – À união homoafetiva, que preenche os requisitos da união estável entre casais heterossexuais, deve ser conferido o caráter de entidade familiar, impondo-se reconhecer os direitos decorrentes desse vínculo, sob pena de ofensa aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. O art. 226, da Constituição Federal não pode ser analisado isoladamente, restritivamente, devendo observar-se os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Referido dispositivo, ao declarar a proteção do Estado à união estável entre o homem e a mulher, não pretendeu excluir dessa proteção a união homoafetiva, até porque, à época em que entrou em vigor a atual Carta Política, há quase 20 anos, não teve o legislador essa preocupação, o que cede espaço para a aplicação analógica da norma a situações atuais, antes não pensadas. A lacuna existente na legislação não pode servir como obstáculo para o reconhecimento de um direito. (grifo nosso).<sup>60</sup>

A omissão do constituinte, em não explicitar a tutela às uniões entre pessoas do mesmo sexo, foi insuficiente para deixa-las à margem do reconhecimento jurídico. A ausência de qualificação precisa e de legislação específica dificultou, por um tempo, a concessão dos mesmos efeitos e direitos de convivência atribuídos aos vínculos heterossexuais – mesmo estando as famílias homoafetivas amparadas pela cláusula constitucional protetora de inclusão, no âmbito familiar. Se, por um lado, parte da doutrina já contextualiza a relação homossexual no âmbito do Direito das Famílias, muitos magistrados, através da aplicação analógica, vêm fazendo o mesmo, considerando-a verdadeira união estável, através da interpretação ampliada do referido §3, art. 226, CF, que confere a este dispositivo uma maior eficácia, a fim de melhor adequá-lo à realidade do caso concreto<sup>61</sup>.

Reitere-se que não se faz necessária uma alteração textual para elucidar algo que já se encontra presente em nosso ordenamento, mesmo que de maneira não enumerada. O entendimento pela necessidade de alteração textual para a inclusão e reconhecimento de

---

<sup>60</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 21.0024.06.930324-6/001(1). Rel. Des. Heloísa Combat. DJ de 22.5.2007.

<sup>61</sup> SILVA JR, Enézio de Deus. 2010, p. 97-98.

famílias homossexuais, por mais que tenha uma preocupação legítima com aspectos democráticos, acaba por ser antidemocrático, na medida em que procura submeter a uma discussão majoritária uma proteção que o ordenamento já concede à diversidade de maneira contramajoritária<sup>62</sup>.

Entretanto, ainda que houvesse muitas decisões favoráveis pelos tribunais, havia necessidade de um reconhecimento jurídico vinculativo, pois, toda demanda invocada pelo casal homossexual ficava primeiramente a cargo dos juízes de 1º grau, os quais muitas vezes agiam de forma preconceituosa ou com mero descaso, denegando direitos em razão da própria orientação sexual desses cidadãos.

### 3.10 Reconhecimento jurídico da união homoafetiva

Desse modo, visando amenizar a discriminação a que os homossexuais estavam acometidos, haja vista, as demandas propostas pelos casais homoafetivos ficavam sujeitas às decisões dos magistrados – que muitas vezes agiam com preconceito e em outras, apoiavam-se em correntes doutrinárias minoritárias contra a homoafetividade –, o Supremo Tribunal Federal acolheu a proposição da Procuradoria-Geral da República sobre o reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar<sup>63</sup>.

Primeiramente, a Procuradoria ajuizou a ADPF 178<sup>64</sup> pela Procuradora-Geral Deborah Duprat, e o Governador do Rio de Janeiro, à época, Sérgio Cabral, ajuizou a ADPF 132<sup>65</sup>, ambos visando o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, quando presentes os requisitos exigidos para a sua caracterização. Pleiteavam também pela concessão dos direitos e deveres que os mesmos faziam

---

<sup>62</sup> MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. **Interpretar a Constituição não é ativismo judicial**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em 12 mai. 2013.

<sup>63</sup> STF acolhe Ação Direta de Inconstitucionalidade em reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares (noticiário). In: **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, nº 12, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, p. 128-131, Out-Nov/2009.

<sup>64</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 178/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ de 8.7.2009.

<sup>65</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ. Rel. Min. Ayres Britto. DJ de 5.5.2011.

jus, de forma que fosse concretizada a constitucionalidade da união homoafetiva.

Tratava-se de uma equiparação a união estável constituída pelo homem e pela mulher, onde todas as suas atribuições seriam estendidas às uniões entre pessoas do mesmo sexo, comprovado o preenchimento de todas as condições necessárias.

A iniciativa partiu da ideia que os homossexuais deveriam ser tratados com o mesmo respeito e consideração dos demais cidadãos, e que a recusa estatal ao reconhecimento dessas uniões implicaria não só na privação de direitos importantíssimos de conteúdo patrimonial e extrapatrimonial, como também, no menosprezo às suas identidades e dignidades.

As arguições afirmavam que, a obrigatoriedade do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo devia ser extraída da Constituição Federal de 1988 pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), da igualdade (artigo 5º, *caput*), da vedação de discriminações odiosas (artigo 3º, inciso IV), da liberdade (artigo 5º, *caput*) e proteção à segurança jurídica. E muito embora não houvesse legislação infraconstitucional que regulamentasse a matéria, assegurava que deveriam ser aplicadas analogicamente ao caso, as mesmas normas que tratavam da união estável entre homem e mulher.

Atentou ainda, para a evolução jurisprudencial que vinha ocorrendo em alguns tribunais brasileiros, onde havia sido declarada a vara de família como competente para o julgamento das ações referentes à dissolução de união entre pessoas do mesmo sexo, viabilidade de adoção conjunta de criança por casal homossexual, e ainda, a possibilidade de reconhecimento dessas entidades familiares. Incluiu os avanços no campo previdenciário, pelo recebimento de pensão do INSS ou estatutária em caso de óbito, pelo companheiro ou companheira.

Ao receber a ação, o Presidente do STF, à época, Gilmar Mendes, determinou a reatuação do processo como Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4.277)<sup>66</sup>, para que a Procuradoria-Geral da República delimitasse os argumentos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 178, o qual não se tornou evidente

---

<sup>66</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF. Rel. Min. Ayres Britto. DJ de 5.5.2011.

e ocasionou a extinção da ação, dada a inexistência de um objeto específico e delimitado a ser impugnado pela mesma.

Todavia, havia um pedido alternativo feito pela Procuradoria-Geral da República, de que a ADPF fosse recebida pelo STF como Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4277/DF), com pedido de interpretação conforme do artigo 1723 do Código Civil (Lei nº 10.406/02), o qual foi acolhido pelo Ministro Gilmar Mendes.

A ação foi distribuída ao Ministro Carlos Ayres Britto, o qual teve os seguintes entendimentos:

[...] Óbvio que, nessa altaneira posição de direito fundamental e bem de personalidade, a preferência sexual se põe como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 1º da CF), e, assim, poderoso fator de afirmação e elevação pessoal. A teor do §1º do art. 5º da nossa Lei Maior [...] se deduz que a liberdade sexual do ser humano somente deixaria de se inscrever no âmbito de incidência desses últimos dispositivos constitucionais (inciso X e §1º do art. 5º), se houvesse enunciação igualmente constitucional em sentido diverso. Coisa que não existe.

[...] Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.<sup>67</sup>

E ainda foi incisivo da seguinte maneira:

A Constituição Federal opera com intencional silêncio. Mas a ausência de lei não é ausência do direito, porque o direito é maior que a lei. O sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se expressa como fator de desigualação jurídica. Entre interpretar o silêncio como vedação ou autorização, a segunda interpretação é a mais correta

---

<sup>67</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF. Rel. Min. Ayres Britto. DJ de 5.5.2011.

A decisão foi proferida pelo voto de dez ministros integrantes da Suprema Corte de forma unânime, o que modificou o entendimento do artigo 1723 do Código Civil, por meio da exclusão de qualquer significado que impedisse o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Baseada no artigo 3º, IV da Constituição Federal, o qual veda qualquer discriminação, possuiu efeito vinculante *erga omnes* e eliminou qualquer lacuna ou omissão legal que viessem a ser alegadas pelos aplicadores do direito, afinal, os tribunais deveriam se submeter a esta nova linha de raciocínio determinada pelo Supremo Tribunal Federal.

O tratamento discriminatório vem sendo derrubado e a justiça, concretizada, diante do reconhecimento das famílias homoafetivas, as quais viveram sempre à margem do preconceito, manifestações homofóbicas, omissões legais e decisões arbitrárias.

### **3.2 Inovações no direito brasileiro**

No Brasil, apesar de não ter sido aprovado nenhum projeto de lei visando o reconhecimento legal das uniões homossexuais, houve inovações que preencheram e vêm preenchendo esse vazio legislativo.

A lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha) inovou no cenário pátrio, ao proteger a mulher inserida nas relações de afeto, independente de orientação sexual, o que significou um avanço muito importante (foi a primeira vez que a lei federal utilizou, expressamente e no sentido de proteção, a expressão orientação sexual)<sup>68</sup>. Ela foi publicada no Diário Oficial da União em 8 de agosto de 2006 e inseriu no plano infraconstitucional a ideia de que a família é formada pela vontade de seus membros e não por imposição de lei, o que garantiu o reconhecimento das uniões homoafetivas. Seus artigos preveem:

Art. 2. Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social. (grifo nosso).

Art. 5º. [...] Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual. (grifo nosso).

---

<sup>68</sup> SILVA JR, Enézio de Deus. 2010, p. 87.

Na legislação internacional, a qual o Brasil aderiu, também há previsão de proteção às pessoas independentemente de sua orientação sexual, como previsto no Pacto internacional sobre direitos civis e políticos (art. 26) e na Convenção americana sobre direitos humanos (San José da Costa Rica) art. 24 e 29<sup>69</sup>. Respectivamente:

Art. 26. Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei. A este respeito, a lei deve proibir todas as discriminações e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra toda a espécie de discriminação, nomeadamente por motivos de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou de qualquer outra opinião, de origem nacional ou social, de propriedade, de nascimento ou de qualquer outra situação. (grifo nosso).

Art. 24. Igualdade perante a lei. Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da lei. (grifo nosso).

Art. 29. Normas de interpretação. Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de:

a) permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;

b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados Partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados;

c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo;

d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

Ambas as legislações visam coibir qualquer tipo de discriminação que seja exercida contra as pessoas, tendo em vista, a

---

<sup>69</sup> DE PAULA MARQUES. Raphael Peixoto. Olhar, ver, reparar: uma análise do caráter inclusivo dos princípios constitucionais a partir do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. In: **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, nº 14, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, p. 47-65, Fev-Mar/2010, p. 59.

igualdade de todos perante a lei. O artigo 24 do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, inclusive, expressa a proibição de discriminações originadas por motivos de sexo, tornando-se inequívoca a proteção aos homossexuais.

Já o artigo 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, fala sobre a interpretação das suas disposições, não sendo possível a realização de uma interpretação pelos Estados Partes, que venha suprimir ou limitar o gozo dos direitos e garantias estabelecidos por esse pacto.

Além disso, o Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS), através da instrução normativa 25/2000, passou a admitir a possibilidade de concessão de pensões previdenciárias aos casais que convivem em união homoafetiva. Tal instrução decorreu da Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0 de autoria do Ministério Público Federal<sup>70</sup>, onde a juíza federal Simone Barbisan Fortes proferiu sentença judicial de alcance nacional, deferindo liminar, que obrigou o Regime Geral de Previdência Social a reconhecer os direitos decorrentes das uniões entre pessoas do mesmo sexo.

O instituto apelou ao Tribunal Regional Federal em 2002, todavia, o relator do caso, João Batista Pinto Silveira, entendeu que a decisão deveria ser mantida, conforme ementa:

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. ABRANGÊNCIA NACIONAL DA DECISÃO. HOMOSSEXUAIS. INSCRIÇÃO DE COMPANHEIROS COMO DEPENDENTES NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. 1. Possui legitimidade ativa o Ministério Público Federal em se tratando de ação civil pública que objetiva a proteção de interesses difusos e a defesa de direitos individuais homogêneos. 2. Às ações coletivas não se nega a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, de lei ou ato normativo federal ou local. 3. A regra do art. 16 da Lei n.º 7.347/85 deve ser

---

<sup>70</sup> **Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0.** Disponível em: <[http://www.jfrs.jus.br/processos/acompanhamento/resultado\\_pesquisa.php?txtValor=2000.71.00.009347-0&selOrigem=RS&chkMostrarBaixados=&selForma=NU&hdnRefId=&txtPalavraGerada](http://www.jfrs.jus.br/processos/acompanhamento/resultado_pesquisa.php?txtValor=2000.71.00.009347-0&selOrigem=RS&chkMostrarBaixados=&selForma=NU&hdnRefId=&txtPalavraGerada)> Acesso em 20 de maio de 2013.

interpretada em sintonia com os preceitos contidos na Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), entendendo-se que os limites da competência territorial do órgão prolator, de que fala o referido dispositivo, não são aqueles fixados na regra de organização judiciária, mas sim, aqueles previstos no art. 93 do CDC. 4. Tratando-se de dano de âmbito nacional, a competência será do foro de qualquer das capitais ou do Distrito Federal, e a sentença produzirá os seus efeitos sobre toda a área prejudicada. 5. O princípio da dignidade humana veicula parâmetros essenciais que devem ser necessariamente observados por todos os órgãos estatais em suas respectivas esferas de atuação, atuando como elemento estrutural dos próprios direitos fundamentais assegurados na Constituição. 6. A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas. 7. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. 8. As noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais. 9. A aceitação das uniões homossexuais é um fenômeno mundial - em alguns países de forma mais implícita - com o alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. 10. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas. 11. Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como possível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a relação da

Previdência para com os casais de mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (art. 16, I, da Lei n.º 8.213/91), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio reclusão. (grifo nosso).<sup>71</sup>

Recentemente, o Conselho Nacional de Justiça<sup>72</sup> decidiu pela possibilidade de realização do casamento gay, não podendo ser negado aos casais homoafetivos a sua concretização nos cartórios do país, conforme determina a Resolução nº 175 de 14 de maio de 2013 em seu artigo 1º: “é vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo”.

A questão é bastante polêmica, tendo em vista o princípio da separação dos poderes, onde o poder judiciário não poderia adentrar-se na competência do poder legislativo. Todavia, o Conselho Nacional de Justiça decidiu que, devido ao grande número de demandas desencadeadas pelos casais homoafetivos e sem resolução, inúmeras injustiças vinham ocorrendo, o que compeliu o judiciário a se manifestar diante da inércia legislativa.

Dessa forma, todos os projetos de lei em tramitação ou não, que visam regulamentar a união civil ou a parceria civil registrada, acabam perdendo o seu objeto, uma vez que, há lei conceituando entidade familiar, não importando a orientação sexual de seus partícipes. E o judiciário, dotado de todo o poder transformador da sociedade que lhe é conferido, não pode ignorar a realidade diante dos seus olhos, tal seja, o direito à felicidade, buscado pelos casais homossexuais.

---

<sup>71</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal. Apelação Cível nº 9347. Rel. Des. João Batista Pinto Silveira. 6ª Turma Recursal, DJ de 27.07.2005.

<sup>72</sup> CNJ determina que cartórios terão de reconhecer união de pessoas do mesmo sexo. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/24668-cartorios-terao-de-reconhecer-uniao-de-pessoas-do-mesmo-sexo>>. Acesso em: 20 de mai. De 2013.

#### 4. Conclusão

Diante do Estado Democrático de Direito em que vivemos, em pleno século XXI, é inconcebível a negação de direitos a pessoas em detrimento de sua opção sexual, afinal, todos os cidadãos estão protegidos perante a Constituição Federal da mesma maneira.

Todos são livres para planejar e perseguir os projetos de vida que almejam para suas vidas, não podendo o Estado interferir em suas uniões, impondo a forma como cada um deve relacionar-se. Não existe maneira correta de amar alguém, afinal, o amor não segue padrões. Se assim fosse, haveria violação da autonomia individual e privada de cada cidadão, o qual tem o direito de trilhar seus caminhos de acordo com suas escolhas e inclinações, merecendo tutela judicial protetiva.

A constituição de uma família foi consagrada, unicamente, pela presença do vínculo afetivo, o qual deve servir de parâmetro para todas as uniões que venham a surgir pleiteando reconhecimento. Reduzir relacionamentos existentes a um rol exaustivo ou não reconhecê-los por meio da denegação de seus direitos, seria o mesmo que tratar os sentimentos como uma espécie de dogma.

Não só na esfera afetiva, mas em todas as outras esferas de uma sociedade, existem posicionamentos e pontos de vista distintos, e o legislador, no momento de criação da norma, não tem como prever todas as situações que podem vir a pleitear tutela jurídica. Dessa forma, ao apreciar as demandas que lhe são postas, o juiz, não pode ficar à margem da vontade subjetiva legislativa não positivada, devendo assim, atuar por meio de todos os instrumentos que lhe forem conferidos, para a realização do seu papel de agente transformador da sociedade.

Resta incontestável a licitude do reconhecimento das uniões homoafetivas e da consequente designação de seus direitos, tendo como fulcro legal a própria Constituição Federal de 1988, afinal, os ideais constitucionais prezam pela igualdade e não discriminação de seus membros.

A partir da interpretação da Carta Magna e da aplicação de seus princípios constitucionais, a jurisprudência consolidou o

entendimento de que as uniões homoafetivas são dignas da mesma proteção e respeito que as uniões heteroafetivas. Consequentemente, todos os efeitos decorrentes de tais uniões, sejam nos âmbitos previdenciário, sucessório, dentre outros, também serão designados para aquelas famílias.

Existe o entendimento que considera necessária a presença de uma lei regulamentadora das uniões homoafetivas, todavia, o pensamento é equivocado, na medida em que desconsidera a força normativa dos princípios constitucionais. A igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana e não discriminação, estão atreladas ao Estado Democrático de Direito em que vivemos e deve oferecer tratamento isonômico a todas as modalidades de constituição de família, seja ela decorrente de união estável ou casamento.

É desnecessário pleitear pela criação de uma lei regulamentadora como forma de concessão dos direitos, que, atualmente, já vem sendo reconhecidos e estendidos aos casais homossexuais, afinal, já encontramos a proteção necessária prevista em norma constitucional, lei infraconstitucional, tratados internacionais, resoluções e julgados vinculativos, que vêm se tornando a cada dia, mais comuns e constantes.

Criar uma lei específica em detrimento da opção sexual de cada um para conferir direitos que poderiam ser atribuídos pela norma fundamental que alcança toda a coletividade seria uma forma de discriminação do próprio legislador e uma deslealdade para com o Direito, tendo em vista, o não exaurimento de todas as suas fontes. Ocorreria que, o poder legislativo iria criar novas regras, sem que houvessem sido esgotadas todas as soluções possíveis de aplicação da lei.

Enquanto a lei não acompanha a evolução dos usos e costumes, as mudanças de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém, muito menos os aplicadores do Direito, podem em nome de uma postura preconceituosa ou discriminatória, fechar os olhos a realidade existente e tornar-se fonte de grandes injustiças. Interpretar a constituição não se trata de um ativismo judicial, mas sim, de uma interpretação de direitos já existentes e consagrados, que a partir de então, serão apenas concretizados.

Se quisermos viver em um mundo desenvolvido, livre e consciente, devemos livrar-nos dos pré-conceitos determinados que

nos impedem de seguir em frente, diante da extensa democratização dos sentimentos que vêm ocorrendo. Se quisermos que todos tenham seus direitos respeitados e que o nosso país torne-se mais justo, devemos extrair toda a intolerância que persiste em nos acompanhar. Todos os seres humanos merecem ser reconhecidos e aceitos. Todos os casais merecem viver o amor. Todas as uniões homoafetivas são famílias. E sendo assim, merecedoras de todos os direitos que lhe são inerentes, independentemente da existência de uma legislação regulamentar específica.



**A NOVA DISCIPLINA CONSTITUCIONAL DA FILIAÇÃO:  
DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS À PATERNIDADE  
SOCIOAFETIVA ORIGINÁRIA DA TÉCNICA DE INSEMINAÇÃO HETERÓLOGA.**

---

**Luiz Alberto de Holanda Paes Pinto**

Procurador do Estado de São Paulo. Pós-graduado em Direito Público  
(Universidade Anhanguera).

**SUMÁRIO**

1.Do conceito jurídico de princípios.2. Dos princípios constitucionais do direito de família e sua relação com o novo estatuto jurídico da filiação.2.1. Do princípio da dignidade da pessoa humana.2.2.Do princípio da igualdade. 2.3. Do princípio da afetividade.2.4. Do princípio da solidariedade familiar.2.5. Do princípio da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente.2.6. Da proteção constitucional à entidade familiar e do planejamento familiar.3. Considerações Finais.

**1. Do conceito jurídico de princípios**

Todas as Constituições brasileiras anteriores à Constituição Federal de 1988 vincularam o conceito de família ao de casamento, seguindo a mentalidade liberal reinante à época, a que interessava muito mais a proteção da instituição família do que ao homem como membro dessa instituição.

A Constituição de 1988, por sua vez, trouxe em seu bojo normas e princípios destinados a interferir nas atividades privadas, regulamentando os contratos, em especial o de trabalho e o de consumo, bem como a propriedade e a família.

Deu-se, assim, uma profunda alteração na estrutura dos institutos de direito privado, uma vez que, trazendo em seu bojo normas e princípios concernentes ao direito privado, a Constituição Federal passou a balizar de forma substancial todas estas relações, no que se veio a denominar constitucionalização do Direito Civil.

Isto porque as normas constitucionais, estando no ápice do sistema normativo, constitui fundamento de validade de todas as normas do sistema jurídico, destacando-se, nesse papel, as normas de cunho principiológico.

Com efeito, um dos maiores avanços do direito brasileiro é a consagração da força normativa dos princípios constitucionais

explícitos e implícitos, superando, portanto, o efeito simbólico taxado pela doutrina tradicional.<sup>1</sup>

Nesse contexto, Celso Antônio Bandeira de Melo, em conhecida passagem de seu Curso de Direito Administrativo, traz a seguinte definição de princípios:

Princípio – já averbamos alhures, é, por definição, **mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental** que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome direito positivo. (sem grifo no original)<sup>2</sup>

Partindo desta premissa, e com o fito de se expor uma idéia precisa do que são os princípios, importa esboçar a noção de sistema. A definição presente no dicionário da língua portuguesa Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, nos permite apreender o significado do termo:

**Sistema** sm. 1. Conjunto de elementos, materiais ou ideais, entre os quais se possa encontrar ou definir alguma relação. 2. Disposição das partes ou dos elementos de um todo, coordenados entre si, e que funcionam como estrutura organizada.(...)<sup>3</sup>

O ordenamento jurídico constitui um sistema normativo com disposição hierárquica, entendido como um conjunto de normas que possuem unidade lógica e finalística, unidade esta atribuída, justamente, pelos princípios jurídicos.

É a partir dos princípios que se depreende qual o espírito do ordenamento jurídico, uma vez que eles representam as diretrizes fundamentais do sistema normativo, trazendo em si os valores mais relevantes da ordem jurídica.

---

<sup>1</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto, **Direito Civil**. Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 34.

<sup>2</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, 10. ed. Malheiros, 1998, p. 583 e 584.

<sup>3</sup> Cf. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**, 2. ed., revista e aumentada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, [s.d.], p. 1594.

O Direito constitui um sistema jurídico, que por sua vez é formado por vários subsistemas. Deste modo, há os princípios gerais, que se aplicam a todo o ordenamento jurídico, e os princípios específicos, que se referem a determinados subsistemas.

A doutrina tradicional costumava distinguir normas e princípios, partindo do pressuposto de que os últimos não possuiriam a mesma normatividade. Contudo, a ciência jurídica moderna entende que os princípios, ao lado das regras, são espécies de normas jurídicas, sendo, portanto, igualmente obrigatórios.

Com efeito, percebe-se que os princípios são normas jurídicas que se distinguem das regras não só porque têm alto grau de generalidade, mas principalmente por serem mandatos de otimização que possuem um colorido axiológico mais acentuado do que as regras.<sup>4</sup>

São incontáveis as propostas de critérios para distinção entre essas duas espécies de normas. O professor Bonavides, afirmou que recorreu às lições de Robert Alexy. Este, por sua vez, conforme o ilustre professor, considerava o traço da generalidade como o principal para a distinção, assegurando que os princípios possuem alto grau de generalidade relativa, enquanto que as regras são de baixo grau de generalidade. Elenca, ainda Bonavides, critérios sugeridos por vários autores, dizendo:

Os demais critérios distintivos aparecem a seguir enunciados: o da 'determinabilidade dos casos de aplicação' (Esser), o da origem, o da diferenciação entre normas 'criadas' (geschaffenen) e normas 'medradas' ou 'crescidas' (gewachsenen Normen), referido por Schuman e Eckhoff, o da explicitação do teor de valoração (Canaris), o da relação com a idéia de Direito (Larenz) ou com a lei suprema do Direito (Bezug zu einem obersten Rechtsgesetz), segundo H. J. Wolff, e, finalmente, o da importância que têm para a ordem jurídica (entre outros, Peczenik e Ziembinski).<sup>5</sup>

Segundo Bonavides, Alexy teria encontrado três teses acerca da distinção entre regras e princípios. A primeira assegurava que nenhum dos critérios distintivos seria suficiente para, isolado dos demais,

---

<sup>4</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4ª ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 55.

<sup>5</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo : Malheiros, 2000, p. 248/250.

garantir o acerto da diferenciação; a segunda é a que admite a diferença entre regras e princípios com base no grau de generalidade; a terceira tese (única aceita como válida por Alexy) defende que a diferença entre regras e princípios se estabelece tanto em razão de grau, como de qualidade. É o critério gradualista-quantitativo.

Ana Paula de Barcellos explica que quando se estiver diante de uma situação que exija o emprego da ponderação entre regras (constitucionais e infraconstitucionais) e princípios, o primeiro terá preferência. Isso significa, de forma simples, que diante de um conflito insuperável pelos métodos tradicionais de interpretação, o princípio deve ceder, e não a regra, já que esta, como padrão geral, não deve ser ponderada.<sup>6</sup>

Em sentido oposto Luiz Roberto Barroso<sup>7</sup> adverte que os princípios não são hierarquicamente superiores às regras. Contudo, a eles cabe, além de uma ação imediata, quando diretamente aplicáveis a determinada relação jurídica, uma ação de natureza mediata, que consiste justamente em funcionar como critério de interpretação e integração do sistema normativo.

Ainda complementando sua lição, afirma que a violação de um princípio é ainda mais grave do que a de uma norma jurídica, na medida em que ela importa violação do ordenamento jurídico em seus alicerces, significando assim uma transgressão de todo o sistema.

Deste modo, verifica-se que os princípios são multifuncionais<sup>8</sup>. Eles têm a função de dar unidade ao sistema normativo, harmonizando-o, além de servirem para condicionar a atuação dos poderes públicos e a interpretação e aplicação de todas as normas jurídicas vigentes.

Para Olga Jubert Gouveia Krell, um dos objetivos basilares das Constituições modernas é a garantia dos direitos dos indivíduos e dos grupos contra o poder estatal, através da introdução de catálogos de

---

<sup>6</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação Racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 165.

<sup>7</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 147 e ss.

<sup>8</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**, Coimbra: Almedina, 1993, p. 167.

direitos fundamentais que constituem normas jurídicas “principiológicas”, que consagram valores e estabelecem metas.<sup>9</sup>

Destaque-se que os princípios, por sua generalidade e abstração, permitem ao intérprete, por muitas vezes, superar o legalismo estrito para buscar soluções que se coadunem com os valores maiores protegidos pelo sistema. Ao mesmo tempo, eles limitam o subjetivismo a que poderia se entregar o intérprete.

Os princípios constitucionais não têm hierarquia uns sobre os outros, dado que a Constituição constitui um todo harmônico e integrado. É certo, porém, que por vezes é necessário fazer uma ponderação entre os princípios aplicáveis à determinada situação, a fim de se determinar qual aquele que se melhor se aplica à questão posta.

Muitas vezes, também, deve-se ponderar quais os interesses em questão e, de acordo com o caso concreto, usufruir da melhor forma possível o que cada princípio aplicável possa oferecer para a melhor harmonização da situação jurídica controvertida.

Assim, para solucionar conflitos de princípios constitucionais que possam surgir em razão da utilização de reprodução assistida, utilizar-se-á a técnica da ponderação e harmonização desses princípios, como caminho jurídico cientificamente coerente em busca de uma justa regulamentação e aplicação das técnicas de reprodução assistida.<sup>10</sup>

## **2. Dos princípios constitucionais do direito de família e sua relação com o novo estatuto jurídico da filiação.**

Como já assinalado, são os princípios que estabelecem as diretrizes de todo o sistema normativo, de modo que todas as normas que integram o ordenamento buscam ali seu fundamento de validade.

Nesse diapasão, cumpre ressaltar o importante passo dado pelo constituinte de 1988, que deu sede constitucional a inúmeros institutos de Direito Privado, em especial do Direito de Família, veiculando novos princípios que passaram a constituir seus fundamentos de validade. A perspectiva de interpretação civil-constitucional, como

---

<sup>9</sup> KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e filiação civil**. Princípios éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2006. p. 64.

<sup>10</sup> KRELL, Olga Jubert Gouveia. 2006, p. 67 e 72.

bem afirma Gustavo Tepedino, vem revigorando diversos conceitos e institutos do direito civil, adequando-os à realidade contemporânea.<sup>11</sup>

A Carta Constitucional modificou em seu âmago o Direito de Família, seguindo as novas configurações sociais para romper com sua origem eminentemente patrimonial e se direcionar a uma crescente personalização de seus conceitos.

Todas as constituições anteriores buscavam a proteção da família como um ente formal, uma instituição digna de proteção como um fim em si mesmo, buscando-se a manutenção de sua unidade. A família anterior à Constituição de 1988, a única digna de proteção jurídica, era a família legítima, ou seja, aquela constituída pelo casamento.

A Magna Carta de 1988 trouxe à tona uma nova família, a família afetiva, igualitária, livre e plural que, acima de tudo, tem por escopo a busca da realização de seus membros.

No que respeita à filiação, seu conceito jurídico transformou-se gradativamente, rompendo com a noção eminentemente patrimonialista e protetiva da instituição do casamento para atender-se à repersonalização destas relações, culminando com a plena eliminação das desigualdades entre os filhos.

Indo além da eliminação das desigualdades, as novas tendências configuraram um novo cerne para o estabelecimento da relação jurídica parental, que não mais se caracterizará unicamente pela existência de relação matrimonial entre os pretensos genitores.

Nesse contexto, diversas áreas de conhecimento, que têm como objeto de estudo a família ou as relações familiares, identificam uma linha tendencial de expansão do que se considera unidade familiar.<sup>12</sup>

A balizar estas relações jurídicas, portanto, prevalecem o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da afetividade, o princípio da solidariedade familiar, o princípio da igualdade, o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, do planejamento e do direito à saúde, os quais se passa a analisar.

---

<sup>11</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil**. In: Temas de Direito Civil. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 21.

<sup>12</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. 2008. p. 56

## 2.1. Do princípio da dignidade da pessoa humana

A concepção de pessoa, tal como a conhecemos hoje, não existia na antiguidade. A filosofia grega compreendia o homem como cidadão, ou seja, o significado de sua existência estava em pertencer ao Estado.

Como explica Fernando Ferreira dos Santos<sup>13</sup>, o conceito de pessoa, “como categoria espiritual, como subjetividade, que possui valor em si mesmo, como ser de fins absolutos” apenas surgiu com o Cristianismo, tendo importância fundamental ao afirmar o homem como possuidor de dignidade, de direitos subjetivos.

Anteriormente ao reconhecimento da dignidade da pessoa humana em qualquer Constituição, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) assim o fez, expressamente:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo;

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade dos direitos do homem (...)

Art.1º Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir umas em relação às outras com espírito de fraternidade.

Foi na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, onde a dignidade da pessoa humana teve seu primeiro reconhecimento expresso em uma Constituição. A necessidade deste reconhecimento expresso teve origem no fato de o Estado nazista ter violado gravemente a dignidade da pessoa humana na prática de crimes políticos, invocando razões de Estado.

No Brasil, a Constituição 1988 reconheceu a dignidade como um valor supremo, erigindo-se à categoria de fundamento da República Federativa do Brasil, constituída em um Estado Democrático de Direito.

---

<sup>13</sup> SANTOS, Fernando Ferreira. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=160>>. Acesso em: 22 ago. 2009.

A dignidade humana assegura o respeito ao ser humano só pelo fato de ser homem, considerado em si e *per se*, independentemente do grupo social ou comunidade na qual o indivíduo esteja inserido. Destarte, o ordenamento jurídico brasileiro consagrou o princípio da dignidade da humana como um princípio explícito que assegura as exigências básicas do ser humano em suas várias dimensões.<sup>14</sup>

Para José Afonso da Silva, o princípio da dignidade da pessoa humana não é apenas um princípio de ordem jurídica, mas sim de valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito, estando na base de toda a vida nacional.<sup>15</sup>

Assim, da idéia de que os seres racionais possuem um valor intrínseco, não são meios, mas fim em si mesmos, e que a dignidade está entranhada na essência humana, é possível concluir-se que este atributo não é criação constitucional, pois que, na verdade, a dignidade preexiste à Constituição Federal, sendo que esta apenas o reconhece na ordem jurídica.

A dignidade da pessoa humana é o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade.<sup>16</sup>

A dignidade seria como o limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral, implicando, dessa forma, reconhecer o homem como o fim em cada ação e centro das realizações sociais, econômicas, históricas e jurídicas.

Na família patriarcal, como os poderes eram concentrados na pessoa do chefe, era vedada a intervenção pública na seara privada, tolerando-se, portanto, a subjugação e os abusos contra os mais fracos.

No estagio atual o equilíbrio do privado e do público é matizado exatamente na garantia do pleno desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que integram a comunidade familiar.

---

<sup>14</sup> KRELL, Olga Jubert Gouveia. 2006. p. 86 e 87.

<sup>15</sup> Cf. SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia**, apud Alvarenga, Lúcia Barros Freitas de, *in*: Direitos Humanos, dignidade e erradicação da pobreza – Brasília: Brasília Jurídica, 1998, p. 23.

<sup>16</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. 2008. p. 37

Por isso, estando a dignidade da pessoa humana inserido dentre os princípios consagrados na Constituição Federal de 1988, não se pode admitir a superposição de qualquer estrutura institucional à tutela de seus integrantes, principalmente em se tratando de instituições com *status* constitucional, como é o caso da família.<sup>17</sup>

Na explicação de Paulo Lobo, “consulta a dignidade da pessoa humana a liberdade de escolher e constituir a entidade familiar que melhor corresponda à sua realização existencial. Não pode o legislador definir qual a melhor e mais adequada.”<sup>18</sup>

Consultando a dignidade da pessoa humana no que pertine à filiação, tem-se que esta relação deve ter por escopo a realização pessoal de seus integrantes, estando superada, portanto, qualquer interpretação que envolva discriminação ou que proteja apenas determinadas entidades familiares.

Com efeito, à filiação originárias das técnicas de reprodução assistida e todas as conseqüências jurídicas delas advindas devem ser analisadas à luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual pode-se alegar que esse princípio constitui importante limite ao exercício indiscriminado ou mesmo abusivo ao direito de reprodução assistida no Brasil, bem como autoriza o uso dessas técnicas às pessoas que realmente necessitam de assistência.

## 2.2. Do princípio da igualdade

Poucos princípios provocaram intensas transformações no direito de família quanto o da igualdade entre homem e mulher, entre filhos e entre entidades familiares. Praticamente todos os fundamentos jurídicos de família tradicional restaram destroçados, principalmente por o princípio geral da igualdade ter alcançado *status* de direito fundamental oponível aos poderes políticos e privados<sup>19</sup>.

Este princípio constitui um dos matizes do princípio da dignidade da pessoa humana. Contudo, nem sempre norteou as relações de filiação.

---

<sup>17</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

<sup>18</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus***. *Jus Navigando*, Terezina, nº 6, n.º 53, jan. 2002. Disponível em [<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>]. Acesso em 06.jul.2009.

<sup>19</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. Ob.cit., p. 43.

No direito brasileiro, observou-se por muito tempo a presença constante da presunção de legitimidade dos filhos nascidos de relação matrimonial existente entre os pais, a ensejar tratamento desigual entre a prole matrimonial e extramatrimonial.<sup>20</sup>

Pretendia-se, então, valorizar o indivíduo, regulando formalmente as relações entre os sujeitos de direito, com vistas a facilitar a circulação de bens e riquezas.<sup>21</sup> Como bem assinalou Heloísa Helena Barbosa, “nesse contexto, de normas feitas ‘pelo’ e ‘para’ o casamento, a filiação constituía um corolário natural, vinculada e submetida aos princípios e finalidades fixados pelo ordenamento jurídico para aquele.”<sup>22</sup>

Tal presunção era praticamente inquebrantável, pois o código estabeleceu limitações à contestação de paternidade, no que respeita à legitimidade, ao prazo para ajuizamento da ação e à causa de pedir. Assim, apenas poderia ser questionada a paternidade pelo suposto pai, em dois meses entre presentes e três meses entre ausentes, e somente dentro das hipóteses rigorosamente previstas em lei. Nem mesmo a confissão da mãe poderia elidir tal presunção.

A presunção *pater is est* deixava, portanto, à margem da proteção jurídica, os filhos havidos fora do casamento, a que a lei considerava ilegítimos, não atribuindo aos mesmos quaisquer direitos que pudessem advir da relação de filiação. A esta situação estavam submetidos os filhos naturais, nascidos de pais não impedidos de casar, e os filhos

---

<sup>20</sup> Com efeito, prescrevia o Código Civil de 1916:

Art. 338. Presumem-se concebidos na constância do casamento:

I – os filhos nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal.

II – os nascidos dentro nos 300 (trezentos) dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite, ou anulação.

Art. 339. A legitimidade do filho concebido na constância do casamento, ou presumido tal (arts. 337 e 338), só se pode contestar provando-se:

I - que o marido se achava fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher nos primeiros 121 (cento e vinte e um) dias, ou mais, dos 300 (trezentos) que houverem precedido ao nascimento do filho;

II – que a esse tempo estavam os cônjuges legalmente separados.

<sup>21</sup> TEPEDINO, Gustavo. 2008, p. 2.

<sup>22</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. **O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente**. In: Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. A família na travessia do milênio. IBDFAM, p. 135.

espúrios, originados de pais com tal impedimento - filiação adúltera ou incestuosa.

Ademais, apenas os filhos naturais poderiam ser legitimados com o casamento dos pais, possibilidade negada aos filhos espúrios, em virtude do artigo 348 do Código Civil de 1916, que dispunha que ninguém poderia vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.

Contudo, com o evoluir da sociedade, o legislador viu-se obrigado a, paulatinamente, por meio da edição de leis extravagantes, corrigir o rigor deste tratamento legal, equiparando progressivamente os filhos havidos ou não do casamento, extinguindo a distinção existente entre filiação legítima e ilegítima.

O primeiro passo nesse sentido foi dado com a edição do Decreto 4.737 de 1942, que autorizou o reconhecimento de filhos adúlteros, desde que após o desquite.

Em seguida, a Lei 883 de 1949 avançou um pouco mais, possibilitando o reconhecimento dos filhos adúlteros em qualquer hipótese de dissolução da sociedade conjugal. O mesmo diploma legal veiculou a proibição da referência à legitimidade dos filhos no registro de nascimento.

Mas a mudança de maior vulto se deu com a edição da Lei 6.515 de 1977, a Lei do Divórcio, a qual, introduzindo um parágrafo ao artigo 1º da Lei 883, permitiu o reconhecimento do filho adúltero mesmo na constância do casamento, desde que feito por testamento cerrado, de modo que somente produziria efeitos após a morte do pai.

A mesma lei previu ainda a igualdade de condições entre os filhos quanto à herança, e deu o primeiro passo em favor dos filhos incestuosos, ao estender os efeitos civis do casamento aos filhos comuns, em caso de anulação.

Diante de todas essas inovações, observou Luiz Edson Fachin que, no que se refere aos filhos adúlteros, já se reconhecia a igualdade com relação aos filhos legítimos desde 1977.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Direito além do novo código civil: Novas Situações Sociais, Filiação e Família.** In Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM. v. 5, n.º 17 – abr/mai/2003, p. 15

Enfim, em 1984, a Lei 7.250 permitiu o reconhecimento do filho adúlterino se o pai estivesse separado de fato há mais de cinco anos.

Tal processo veio a culminar com a consagração, pela Constituição de 1988, da igualdade entre os filhos, dispondo no parágrafo 6º do seu artigo 227 “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Outra grande influência do princípio da igualdade e da constitucionalização do Direito de Família é a igualdade entre os filhos gerados de reprodução natural e os originários da filiação com utilização das técnicas de reprodução assistida, atribuindo aos beneficiários a condição de paternidade plena da criança nascida mediante o emprego de técnica de inseminação artificial.<sup>24</sup>

Assim, de acordo com este princípio, a filiação não mais se vincula à situação jurídica dos pais, o que decerto atinge de forma inexorável o sentido da presunção da filiação matrimonial, que, contudo, perdura no Código Civil de 2002.

Desta forma, ressalte-se que não poderá haver qualquer tipo de discriminação entre filhos gerados naturalmente e originários das técnicas de reprodução humana assistida, mormente os oriundos de inseminação heteróloga.

### 2.3. Do princípio da afetividade

O princípio da afetividade, explica Paulo Lobo<sup>25</sup>, tem fundamento constitucional, sendo verificável a partir de uma análise sistemática de seu texto, e reconhecido em diversos momentos pela legislação infraconstitucional.

O afeto talvez seja apontado, atualmente, como o principal fundamento das relações familiares. Mesmo não constando a palavra afeto no Texto Maior como um direito fundamental, pode-se dizer que o afeto decorre da valorização constante da dignidade humana.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> KRELL, Olga Jubert Gouveia. 2006. p. 153.

<sup>25</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. 2002, p. 249.

<sup>26</sup> TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do direito de família brasileiro**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1069, 5 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8468>>. Acesso em: 19 set. 2009.

É o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão da vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico, recebendo grande impulso dos valores consagrados na Constituição de 1988,<sup>27</sup> por exemplo o reconhecimento como entidades familiares, ao lado do casamento, da união estável e da família monoparental (art. 226, §§ 3º e 4º) e a plena igualdade entre os filhos independentemente de sua origem (artigo 227, §§ 5º e 6º).

Neste diapasão, a filiação socioafetiva que encontra visível apoio nas normas constitucionais sobre direito de família, passa a ter assento infraconstitucional no art. 1.593 do CC/02, que menciona a possibilidade de embasar-se o parentesco na consangüinidade ou em “outra origem”, locução que engloba a origem afetiva.

Afastou-se, portanto, a concepção liberal-burguesa da família fundada exclusivamente no casamento e núcleo de apropriação de bens, passando os alicerces do grupo familiar a ser a afeição e a solidariedade.

A aplicação deste princípio às relações de filiação implica o reconhecimento jurídico da filiação construída pela convivência. A parentalidade não mais decorrente apenas da presunção legal ou da descendência biológica, mas principalmente, na existência de um vínculo que extrapola o laço meramente biológico, consistindo na união existencial entre dois seres. Segundo Heloísa Helena Barboza:

[...]o vínculo biológico, que aparentemente constituía critério tão seguro e adequado para determinação da paternidade/maternidade, passou a ser contestado, por não se revelar, ao menos razoável, em alguns casos<sup>28</sup>.

A partir deste contexto, relativiza-se o valor da filiação biológica, ao se reconhecer juridicamente as relações fáticas fundadas no amor e cuidado típicos da paternidade. Por esta razão, a jurisprudência vem privilegiando a filiação socioafetiva, por representar a posse do estado de filho, constituindo a verdade sociológica da filiação. A título de exemplo, veja-se, por todos, brilhante acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

---

<sup>27</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. 2008. p. 47.

<sup>28</sup> BARBOSA, Heloisa Helena, **Novas relações de filiação e paternidade**, In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coordenador). *Repensando o Direito de Família*. Belo Horizonte: Del rey,1999. p.137.

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE.  
IMPRESCRITIBILIDADE. FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E  
BIOLÓGICA. EFEITOS.

Validade da sentença. Não há falar de nulidade da sentença por ter ocorrido sucinta fundamentação da decisão, a qual afastou as preliminares argüidas quando decidiu pela procedência da ação. Desnecessário ter havido processo prévio para anulação do registro de nascimento da recorrida.

Prescrição. Proibindo a norma constitucional (art.227, §6º) qualquer designação discriminatória relativa à filiação, não se pode conceber da existência de prazo prescricional para averiguação da verdade biológica ao filho que possua pai registral, constituindo direito fundamental a dignidade da sua pessoa.

Mérito. Da filiação socioafetiva. Reconhecida a filiação socioafetiva, a investigação de paternidade procedente não desconstitui o registro paternal, pois a prevalência da socioafetividade faz com que o conhecimento da paternidade biológica não gere seqüela patrimonial. Afastada a mercantilização do afeto.

Verba sucumbencial redimensionada.

Apelo parcialmente provido. Por maioria. (AC N° 70004510483. OITAVA CÂMARA CÍVEL – RS. Rel. Des. Rui Portanova. Dec. Proferida em 31.10.2008)

Portanto, de acordo com o aludido princípio, em caso de conflito entre o vínculo biológico e o afetivo, é este último que determina a paternidade preponderante.

A afetividade implica, ainda, da exclusão do elemento econômico das relações familiares. Repudia-se, portanto, a busca de reconhecimento de vínculo familiar exclusivamente com objetivos patrimoniais.

Não se está aqui a afirmar que não se deve buscar a responsabilização do genitor biológico pelo sustento e manutenção da prole. Ao revés, esta responsabilização, quando inexistente relação de filiação afetiva, atende diretamente ao interesse da criança e do adolescente, que deve ser sempre protegido, conforme adiante se tratará. O que se quer dizer é que o interesse econômico perde o papel determinante no estabelecimento do vínculo familiar, buscando-se, sim, a realização pessoal. Como frisou Luiz Edson Fachin:

Se a lei civil não se refere explicitamente à posse de estado como situação reveladora da filiação, também não o faz quanto à verdade biológica – haja vista os rigores da presunção *pater is est*. Todavia, em nome da verdade dos fatos – em seu aspecto biológico – a jurisprudência foi mitigando esses rigores, conforme já exposto. O mesmo vem sendo feito com relação à verdade socioafetiva.<sup>29</sup>

Assim é que deve ser o princípio da afetividade entendido como um dos pilares da caracterização familiar, entendimento que será determinante para solução dos questionamentos pertinentes às relações parentais.

Nesse contexto, mesmo sendo inquestionável que o direito de família tradicional, fulcrado na ideologia liberal, tomou para si como parâmetro um conceito de filiação que se alicerça na ascendência biológica, hoje não constitui novidade afirmar que o direito de família contemporâneo abraçou a filiação de ordem socioafetiva como o seu principal referencial, logo os originários de inseminação heteróloga, caracterizados pela relação socioafetiva, também estão abarcados por esse princípio constitucional.

#### **2.4. Do princípio da Solidariedade Familiar**

Conforme explica o douto professor Paulo Luiz Neto Lobo Lobo:

A solidariedade, como categoria ética e moral que se projetou para o mundo jurídico, significa um vínculo de sentimento reacionalmente guiado, limitado e autodeterminado que compele à oferta de ajuda, apoiando-se em uma mínima similitude de certos interesses e objetivos, de forma a manter a diferença entre os parceiros na solidariedade.<sup>30</sup>

Este princípio não é responsabilidade apenas dos poderes públicos, mas também da sociedade e de cada um dos seus membros individuais, pela existência social de cada um dos outros membros da sociedade.

A solidariedade social é adotada como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil pelo art. 3º, inc. I, da Constituição Federal de 1988, no sentido de buscar a construção de uma sociedade

---

<sup>29</sup> FACHIN, Luiz Edson. 2003, p. 54.

<sup>30</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. 2008. p. 39.

livre, justa e solidária. Por razões óbvias, esse princípio acaba repercutindo nas relações familiares, visto que a solidariedade deve existir nesses relacionamentos pessoais.

A Constituição de 1988, no capítulo destinado à família, o revela o dever imposto à sociedade, ao Estado, e à família (como entidade e na pessoa de cada membro) de proteção ao grupo familiar (art. 226), à criança e ao adolescente (art. 227) e aos idosos (art. 230).

Acerca do assunto leciona Paulo Luiz Netto Lobo:

A solidariedade do núcleo familiar deve entender-se como solidariedade recíproca dos cônjuges e companheiros, principalmente quanto à assistência moral e material. A solidariedade em relação aos filhos responde à exigência da pessoa de ser cuidada até atingir a idade adulta, isto é, de ser mantida, instruída e educada para sua plena formação social.<sup>31</sup>

Saliente-se, que a imposição de obrigação alimentar entre parentes representa a concretização do princípio da solidariedade familiar, no entanto este princípio não se refere apenas à assistência patrimonial, mas principalmente ao amparo afetivo, moral e psicológico.

Assim, nesse diapasão, impende ressaltar que este princípio tem grande importância no que concerne ao amparo afetivo das relações familiares principalmente nas originárias de reprodução humana assistida.

## **2.5. Do princípio da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente**

Este princípio tem *status* constitucional, tendo o artigo 227, caput, estabelecido que:

é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”, vindo, desta forma, a garantir à criança e ao adolescente direitos próprios à sua condição de pessoas em desenvolvimento.

---

<sup>31</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. 2008. p. 40.

Até então, em nosso ordenamento jurídico, não existia disciplinamento jurídico que considerassem as crianças e adolescentes como sujeitos de direitos próprios à sua condição. Os Códigos de Menores até então vigentes fundamentava-se na doutrina da situação irregular, disciplinando, apenas, os menores em situação de delinquência, bem como aqueles expostos a situações que poderiam levar à delinquência, tal como a carência financeira.

A Constituição de 1988 adotou a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, buscando transformá-los em cidadãos, sujeitos de direitos próprios oponíveis ao Estado, aptos a assegurar o seu pleno desenvolvimento.

Para regulamentar este dispositivo, surgiu a Lei n.º 8.069, de 13 de junho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, que, conforme frisou Josiane Rose Petry Veronese<sup>32</sup>, teve a importante função de não permitir que ele se constituísse em letra morta.

Neste período, houve também a recepção, pelo nosso ordenamento jurídico, da Convenção Internacional dos Direitos da Criança – 1989 - da ONU, cujo artigo 3.1 estabelece que todas as ações relativas aos menores devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.

Deste modo, o Estado tornou-se responsável por assegurar às pessoas uma infância e adolescência sadia, garantindo-lhe, dentre outros, o direito à convivência familiar. Em outras palavras, todo ser humano tem o direito a crescer em um local em que lhe seja dispensada a atenção e carinho necessários ao seu pleno desenvolvimento.

Conforme observado por Heloísa Helena Barbosa, este princípio teve como consequência imediata a plena adoção da paternidade afetiva, na ausência de vínculo biológico. Segundo a autora:

A Lei n.º 8.069/90 assegura à criança e ao adolescente o direito a ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta (art. 19). (...) Parece claro, portanto, à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente que o critério predominante deva ser o biológico.

---

<sup>32</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry. **Filiação adotiva**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). Direito de família contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 608.

Contudo, por força da mesma norma e em nome do melhor interesse da criança, deve prevalecer a paternidade afetiva, em detrimento da biológica, sempre que se revelar como o meio mais adequado de realização dos direitos assegurados à criança e ao adolescente, especialmente de um dos seus direitos fundamentais: o direito à convivência familiar.<sup>33</sup>

De fato, cotejando-se todos os princípios acima expostos, deduz-se que a origem genética não representa o único parâmetro para estabelecimento da relação de filiação. Por outro lado, desvincular em absoluto a filiação da origem genética não representa a melhor solução para o operador do direito. Com efeito, em se assim considerando, ensejar-se-ia a possibilidade dos pais biológicos, principalmente os genitores do sexo masculino, pretenderem eximir-se dos deveres advindos da relação de paternidade sob a alegação de ausência de laços afetivos.

Portanto, é importante frisar que a afetividade, na qualidade de norma de cunho principiológico, não se aplica de forma definitiva, mas, ao revés, pressupõe a observação dos elementos fáticos e jurídicos implicados, para buscar a sua realização de melhor forma possível, buscando, principalmente, harmonizar-se com os demais princípios previstos no ordenamento, em especial o do melhor interesse da criança.

Nessa linha, é possível afirmar que tudo o que venha a ser disciplinado pela futura lei sobre as reproduções assistidas envolva direta ou indiretamente a criança, deve ser decidido em seu interesse, observando sempre o seu “bem-estar psíquico-emocional”. Daí por que sugerimos que a futura lei sobre a matéria proíba terminantemente à criança e ao adolescente o acesso, antes da maioridade, aos dados de sua origem artificial.<sup>34</sup>

Com efeito, as questões relativas à filiação originárias das técnicas de reprodução assistida e todas as conseqüências jurídicas delas advindas devem ser analisadas à luz do princípio constitucional do melhor interesse da criança, motivo pelo qual pode-se alegar que esse princípio constitui importante limite ao exercício indiscriminado ou mesmo abusivo ao direito de reprodução assistida no Brasil.

---

<sup>33</sup> BARBOZA, Heloísa Helena. **Novas relações de filiação e paternidade.**, 1999. p. 141.

<sup>34</sup> KRELL, Olga Jubert Gouveia. 2006. p. 137.

## 2.6. Da proteção constitucional à entidade familiar e do planejamento familiar

Pode-se afirmar que o direito à proteção da família, previsto no art. 226 da Carta de 1988, abarca também o direito à utilização das técnicas de reprodução assistida (“A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”).

Inobstante o texto constitucional silenciar quanto à possibilidade de existência de uma família originária das técnicas de reprodução assistida, ou seja, composta por pessoas impossibilitadas de gerar seus próprios filhos, é possível construir um direito do homem e da mulher à reprodução, seja ela natural ou artificial, enquanto expressão do direito de constituir família.<sup>35</sup>

Contudo, isto não significa que essa interpretação deva ser estendida a qualquer tipo de técnica de reprodução assistida, uma vez que parece duvidoso admitir o uso da fecundação artificial simplesmente pela recusa da pessoa utilizar os meios naturais de reprodução. Nesse contexto, a posição extremada seria a aceitação de um direito de recusa à reprodução natural que se expressaria num direito a recorrer aleatoriamente à reprodução assistida.

No que concerne ao princípio da paternidade responsável, o projeto parental não se limita à simples concepção da criança, mas principalmente materializando-se na educação, afetividade, proteção e total assistência, seja material ou imaterial. Neste diapasão devem ser assumidos os deveres parentais em decorrência do exercício dos direitos reprodutivos, mediante conjunção carnal ou alguma técnica artificial.<sup>36</sup>

Como bem explanou Olga Jubert Gouveia Krell:

Há uma responsabilidade individual tanto da mulher quanto do homem que, no exercício das liberdades inerentes à sexualidade e à reprodução, geram uma nova vida humana que, devem ser priorizado o seu bem-estar físico, psíquico e espiritual, além de todos os direitos fundamentais reconhecidos em seu favor. Assim, o direito ao planejamento familiar não representa apenas o direito fundamental à reprodução, mas, além disso, impõe a

---

<sup>35</sup> KRELL, Olga Jubert Gouveia. 2006, p. 105.

<sup>36</sup> GAMA, Guilherme C. Nogueira da. **A nova filiação**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003. p. 453.

responsabilidade no campo das relações de parentabilidade e filiação.<sup>37</sup>

Assim, plasmado na Magna Carta como base constitucional da construção de um direito ao uso da reprodução assistida preceitua o art. 226, § 7º:

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais e privadas.

Nesse contexto o planejamento familiar consiste na idéia de controle de nascimentos, contracepções, esterilização e outros meios que agem diretamente sobre as funções reprodutivas do homem e da mulher. A ênfase atribuída à autonomia do casal no texto constitucional aponta que o indivíduo tem o direito de escolher os meios de planejar a sua vida reprodutiva.<sup>38</sup>

Com efeito, saliente-se que o reconhecimento constitucional da reprodução assistida encontra-se fundamento no direito a constituir uma família, estreitamente vinculado ao direito ao planejamento familiar. Assim, verifica-se uma expressa exigência da Constituição na observância do princípio da dignidade humana para a concretização do planejamento familiar.

Destarte, pode-se afirmar que a aspiração compreensível de gerar seus próprios filhos com o fito de constituir uma família com prole, aliado ao planejamento familiar adequado às necessidades do casal, é fator elementar que justifica o pretense direito fundamental à reprodução assistida.<sup>39</sup>

### 3. Considerações Finais

Reconhecida a nova tábua de valores prescrita pelo Constituinte, constata-se a fluidez dos fatores determinantes da

---

<sup>37</sup> KRELL, Olga Jubert Gouveia. 2006, p. 106.

<sup>38</sup> BRAUNER, M. Claudia Crespo. Direitos sexuais e reprodutivos: uma abordagem a partir dos direitos humanos. In MEZZADORA, Oribes (org). **Humanismo latino e Estado no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003. p. 402.

<sup>39</sup> KRELL, Olga Jubert Gouveia. 2006, p. 109.

relação jurídica paterno-filial. É patente a multiplicidade de parâmetros, forçando o aplicador do direito a uma análise mais profunda de cada situação específica, sempre dando ênfase à questão da afetividade, por ser o eixo em torno do qual se delineiam as relações familiares.

De fato, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre os filhos, da afetividade e do melhor interesse da criança subverteram a civilística tradicional, deixando o matrimônio ou a genética de serem determinantes para o reconhecimento da parentalidade.

Partindo dessas novas premissas, é preciso, para a determinação de paternidade, buscar-se caso a caso a harmonização daqueles princípios, atendendo-se, sempre, à razoabilidade e proporcionalidade balizadoras da interpretação principiológica, mormente ante a insuficiência e deficiência das normas infraconstitucionais quando em confronto com a diversidade de situações reais com que se depara o operador do direito.

Neste universo de situações reais cada vez mais singulares, notável se revela a influência da doutrina da filiação socioafetiva como método de solução de controvérsias relacionadas à determinação do vínculo de paternidade.

Com efeito, nesses casos, normalmente o elemento volitivo irá criar o vínculo paterno-filial entre o genitor que deseja o filho e o eventual doador de material genético, com a exclusão de qualquer vínculo jurídico familiar entre os sujeitos possuidores de vínculos biológicos, ou seja, entre a criança nascida por meio de métodos de reprodução assistida e o doador. Trata-se, como se afirmou na doutrina, da maternidade ou paternidade de intenção, revelada na vontade que os receptores manifestaram de gerar a criança e que os doadores manifestaram de abrir mão do vínculo familiar com a mesma.

Firmar o vínculo jurídico com base na intenção é, indubitavelmente, a solução que, predominantemente, será a que atenderá ao melhor interesse da criança, posto que, nas relações humanas, nenhum valor poderá sobrepujar o afeto que decerto permeará as relações assim estabelecidas.



## **PODE O MAGISTRADO DAR PROSSEGUIMENTO AO FEITO CRIMINAL EM QUE O MINISTÉRIO PÚBLICO ABANDONA, FUNDAMENTADAMENTE, A ACUSAÇÃO INICIALMENTE FORMULADA?**

### **O SISTEMA ACUSATÓRIO COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL.**

---

**Luiz de Albuquerque Medeiros Neto**

Pós-graduando em Ciências Penais. Advogado Criminalista.

*A obediência ao Estado de Direito está acima de qualquer histeria punitiva, de qualquer aparato de caça às bruxas sem contemplação na ordem jurídica, ainda que sob os aplausos da opinião pública conduzida pela opinião publicada.*

SAULO RAMOS<sup>(\*)</sup>

### **SUMÁRIO**

#### 1. Introdução. 2.

Recentemente fui contratado para elaborar a defesa de um cidadão preso em flagrante e posteriormente denunciado pelo Ministério Público estadual devido à suposta prática dos crimes de associação ao tráfico ilícito de substância entorpecente e de falsa identidade, infrações positiva e respectivamente previstas no art. 35 da Lei nº. 11.343/2006 e no art. 307 do Código Penal brasileiro.

Ocorre que o nobre promotor de Justiça com atuação no caso se convenceu, após analisar o teor da defesa preliminar por mim apresentada, que meu constituinte na verdade não poderia ter sido denunciado pela suposta prática do crime de associação ao tráfico (art. 35 da Lei 11.343/2006), uma vez não terem restado efetivamente demonstrados, ainda que de forma indiciária, os elementos indispensáveis à caracterização desta figura delitiva (permanência e estabilidade do vínculo entre os sujeitos), oportunidade em que concluiu que a inicial acusatória deveria ser rejeitada, sem prejuízo de que, após o surgimento de novas provas, outra denúncia fosse ofertada.

---

<sup>(\*)</sup> Ramos, Saulo. *Código da Vida*. Ed Planeta. 4. reimpressão. p. 173.

Percebe-se, portanto, que o representante do órgão estatal responsável pela persecução penal que inicialmente oferecera a denúncia voltou atrás no seu entendimento, sustentando que o paciente realmente não deveria ter sido nem mesmo denunciado.

Não obstante isso, o magistrado responsável pelo feito resolveu por dar-lhe prosseguimento, sob o argumento de que, na sua ótica, seria prematuro e açodado decidir pela rejeição da denúncia – denúncia que continha uma acusação já inexistente em virtude da superveniente manifestação ministerial – naquele momento processual.

Irresignado, impetrei ordem de *habeas corpus* perante o egrégio Tribunal de Justiça local, requerendo a concessão de medida liminar no sentido de ser susgado o processamento do feito, pleiteando, quanto ao mérito, o seu trancamento.

Tal ação constitucional impugnativa de *habeas corpus* fora impetrada sob o fundamento de que o magistrado de primeiro grau não poderia ter feito o que fez. E por quê? Vejamos.

Vários são os princípios que regem a ação penal pública. Fernando da Costa Tourinho Filho<sup>1</sup> traz a seguinte lista: a) oficialidade; b) indisponibilidade; c) legalidade ou obrigatoriedade; d) indivisibilidade e, e) intranscendência. Dois desses princípios possuem grande relevância para a análise do tema de que aqui se cuida, quais sejam o da obrigatoriedade e o da indisponibilidade.

O primeiro, como a própria denominação está a indicar, impõe ao Ministério Público o dever, e não a faculdade, de promover a ação penal sempre que obtiver conhecimento da prática de crime, exceto quando tratar-se de delito a que se proceda mediante ação penal pública condicionada a representação ou requisição, hipóteses em que somente poderá atuar quando devidamente autorizado (condição de procedibilidade). Tal princípio, enfim, encontra seu fundamento na máxima de que “*os delitos não podem ficar impunes*”.

Percebe-se, pois, que a propositura de ação penal pública, seja condicionada ou incondicionada, não está sujeita ao julgamento, pelo órgão ministerial, da sua conveniência ou oportunidade, como acontece na Alemanha e na França, países cuja legislação processual penal

---

<sup>1</sup> FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Manual de Processo Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 120

autoriza que o Ministério Público, em casos de infrações leves ou quando suas consequências forem insignificantes, se abstenha na propositura de ação penal.

O princípio da indisponibilidade, por sua vez, proíbe que o órgão estatal responsável pela propositura da ação penal pública dela venha posteriormente a desistir. Aliás, o próprio Código de Processo Penal brasileiro adota expressamente o mencionado princípio, é o que se depreende da literalidade de seu art. 42, onde se encontra estabelecida a regra de que “*O Ministério Público não poderá desistir da ação penal*”.

Conforme leciona Jorge de Figueiredo Dias, essa regra legislativa processual penal foi instituída com a finalidade precípua e republicana de preservar “*os fundamentos essenciais do Estado de Direito, porquanto põe a Justiça Penal a salvo de suspeitas e tentações de parcialidade e arbítrio*”<sup>2</sup>. E mais:

Se fosse possível aos órgãos públicos encarregados do procedimento penal apreciar a conveniência de seu exercício e omiti-la por inoportuno, avolumar-se-ia o perigo do aparecimento de influências externas, da ordem mais diversa, na administração da Justiça Penal e, mesmo quando tais influências não lograssem impor-se, ocorreria o perigo de diminuir (ou desaparecer) a confiança da comunidade na incondicional objetividade daquela administração.<sup>3</sup>

Dessa forma, outra conclusão não há senão a de que o Ministério Público, além de estar legalmente obrigado a promover a ação penal pública, seja condicionada ou incondicionada, dela não poderá supervenientemente desistir.

Não obstante isso, nada impede que o representante do *Parquet* com atuação no processo se convença, após uma análise mais aprofundada dos fatos, de que não há justa causa para a ação penal, oportunidade em que poderá, fundamentada e motivadamente, requerer o seu arquivamento.

---

<sup>2</sup> Apud VALE, Ionilto Pereira do. *Princípios Constitucionais do Processo Penal na visão do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Editora Método, 2009, p. 425.

<sup>3</sup> Apud VALE, Ionilto Pereira do. 2009, p. 425.

Nesse caso não haveria que se falar propriamente em “desistência” da ação penal pública proposta, mais sim num superveniente e fundamentado juízo sobre o acerto da acusação contida na denúncia inicialmente apresentada, isso porque, se é certo que o Ministério Público não pode desistir da ação penal por ele tentada, também é certo que não está obrigado a sempre e sempre perseguir a condenação do réu. Do contrário estaríamos a afirmar, por exemplo, que o órgão ministerial jamais poderia requerer a absolvição do denunciado ou o arquivamento do processo crime a que responde, mesmo que esteja absolutamente convencido de sua inocência, o que seria um absurdo a transformar o processo penal numa iniquidade.

Vê-se, portanto, que o Código de Processo Penal brasileiro apenas proíbe que o Ministério Público desista graciosamente da ação penal que promoveu. Nesse caso, sim, estar-se-ia admitindo a violação dos princípios republicanos que norteiam e devem nortear as atividades das instituições de um Estado Democrático de Direito.

Dito isso, prossigo.

Relevantíssima questão encontra-se, já há algum tempo, sendo discutida exaustivamente pela doutrina processual penal brasileira. Alguns defendem que sim, outros argumentam que não, outros nem que sim nem que não. Mas que questão tão relevante seria essa? Respondo: a de se saber se o processo penal brasileiro adotou ou não o sistema acusatório de persecução penal, o que, dentre outras coisas, impediria que o magistrado ou o tribunal fizesse as vezes do Ministério Público, ao mesmo tempo acusando e julgando.

Pois bem, como assinalado, há autores que afirmam que o processo penal brasileiro está fundado no sistema acusatório, outros argumentam que o processo penal brasileiro está sedimentado num sistema eminentemente inquisitivo, outros, porém, asseveram que o sistema adotado teria sido o misto, verdadeira fusão entre os sistemas acusatório e inquisitivo.

A mim me parece que o Código de Processo Penal brasileiro adotara sim o sistema inquisitivo de persecução penal. Não há que se falar em sistema misto ou bifásico, verdadeira monstruosidade – cobra de duas cabeças – jurídica criada em França por Napoleão – Code d’Instruction Criminelle de 1808 –, em que haveria uma fase pré-processual inquisitória e uma fase processual de caráter acusatório, sem

olvidar o reconhecimento, ao julgador, dos poderes investigatórios. Aliás, como adverte Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, o sistema misto “*Serviu a Napoleão, um tirano; serve a qualquer senhor; não serve a (sic) democracia*”.<sup>4</sup>

Na verdade, o núcleo de distinção entre o sistema inquisitório e o acusatório é, sem dúvida, a gestão da prova (princípio informador dos mencionados sistemas). No primeiro, inquisitório, ao juiz são reconhecidos poderes instrutórios, enquanto no segundo, acusatório, o magistrado deve manter-se alheio à atividade probatória, somente reconhecida às partes.

Se assim o é, como o Código de Processo Penal brasileiro admite que o juiz produza prova (ex.: art. 156 do CPP), demonstrada está a adoção do modelo inquisitório de persecução penal, em evidente desrespeito ao apotegma garantista do “*ne procedat iudex ex officio*”, proibição absolutamente salutar e em consonância com os anseios de um Estado Democrático de Direito, sobretudo em se tratando de questão atinente à produção de prova.

Na verdade, ao intrometer-se na atividade probatória o magistrado perde a imparcialidade indispensável a todo e qualquer julgador e retira a legitimidade da decisão que se espera isenta. Afinal, quem investiga, como faz o juiz-inquisidor, sabe o que quer e o que irá encontrar, pois, conforme adverte Geraldo Prado, “*a ação voltada à introdução do material probatório é precedida da consideração psicológica pertinente aos rumos que o citado material, se efetivamente incorporado ao feito, possa determinar*”.<sup>5</sup> Mais: “*quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador*”.

O que se percebe é que ao tomar para si a atribuição de investigar, iniciar a produção de prova ou simplesmente declará-la desnecessária, o magistrado que irá julgar a causa, até mesmo de forma

---

<sup>4</sup> Apud. JR., Aury Lopes. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Vol. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 66.

<sup>5</sup> Apud. JR., Aury Lopes. *Introdução crítica ao processo penal – Fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2010, p. 171/172.

inconsciente, se afasta, ou melhor, suprime de si mesmo o requisito da imparcialidade, aqui dita em seu sentido objetivo.

Não obstante isso, a Constituição da República de 1988, ao contrário, optou claramente pela adoção do sistema acusatório (art. 5º, LV), o que nos faz concluir que muitos dos artigos que compõem o CPP (inclusive e sobretudo o art. 156) são inconstitucionais, e é exatamente por isso que a jurisprudência mais moderna e recomendada tem anulado os processos em que tais artigos são aplicados com a finalidade de, por exemplo, legitimar a produção de prova determinada de ofício pelo magistrado, senão vejamos:

ATENTADOS AO PUDOR CONTINUADOS.  
SISTEMA ACUSATÓRIO. GESTÃO DA PROVA.  
TESTEMUNHA OUVIDA DE OFÍCIO PELO JUIZ.  
NULIDADE. FRAGILIDADE PROBATÓRIA. ABSOLVIÇÃO.  
1. A oficiosidade do Juiz na produção de prova, mesmo que sob a escusa da pretensa busca da “verdade real”, é procedimento eminentemente inquisitório e que agride o critério basilar do Sistema Acusatório: a gestão da prova como encargo específico da acusação e da defesa. Precedentes da Câmara. (...) Deram provimento ao apelo. UNÂNIME. (Apelação Crime Nº 70026105965, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 17/09/2008)

Aliás, ao julgar a ordem de *habeas corpus* n.º 94.641/BA, o Supremo Tribunal Federal pontificou o entendimento de que o magistrado que oficiosamente atua na fase preliminar de investigação, produzindo provas pessoalmente, não poderá julgar a ação penal instaurada em decorrência dos elementos indiciários colhidos:

EMENTA: HABEAS CORPUS. Processo Penal. Magistrado que atuou como autoridade policial no procedimento preliminar de investigação de paternidade. Vedação ao exercício jurisdicional. Impedimento. Art. 252, incisos I e II, do Código de Processo Penal. Ordem concedida para anular o processo desde o recebimento da denúncia. (STF. HC 94641/BA. Rel. p/ac Min. Joaquim Barbosa. DJ 11.11.2008)

E o voto proferido pelo eminente ministro Cezar Peluso, acompanhando a divergência inaugurada pelo ministro Joaquim

Barbosa, coloca à mostra a incompatibilidade existente entre o magistrado que investiga e julga e a garantia constitucional da imparcialidade do juiz, aqui dita em sua vertente objetiva:

(...) Caracteriza-se, portanto, hipótese exemplar de ruptura da situação de imparcialidade objetiva, cuja falta incapacita, de todo, o magistrado para conhecer e decidir a causa que lhe tenha sido submetida, em relação à qual a incontornável predisposição psicológica nascida de profundo contato anterior com as revelações e a força retórica da prova dos fatos o torna concretamente incompatível com a exigência de exercício isento da função jurisdicional. Tal qualidade, carente no caso, diz-se objetiva, porque não provém de ausência de vínculos juridicamente importantes entre o juiz e qualquer dos interessados jurídicos na causa, sejam partes ou não (imparcialidade dita subjetiva), mas porque corresponde à condição de originalidade da cognição que irá o juiz desenvolver na causa, no sentido de que não haja ainda, de modo consciente ou inconsciente, formado nenhuma convicção ou juízo prévio, no mesmo ou em outro processo, sobre os fatos por apurar ou sobre a sorte jurídica da lide por decidir. Como é óbvio, sua perda significa falta da isenção inerente ao exercício legítimo da função jurisdicional.

E mais: ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.570, intentada pela União, o órgão pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu e declarou a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei 9.034/95, disposição normativa que atribuía ao juiz competência para, de ofício e pessoalmente ir à busca de provas que posteriormente valoraria para julgar a causa penal, de acordo com o teor da ementa:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. ACÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. “JUIZ DE INSTRUÇÃO”. REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL.

1. Lei 9034/95. Superveniência da Lei Complementar 105/01. Revogação da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras. 2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao devido processo legal. 3. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VIII e § 2º; e 144, § 1º, I e IV, e § 4º). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes. Ação julgada procedente, em parte. (STF. ADI 1570. Rel. Min. Maurício Corrêa. DJ 12.02.2004)

No mesmo sentido tem pontificado a jurisprudência - ainda vacilante - do Superior Tribunal de Justiça quanto à inversão da ordem de inquirição das testemunhas arroladas pelas partes, reconhecendo e declarando a nulidade da audiência em que o magistrado, não obstante a previsão normativa contida no *caput* e parágrafo único do art. 212 do Código de Processo Penal, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº. 11.690/2008, inicia a inquirição, senão vejamos:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. NULIDADE. RECLAMAÇÃO AJUIZADA NO TRIBUNAL IMPETRADO. JULGAMENTO IMPROCEDENTE. RECURSO INTERPOSTO EM RAZÃO DO RITO ADOTADO EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. INVERSÃO NA ORDEM DE FORMULAÇÃO DAS PERGUNTAS. EXEGESE DO ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.690/08. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONSTRANGIMENTO EVIDENCIADO.

1. A nova redação dada ao art. 212 do Código de Processo Penal, em vigor a partir de agosto de 2008, determina que as vítimas, testemunhas e o interrogado sejam perquiridos direta e primeiramente pela acusação e na sequência pela defesa, possibilitando ao magistrado complementar a inquirição quando entender necessários esclarecimentos.

2. Se o Tribunal admite que houve a inversão no mencionado ato, caracteriza constrangimento, por ofensa ao devido processo

legal, sanável pela via do habeas corpus, o não acolhimento de reclamação referente à apontada nulidade.

3. A abolição do sistema presidencial, com a adoção do método acusatório, permite que a produção da prova oral seja realizada de maneira mais eficaz, diante da possibilidade do efetivo exame direto e cruzado do contexto das declarações colhidas, bem delineando as atividades de acusar, defender e julgar, razão pela qual é evidente o prejuízo quando o ato não é procedido da respectiva forma.

4. Ordem concedida para anular a audiência de instrução e julgamento reclamada e os demais atos subsequentes, determinando-se que outra seja realizada, nos moldes do contido no art. 212, do Código de Processo Penal. (STJ. HC 137089/DF. 5ª T. Rel. Min. Laurita Vaz. DJe 02.08.2010)

Portanto, o magistrado, no sistema processual acusatório adotado pela Constituição da República de 1988, não pode se travestir de inquisidor, imiscuindo-se indevidamente na fase de investigação, agindo, até mesmo, de maneira oficiosa, o que lhe acarreta a perda da imparcialidade objetiva, requisito de legitimação indispensável ao julgador. A produção do material probatório, enfim, é atribuição exclusiva das partes interessadas.

Como visto linhas acima, embora o Código de Processo Penal brasileiro tenha adotado sistema inquisitivo de persecução penal, tal modelo não fora recepcionado pela Constituição da República de 1988, o que torna forçosa a conclusão de que inúmeras disposições normativas da legislação processual penal ordinária padecem do vício insanável da inconstitucionalidade, destituídas, pois, de legítima aplicabilidade, conforme leciona Aury Lopes Jr., para quem “*são substancialmente inconstitucionais todos os artigos do CPP que atribuem poderes instrutórios e/ou investigatórios ao juiz.*”<sup>6</sup>

Na verdade, o processo penal, numa leitura constitucional, deve ser visto e tratado como instrumento finalisticamente dirigido à garantia da máxima eficácia dos direitos fundamentais, em especial o da liberdade.<sup>7</sup> Na mesma linha de raciocínio é o que assevera, com a proficiência de sempre, Geraldo Prado, para quem se trata o processo

---

<sup>6</sup> JR., Aury Lopes. 2010, p. 171.

<sup>7</sup> JR., Aury Lopes. 2008, p. 25.

penal de um verdadeiro e indispensável instrumento a serviço da realização do projeto democrático.<sup>8</sup>

Pois bem, além de impedir que os juízes produzam o material probatório que posteriormente irão valorar para embasar a decisão, o sistema constitucional acusatório proíbe que o magistrado faça as vezes do promotor de Justiça. É dizer, as funções de julgar e acusar foram constitucionalmente atribuídas a pessoas diversas. Não se cogita mais que o mesmo órgão ou pessoa promova a acusação e posteriormente a julgue.

Essa separação, absolutamente salutar e em consonância com os anseios de um Estado democrático, impede, também, que o juiz ou tribunal proceda de ofício, em razão da proibição contida na máxima “*ne procedat iudex ex officio*”, reitero. Conseqüência lógica dessa proibição é o que estabelece o axioma A8 da Teoria do Garantismo Penal, onde se encontra previsto que “*nullum iudicium sine accusatione*” (não há processo sem acusação).

Toda essa exposição nos leva à conclusão de que o recebimento da denúncia no caso retratado seria algo juridicamente impossível. É que, no momento em que o Ministério Público se manifestou, fundamentadamente, pela rejeição da inicial acusatória, o magistrado nada mais poderia fazer a não ser rejeitá-la.

Neste ponto, os argumentos sustentados pelo promotor de Justiça ao se manifestar sobre a defesa preliminar apresentada não poderiam ser tratados como um simples requerimento, a depender de deferimento ou indeferimento, mas sim como uma deliberação ministerial que vincula o magistrado, pois do contrário estaria este último a ofertar a denúncia e a recebê-la, subtraindo para si a titularidade da ação penal, o que violaria o sistema acusatório adotado pela Constituição da República, porquanto, conforme se depreende do art. 129, I, da Carta Política, compete privativamente ao Ministério Público a promoção da ação penal pública. É o que os Tribunais pátrios, inclusive o STF, têm decidido, vejamos:

EMENTA: REPRESENTAÇÃO CRIMINAL CONTRA JUIZ DE DIREITO. CRIME DE PREVARICAÇÃO. PROMOÇÃO PELO ARQUIVAMENTO DA REPRESENTAÇÃO. Tratando-se de

---

<sup>8</sup> Apud. JR., Aury Lopes. 2008, p. 25.

crime de ação pública, como é o caso do delito de prevaricação descrito no art. 319 do Código Penal, de competência originária do Tribunal de Justiça por envolver Juiz de Direito no exercício de suas funções, requerido o arquivamento da representação pelo Procurador-Geral de Justiça mediante promoção fundamentada, cumpre ao Tribunal deferir o pedido, como desdobramento do sistema acusatório que confia ao Ministério Público a iniciativa privativa da ação penal pública (Constituição Federal, art. 129, inciso I). Arquivamento de terminado. (Intervenção Federal no Estado Nº 70017527946, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vladimir Giacomuzzi, Julgado em 19/03/2007)

EMENTA: INQUÉRITO E PEÇAS CONSUBSTANCIADORAS DE "NOTITIA CRIMINIS" – ARQUIVAMENTO REQUERIDO PELO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, QUE NÃO VISLUMBRA A OCORRÊNCIA DE ILÍCITO PENAL – IMPOSSIBILIDADE DE FORMAÇÃO DA "OPINIO DELICTI" – IRRECUSABILIDADE DESSE PEDIDO DE ARQUIVAMENTO – DECISÃO DO RELATOR QUE DEFERE A POSTULAÇÃO DEDUZIDA PELO CHEFE DO MINISTÉRIO PÚBLICO – ATO DECISÓRIO IRRECORRÍVEL – RECURSO NÃO CONHECIDO. O PEDIDO DE ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL, MOTIVADO PELA AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE PERMITAM AO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA FORMAR A "OPINIO DELICTI", NÃO PODE SER RECUSADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – Se o Procurador-Geral da República requer o arquivamento de inquérito policial, de peças de informação ou de expediente consubstanciador de "notitia criminis", motivado pela ausência de elementos que lhe permitam formar a "opinio delicti", por não vislumbrar a existência de infração penal (ou de elementos que a caracterizem), essa promoção não pode deixar de ser acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, pois, em tal hipótese, o pedido emanado do Chefe do Ministério Público da União é de atendimento irrecusável. Doutrina. Precedentes. (...) (STF. Pet 2506 AgR/MG. Rel. Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. DJ 18.02.2004)

Vê-se, portanto, que a jurisprudência tem reconhecido que, quando o Ministério Público pede o arquivamento do feito em razão da

inexistência de indícios de autoria, não cabe ao magistrado fazer considerações sobre a manifestação ministerial que lhe vincula, e, caso não concorde com tal posicionamento, deve proceder nos termos do art. 28 do CPP, não podendo, pura e simplesmente, dar prosseguimento ao feito, conforme se verifica dos seguintes precedentes: (STF. Inq. 2341 QO/MT. Rel. Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. DJ 28.6.2007); (STF. 1939/BA. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. DJ 03.3.2004); (STF. Pet 2506 AgR/MG. Rel. Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. DJ 18.2.2004); (STF. Inq. 1030 QO/DF. Rel. Min. Néri da Silveira. Tribunal Pleno. DJ 20.6.1996); (Correição Parcial Nº 70037457116, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jaime Piterman, Julgado em 14.10.2010); (Correição Parcial Nº 70027332022, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em 11.02.2009); (Intervenção Federal no Estado Nº 70017527946, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vladimir Giacomuzzi, Julgado em 19.3.2007).

Aliás, no voto proferido pelo ministro Gilmar Mendes quando do julgamento da Questão de Ordem no Inquérito n. 2341/MT encontram-se colacionados os seguintes precedentes jurisprudenciais sobre o caso: (STF - INQ nº 510/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, unânime, DJ 19.4.1991); (STF - INQ nº 719/AC, Rel. Min. Sydney Sanches, Plenário, unânime, DJ 24.9.1993); (STF - INQ nº 851/SP, Rel. Min. Néri da Silveira, Plenário, unânime, DJ 6.6.1997); (STF - HC nº 75.907/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, maioria, DJ 9.4.1999); (STF - HC nº 80.560/GO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, unânime, DJ 30.3.2001); (STF - INQ nº 1.538/PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, unânime, DJ 14.9.2001); (STF - HC nº 80.263/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, unânime, DJ 27.6.2003); (STF - INQ nº 1.608/PA, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, unânime, DJ 6.8.2004); (STF - INQ nº 1.884/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, maioria, DJ 27.8.2004); (STF - INQ (QO) nº 2.044/SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, maioria, DJ 8.4.2005); e (STF - HC nº 83.343/SP, 1ª Turma, unânime, DJ 19.8.2005).

No entanto, a jurisprudência emanada do Supremo Tribunal Federal (STF. Inq. 2341 QO/MT. Rel. Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. DJ 28.6.2007) tem reconhecido duas hipóteses em que, não obstante a manifestação no sentido do arquivamento das peças de

investigação, levada a efeito pelo chefe do Ministério Público (PGR ou PGJ, a depender da competência), estará o Tribunal autorizado a, analisando o mérito, não acolher o parecer. São elas: a) atipicidade da conduta e b) prescrição da pretensão punitiva.

Essas exceções têm como finalidade - tecnicamente duvidosa - inviabilizar o surgimento de coisa julgada material, a impossibilitar uma posterior persecução penal.

Na prática, ao supervenientemente se manifestar, de forma fundamentada, pela rejeição da denúncia que inicialmente ofertara, o nobre promotor de Justiça acabou por retirar, suprimir ou extinguir dos autos a pretensão acusatória do Estado. Dito de outra forma, a partir do momento em o representante do *Parquet* opinou pela rejeição da denúncia, a acusação nela contida deixou de existir.

Nesse caso, portanto, está-se diante de um processo crime sem acusação formal, um absurdo tão ululante quanto constitucionalmente inconcebível. Ademais, o art. 564, III, “a”, do Código de Processo Penal estabelece que ocorrerá nulidade do processo criminal quando inexistente a denúncia, a acusação, senão vejamos:

Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

(*omissis*)

III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

a) a denúncia ou a queixa e a representação e, nos processos de contravenções penais, a portaria ou o auto de prisão em flagrante;

Nem seja dito que o art. 385 do Código de Processo Penal pode ser aplicado analogicamente. Este artigo, ao autorizar que o magistrado condene não obstante tenha o Ministério Público pleiteado a absolvição, revela-se disposição normativa absolutamente violadora do modelo acusatório adotado pela Constituição da República, cuja aplicação encerraria uma afronta a todas as garantias constitucionais que fundam um Estado Democrático de Direito. Não é outra a lição de Aury Lopes Jr.:

Sem embargo de tais limitações, entendemos que se o MP pedir a absolvição (já que não pode desistir da ação) a ela está vinculado o juiz.

O poder punitivo estatal está condicionado à invocação feita pelo MP através do exercício da pretensão acusatória. Logo, o pedido

de absolvição equivale ao não-exercício da pretensão acusatória, isto é, o acusador está abrindo mão de proceder contra alguém.

Como consequência, não pode o juiz condenar, sob penas de exercer o poder punitivo sem a necessária invocação, no mais claro retrocesso ao modelo inquisitivo.<sup>9</sup>

E arremata:

É absurda a regra prevista no art. 385 do CPP, que prevê a possibilidade de o Juiz condenar ainda que o Ministério Público peça a absolvição, o que significa uma clara violação ao Princípio da Necessidade do Processo Penal, fazendo com que a punição não esteja legitimada pela prévia e integral acusação, ou, melhor ainda, pleno (sic) exercício da pretensão acusatória.

(...)

Dessa forma, pedida a absolvição pelo Ministério Público, necessariamente a sentença deve ser de extinção do feito sem julgamento do mérito (ou ao menos absolutória, considerando a lacuna legislativa), pois na verdade o acusador está deixando de exercer sua pretensão acusatória, impossibilitando assim, a efetivação do poder (condicionado) de penar.<sup>10</sup>

Na verdade, se o magistrado de primeiro grau efetivamente possuísse o entendimento de que haveria indícios suficientes de autoria quanto à prática do crime de associação ao tráfico (art. 35 da Lei 11.343/2006) – o que parece ser o caso –, entendimento diverso daquele manifestado pelo promotor de Justiça, consistente na ausência de elementos indiciários mínimos, deveria remeter os autos ao Procurador Geral de Justiça, conforme estabelece o art. 28 do CPP, e não simplesmente prosseguir no processamento do feito, como o fez. Nesse sentido tem pontificado a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, vejamos:

EMENTA: CORREIÇÃO PARCIAL – MISTURA DE RITOS – REJEIÇÃO – LEI ESPECIAL DE DROGAS Nº. 11.343/06 – PEDIDO DE ARQUIVAMENTO EFETUADO PELO PROMOTOR DE JUSTIÇA EM RELAÇÃO AOS FATOS DE LESÃO CORPORAL E DESOBEDIÊNCIA – DISCORDÂNCIA DO MAGISTRADO – PEDIDO DE DILIGÊNCIAS

---

<sup>9</sup> JR., Aury Lopes. 2008, p. 103.

<sup>10</sup> Idem. p. 104/105.

IMPOSSIBILIDADE – ARTIGO 28 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ACOLHIMENTO DA CORREIÇÃO PARCIAL. (...) Promoção de arquivamento pelo Ministério Público. Não concordando a MMª Juíza de Direito com o pedido de arquivamento efetuado pelo agente ministerial em relação aos delitos de desobediência e resistência, cumpria à Magistrada, nos termos do artigo 28 do Código de Processo Penal, fazer remessa do inquérito ao Procurador-Geral, para as providências cabíveis elencadas no referido dispositivo de lei. CORREIÇÃO PARCIAL ACOLHIDA. (Correição Parcial Nº 70037457116, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jaime Piterman, Julgado em 14/10/2010)

EMENTA: CORREIÇÃO PARCIAL. PEDIDO DE ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. DETERMINAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PELA MAGISTRADA. Requerido o arquivamento do inquérito, pelo Ministério Público, ao magistrado cabe acolhê-lo, abstendo-se de adentrar no mérito das razões que levaram aquele órgão a entender pela insuficiência de elementos ao oferecimento da denúncia, ou, então, remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça, que insistirá no pedido de arquivamento, vinculando o juiz, ou nomeará outro Promotor de Justiça para oferecer a denúncia. Únicas exceções a essa regra dizem com pedido de arquivamento fundado na prescrição da pretensão punitiva ou atipicidade da conduta, que, por fazerem coisa julgada material, não vinculam o magistrado. Precedentes. Hipótese na qual, conquanto o pedido tenha por fundamento a ausência de elementos suficientes à propositura da ação penal, a magistrada relegou a análise do pleito para momento posterior, de ofício ordenando diligências, assim omitindo-se em relação ao pedido do Parquet. Decisão que importou na inversão tumultuária dos atos e fórmulas processuais. CORREIÇÃO PARCIAL JULGADA PROCEDENTE, ao fim de determinar que a magistrada a quo proceda conforme determina o art. 28 do CPP. (Correição Parcial Nº 70027332022, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em 11/02/2009)

Aliás, o mais absurdo é que todo esse quadro nos leva à conclusão de que no caso retratado o direito à ampla defesa, reconhecido aos acusados em geral, foi negado ao meu constituinte. Isso porque, se não havia acusação formalmente válida, do que ele deveria se defender? Se se quer reconhecer legitimidade à situação acima

retratada, a resposta seria a de que deveria meu constituinte se defender do despacho que, exarado pelo magistrado de primeira instância, determinou o prosseguimento do feito originário, o que implicaria, conseqüentemente, a declaração de que o juiz pode acusar e julgar, numa nítida violação às garantias constitucionais processuais penais mais elementares.

Sendo assim, considerando que o promotor de Justiça que ofertou a denúncia se manifestou, supervenientemente, pela rejeição da inicial acusatória; considerando que a Constituição da República de 1988 adotou o sistema acusatório de persecução penal; e considerando, finalmente, que o magistrado não pode agir de ofício e tomar para si o ônus acusatório, outra conclusão não há senão a de que a “ação penal” aqui retratada deveria ser trancada por ausência de uma pretensão acusatória formalmente válida.

## **ADOÇÃO E O DIREITO CONSTITUCIONAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR**

---

**Maria Berenice Dias**

Advogada especializada em Direito das Famílias, Sucessões e Direito Homoafetivo. Ex-Desembargadora do Tribunal de Justiça-RS. Vice-Presidenta Nacional do IBDFAM. [www.mariaberenice.com.br](http://www.mariaberenice.com.br)

Ninguém duvida que é necessário fazer algo diante de um dos maiores problemas sociais brasileiro: as milhares crianças e adolescentes que se encontram em abrigos, à espera de um lar.

Quando os pais não assumem ou foram afastados dos encargos decorrentes do poder familiar, a responsabilidade para com este enorme contingente de cidadãos do amanhã precisa ser assumido por todos. Daí o número crescente de programas tanto do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, como da Associação Brasileira de Magistrados – AMB incentivando a adoção. Afinal não existe outra forma de dar efetividade ao comando constitucional que assegura a crianças e adolescentes, com prioridade absoluta, o direito à convivência familiar.

No entanto, sucessivas alterações no Estatuto da Criança e do Adolescente e a falta de sensibilidade de alguns juízes e promotores acabam praticamente por inviabilizar a adoção. O intuito de proteger acaba por burocratizar de tal forma os sucessivos e morosos procedimentos, que a adoção se torne um verdadeiro calvário, não só para quem quer adotar, mas principalmente para quem anseia por uma família.

É absolutamente equivocada o prestígio que se empresta à família natural, quando se busca manter, a qualquer preço, o vínculo biológico, na vã tentativa de manter os filhos sob a guarda dos pais ou dos parentes que constituem a chamada família estendida.

Essas infrutíferas tentativas fazem com que as crianças, ao serem rejeitados por seus pais e parentes, acumulem sucessivas perdas e terrível sentimento de abandono que trazem severas sequelas psicológicas. Somente depois de vencida esta etapa é que tem início a ação de destituição do poder familiar. Finalizado o processo, que por vezes demora anos, é que finalmente ocorre a inscrição no cadastro da adoção, permanecendo a criança institucionalizada às vezes por muitos anos. Neste percurso ela perde a sua infância, período mais significativo para o sadio desenvolvimento e a construção da própria identidade.

Ela cresce e geralmente perde a possibilidade de ser adotada, pois o interesse dos candidatos à adoção é por crianças pequenas.

Por isso é necessário que se priorize o interesse de quem tem o constitucional direito de ser protegido e amado, e não o pretensão direito de pais e familiares que não souberam ou não quiseram assumir os deveres parentais.

Afinal, não é o elo biológico que merece ser preservado. São os vínculos afetivos que precisam ser assegurados a quem tem o direito de ser amado como filho.

## **OS HOMICÍDIOS PRATICADOS CONTRA MULHERES EM ALAGOAS**

### **Comentários ao Relatório Anual da Comissão de Direitos Humanos da OAB/AL- 2012**

---

**Paula Simony Lopes Ferreira**

Advogada - OAB/AL. Pós-graduada em Direito Constitucional pelo CESMAC.  
Membro Oficial da Comissão de Direitos Humanos da OAB/AL

#### **SUMÁRIO**

Introdução. 1. Os Homicídios Praticados Contra Mulheres no Período de Janeiro a Dezembro de 2012 em Alagoas. 1.1 Desdobramentos dos Homicídios: Formas e armas Utilizadas para a prática de Crimes contra Mulheres em Alagoas no ano de 2012. 1.2 Desdobramentos dos Homicídios: Formas e armas Utilizadas para a prática de Crimes contra Mulheres em Alagoas no ano de 2012. 1.3 A Faixa Etária de Homicídios Contra Mulheres em Alagoas. 2. Possíveis Causas dos Homicídios Praticados Contra Mulheres no Estado de Alagoas em 2012. 2.1 O Contexto Histórico de Violência contra as Mulheres no Estado de Alagoas. 2.2 Os Locais Onde Ocorrem mais Homicídios contra Mulheres em Alagoas: Cidades e Bairros. 2.3 O Contexto Social e a Violência contra as Mulheres em Alagoas. 3. Apontamentos em Prol da Extinção da Violência Contra as Mulheres em Alagoas. 3.1 Apontamentos à Política de Prevenção de Homicídios contra Mulheres e os Direitos Humanos. 3.2 Apontamentos às Instituições Públicas para a Extinção de Violências contra a Mulher. 3.3 A Voz da Vítima: apontamentos da Comissão de Direitos Humanos da OAB, da Seccional Alagoas, às Mulheres Vítimas de Violência e as suas Respectivas Famílias. 4. Considerações Finais.

#### **Introdução**

Partimos da premissa de que a violência praticada contra as Mulheres é um problema social, cultural e histórico. Porém, com a promulgação da Lei nº 11.340 de 2006, a Lei Maria da Penha, a omissão secular se desfez, dando voz às mulheres, e desde então tem sido um tema bastante discutido em todo o Brasil.

É importante que para debater a violência exista previamente um levantamento de dados, proposta da Comissão de Direitos Humanos da OAB/AL, que teve a iniciativa de organizar um relatório anual especificando dados estatísticos e características dos homicídios contra mulheres em Alagoas. Sob a perspectiva de expor a situação alarmante do crescente número de homicídios contra mulheres, ao tempo em que sugere apontamentos de prevenção e de atuação às autoridades competentes.

Não fosse a complexidade de fatores que a envolvem, a quantidade de denúncias de violência contra mulheres cada vez maiores e a grande taxa de homicídios que acontecem no Estado. Relevante é ressaltar que um Estado violento, ou onde há demasiadamente violentos, é um Estado em que todos correm riscos, sejam homens ou mulheres, seja eles ou elas das mais variadas classes socioeconômicas.

Iniciamos a discussão pontuando os mecanismos legais de que o Direito se utiliza para proteger garantias fundamentais. Em 1975, quando a ONU realizou o primeiro Dia Internacional da Mulher, porém apenas há 10 anos a Comissão de Direitos Humanos da ONU, durante a Reunião de Viena de 1993, incluiu um capítulo sobre denúncias e propôs medidas para coibir a violência de gênero.<sup>1</sup>

### **1. Os Homicídios Praticados Contra Mulheres no Período de Janeiro a Dezembro de 2012 em Alagoas**

A positivação dos direitos fundamentais ocorreu após a edição da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, em que os Estados signatários se comprometeram em incluir nos textos constitucionais normas de proteção dos direitos fundamentais. Nessa perspectiva os direitos humanos nascem como direitos naturais universais.<sup>2</sup>

Para as mulheres, foram elaborados e normatizados vários tratados de direitos humanos e adicionados à Constituição Federal de 1988, a exemplo da Convenção de Viena, em 1993 a Declaração sobre a Eliminação da Violência Contra a Mulher, e da Convenção de

---

<sup>1</sup> BLAY, Eva Alterman. **Violência contra a mulher e políticas públicas.** *Estud. av.* [online]. 2003, vol.17, n.49, pp. 87-98. ISSN 0103-4014.

<sup>2</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 4ªed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

Belém do Pará, em 1994.<sup>3</sup> Onde se afirmaram os direitos das mulheres como uma especialização dos direitos humanos, um Comitê da ONU sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, bem como ser considerada a violência contra a mulher grave ofensa à dignidade humana.

No Brasil, o assassinato de mulheres era considerado legítimo durante a República, sob o pretexto de adultério. O Código Criminal de 1830 atenuava o homicídio praticado contra elas por adultério, e reconhecia o concubinato apenas do homem (BLAY, 2003).

No Código Civil de 1916 alterou a lei sobre as questões de concubinato, reconhecendo a mulher que mantivesse tal relação, mas não modificou o costume de matar a esposa ou a companheira nos casos de adultério. Blay (2003) lembra que, o Código Civil de 1916 incluiu neste que a mulher, para trabalhar, deveria ter autorização do marido, com o objetivo de proteger a família.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, muitas questões avançaram sob o ponto de vista humanístico, sobretudo quando se trata de isonomia entre homens e mulheres, podemos tomar como primeiro exemplo o artigo 1º, inciso III da CF/1988 em que descreve a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil.

No art. 5º da CF/1988 também descreve sob essa óptica já evidenciada que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. No próprio inciso I é descrito, especificamente, sobre o tema: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.<sup>4</sup>

Em Alagoas os números da violência refletem um pouco desses resquícios históricos, culturais e legislativos de violência contra a mulher, que o Brasil e o mundo carregam em suas raízes. Segundo o mapa da violência, a partir de 1996 o número de homicídios praticado contra mulheres no Brasil praticamente duplica em número de casos no

---

<sup>3</sup> CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **Violência Doméstica Contra a Mulher no Brasil**. Jus Podium: Bahia, 2007.

<sup>4</sup> BRASIL, **Constituição da república Federativa do** , Brasília, 1988.

país, e após a vigência da Lei Maria da Penha, a contar de 2007 as taxas experimentam um leve decréscimo.

## 1.2 Desdobramentos dos homicídios: formas e armas utilizadas para a prática de crimes contra mulheres em Alagoas no ano de 2012.

O Brasil ocupa, atualmente, o sétimo lugar no ranking mundial dos países com mais crimes praticados contra as mulheres (SPM, 2012). Onde há cerca de 4,5 homicídios para cada 100 mil mulheres, a cada ano. Nos últimos 30 anos, foram assassinadas cerca de 92 mil mulheres, tendo sido 43,7 mil apenas na última década, um aumento considerável nos anos 1990.<sup>5</sup> (MAPA DA VIOLÊNCIA, 2012).

Segundo estudo realizado pelo CNJ – Conselho Nacional de Justiça, que revela dados em que a maior parte das agressões contra as mulheres é feita pelo marido ou ex-marido, e em Alagoas, 38,47% .<sup>6</sup> Nesses casos de violência tiveram a presença dos ex-companheiros como autores, ou mesmo alguma relação de afeto ou parentesco entre autor e vítima. Observemos a tabela de homicídios abaixo destacada pelo mesmo Órgão:

<b>Tabela – Número e taxas de homicídio feminino (em 100 mil mulheres) pelas três maiores e menores posições por UF. Brasil. 2010.</b>							
UF	Nº	TAXA	POSIÇÃO	UF	Nº	TAXA	POSIÇÃO
Espírito Santo	175	9,8	1º	Santa Catarina	111	3,5	25º
Alagoas	134	8,3	2º	São Paulo	671	3,2	26º
Paraná	338	6,4	3º	Piauí	40	2,5	27º

Elaboração: DPJ/CNJ;  
Fonte: Mapa da Violência 2012

<sup>5</sup> WAISELFISZ, Julio Jacobo. Mapa da Violência 2012. **Os novos padrões da violência homicida no Brasil**. São Paulo, Instituto Sangari, 2011 [http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012\\_mulher.pdf](http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012_mulher.pdf).

<sup>6</sup> CNJ, Conselho Nacional de Justiça. **O Poder Judiciário na Aplicação da Lei Maria da Penha**. Brasília, 2013. Pesquisa realizada no site: [http://www.cnj.jus.br/images/programas/lei-maria-da-penha/cartilha\\_maria\\_da\\_penha.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/programas/lei-maria-da-penha/cartilha_maria_da_penha.pdf) , em: 12 de Abril de 2013.

O estudo aponta que de 2008 a 2011 foram instaurados 5.451 processos judiciais por violência doméstica na única vara existente em Alagoas, e em 2011 foram instaurados 1.100 inquéritos, e 483 ações penais foram instauradas em todo o Estado.

O principal meio utilizado para a consumação desse crime é, com 53,9% dos casos a arma de fogo. Em 2010 Alagoas registrou a morte de 134 mulheres, numa taxa de 8,3% de homicídios, ocupando o 2º lugar na taxa de homicídios femininos por Unidade Federativa (WAISELFISZ, 2012), e em 2012 superou o índice com 164 homicídios contra mulheres, o que revela um real absurdo se compararmos o pequeno território desse Estado, a outros, como o próprio Espírito Santo que ocupa o 1º lugar.

Se forem analisados os dados estruturais são 1,6 mulheres para serem atendidas apenas por uma única Vara Especializada Violência Doméstica, em apenas 2 delegacias, que funcionam em horário comercial, apenas um hospital direcionado às mulheres vítimas de crimes sexuais, e apenas uma única casa-abrigo para mulheres na capital alagoana.

Em Alagoas, no relatório anual de 2012 (OAB/AL, 2013), foram registrados 110 homicídios praticados com armas de fogo; 21 praticados com arma branca e instrumentos contundentes (faca, facão, enxada); 12 desses Homicídios ocorreram por espancamento; 06 ocorreram através de espancamento por pauladas, pedradas, socos e pontapés; 04 através de esganadura ou estrangulamento.

Além desses crimes mais recentes, foram encontrados 06 de mulheres em Estado Avançado de Putrefação, 01 ossada enterrada, 01 composto de restos humanos, e outros 03 corpos não informados, totalizando em 164 (cento e sessenta e quatro) homicídios contra mulheres.

Os crimes contra mulheres estão relacionados, geralmente, em primeiro lugar com a relação afetiva e sexual de dominação entre ela e seu parceiro, seja ele, marido, companheiro ou amante; seguida de problemas criminais de seus parceiros e filhos, e do próprio envolvimento delas com o tráfico de drogas e outros crimes relacionados.

Os homicídios praticados por arma branca ou espancamento, são marcados pelo ódio e pela perversidade com que o autor consome esse tipo de crime, evidenciando os sinais de poder e dominação sobre elas.

Já os crimes de homicídios por esganadura, geralmente estão atrelados a um estupro anteriormente realizado, pela dominação forçosa do homem sob a mulher, que através do ato sexual consome sua raiva, perversão e prazer em ver o sofrimento da vítima.

As ossadas, os restos humanos e os outros cadáveres não informados ou não identificados foram encontrados afastados das zonas urbanas, geralmente caracterizados por um crime de estupro anterior.

Na pesquisa realizada pela CDH/OAB/AL constatou-se que a faixa etária a que mais se cometem crimes de homicídio é de 35 a 64 anos de idade, onde ocorreram 41 homicídios em 2012, ganhando até da faixa etária de 18 a 24 anos onde houveram 38 homicídios. Vejamos no gráfico apresentado:

Existe uma análise a ser feita entre essas duas faixas etárias, que embora estejam sendo vitimadas pela violência igualmente, tenham questões particularizadas, como as de 18 a 24 anos enfrentem fatores como a violência urbana em geral, demasiadamente em grandes cidades, a absorção cada vez maior das mulheres em crimes, no tráfico etc., sem descartar também a violência de gênero e doméstica.

Já as mulheres de faixa etária entre 35 a 64 anos, que apresentaram maior índice de homicídios em 2012, são caracterizadas principalmente pela violência de gênero, doméstica e de dominação. Caracterizam-se por apresentarem relação conjugal, geralmente com filhos, evidenciam um histórico de violência com o parceiro e fazem parte de classes sociais mais baixas.

Surpreendentemente, entre os meses do ano mais violentos, sob o ponto de vista da ocorrência de homicídios contra mulheres, o mês de maio no ano de 2012, foi o que apresentou o número maior, totalizando 20 vítimas. Seguido pelo mês de Agosto com 18 e julho com 16 homicídios.

Ao realizar essa análise dos meses do ano constatamos, diante da pesquisa que ao que nos parece, os meses mais festivos como dezembro, janeiro, fevereiro e até junho, que são meses em que geralmente são comemoradas festividades nacionais, em que existem

feriados mais longos, e em que há uma grande aglomeração de pessoas nessas festas, não tem relação nenhuma com o relatório de homicídios contra mulheres, ora apresentado.

A constatação de que festividades nacionais ou regionais e grandes festas aglomeradas não tiveram relação com a maioria dos homicídios das mulheres de Alagoas, nos fez compreender que a grande parcela de crimes de homicídios praticados contra as mulheres está relacionada ao ambiente doméstico.

Principalmente, sob verificação de que o mês de maio, um mês em que se comemora o dia das mães, onde há geralmente uma reunião familiar, e o pensamento materno está mais sensibilizado, é justamente o mês em que há 20 homicídios de mulheres em Alagoas, estatisticamente 1(um) homicídio e meio por dia.

## **2. Possíveis Causas dos Homicídios Praticados Contra Mulheres no Estado de Alagoas em 2012**

Antes de adentrarmos na busca das causas da violência contra mulheres, analisemos uma breve tentativa e conceituação da violência. Segundo a OMS – Organização Mundial de Saúde <sup>7</sup>a violência pode ser classificada em três modalidades: a) a Violência interpessoal; b) a violência contra si mesmo; e c) a violência coletiva.

A essa classificação também se incluem as violência social e a violência urbana.(CAVALCANTI, 2007). São tipos de violência contra as mulheres pode ser a física, sexual, psicológica e moral, seja ela na família, na comunidade e geral, ou a tolerada pelo Estado; a violência patrimonial; a violência espiritual; a violência institucional; a violência de gênero ou raça; a prostituição forçada, as violações em conflitos armados e de direitos humanos; a esterilização, aborto ou infanticídios forçados.

Todos esses tipos de violência envolvem o sofrimento das vítimas e de seus familiares, assim como o medo, o risco e questionamentos de toda a população do Estado, que procura explicações concretas para esses crimes, o que normalmente não encontrarão.

---

<sup>7</sup> OMS, **Relatório da OMS de 2002**. Pesquisa realizada no Site: <[prime.org.br/mundoermissao/dadosviolento.htm](http://prime.org.br/mundoermissao/dadosviolento.htm)>. Em:10 de Abril de 013.

Por uma análise mais ampla e histórica, sabe-se que o homem tenta exercer sobre a mulher uma imagem histórica de dominação, e quedo ponto de visita subjetivo essa é a principal causa desses resultados de violência.

A mulher, principalmente aquelas que galgaram sua independência e sustentam sua família, muitas vezes não admitem interpretaram a figura de submissão sobre o homem, e tenta demonstrar sua independência, o que algumas vezes passa a despertar ciúmes e o próprio ódio do homem sobre aquela situação.

Vejamos a análise da visão acima citada, segundo as palavras de Santiago & Coelho:<sup>8</sup>

A mulher, no seu percurso histórico, ocupou, por um longo período, um lugar de destaque nas sociedades primitivas matrilineares. Como líder no clã em que vivia, teve acesso à propriedade, aos direitos políticos e até acompanhava os homens, lado a lado, nas situações de paz ou guerra, em defesa das terras. No entanto, com o surgimento da cultura patriarcal, ela teve que se posicionar no lugar de resignada e devota ao marido, enquanto outras mulheres, como as cortesãs, gozavam de um poder sobre seus amantes que as esposas não possuíam.

Sobre essa análise, podemos concluir que os resquícios históricos de dominação do homem sobre a mulher, e todos os seus desdobramentos afetivos tais como os ciúmes, o ódio e a inveja, fazem como que os crimes de homicídio ocorram com frequência nos lares alagoanos, tomando por base o atraso cultural e social em que vivemos.

## **2.1 O Contexto Histórico de Violência contra as Mulheres no Estado de Alagoas**

Em 2012 tivemos 164 homicídios praticados contra mulheres em Alagoas, o que demonstra um grande número, se compararmos com a quantidade populacional de 3.165.472 habitantes, aproximadamente, segundo o último censo de 2010. (IBGE, 2011) Sendo 51,55% de mulheres e 48,45% de homens.

---

<sup>8</sup> SANTIAGO, Rosilene Almeida; e COELHO, Maria Thereza Ávila Dantas. **A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: antecedentes históricos**. UNIFACS: Salvador, v.11, nº1, 2007.

Alagoas recebeu, assim como o Brasil, a cultura e os problemas de ser colonizada, portanto, não deixa de ser um Estado cheio de misturas e miscigenações culturais. Para esboçar um pouco do que foi a cultura de dominação com base na violência observemos as palavras de Cavalcanti (2007): “As populações indígenas, vítimas iniciais desse processo, foram escravizadas ou exterminadas pelas guerras empreendidas pelo conquistador português, o segundo alvo da violência colonizadora foram os negros”.

Não podemos deixar de salientar que em Alagoas o processo de dominação e de colonização dos portugueses com o povo indígena foi até um pouco mais acentuado, pois a população indígena, acusada de antropofágica, foi além de escravizada, exterminada por todo o litoral alagoano.

Quanto à população negra, sabe-se que aproximadamente 30 milhões de negros foram violentamente retirados de seu continente de origem e traficados, mortos, transformados em escravos. Desses uma grande parte para o Brasil, e outra menor, mas muito significativa para Alagoas, onde se fundou tempos depois, o maior Quilombo das Américas, o Quilombo dos Palmares, na cidade de União dos Palmares, em seguida dizimados pelo Governo como ousados, partindo para fazer a história de libertação no país.

Dentro dessa perspectiva histórica, e pelo fato de Alagoas evidenciar um colonialismo político velado, ainda se reproduz a cultura de dominação, que se reproduz até mesmo nas escolas, e todos os dias, em todas as demarcações de terra do Estado que é mapeado pela monocultura da cana-de-açúcar.

Essa cultura de dominação e violência é o que marca a história da violência no Estado, de homens contra homens, e entre homens e mulheres.

## **2.2 Os Locais Onde Ocorrem mais Homicídios contra Mulheres em Alagoas: Cidades e Bairros**

Os dados obtidos pela CDH/OAB/AL (2013) mostram a distribuição das taxas de homicídios por Municípios do Estado.

Assim, a quantidade de crimes de homicídio contra mulheres em Alagoas por Município, totalizam 56 praticados na capital alagoana, 105 foram praticados no interior, e 03 não foram informados o local.

Desses crimes deduz-se que os municípios mais violentos, ou onde mais se cometeram homicídios contra mulheres são, em primeiro lugar Maceió, onde houve 55 homicídios, depois, Rio Largo, onde houve 13 homicídios, Arapiraca com 11, e Santana do Ipanema com 06 homicídios, em 2012.

Os mesmos dados esclarecem a distribuição desses homicídios entre os ocorridos na Capital e no interior do Estado, onde constatamos a grande quantidade que ocorre na grande Maceió, a maior parte caracterizada pelo uso de arma de fogo. Sendo Maceió uma cidade com uma população feminina superior a cerca de 500.000 habitantes (WAISELFISZ, 2010). As áreas urbanas são as mais populosas com 73,6% da população e as cidades do interior com 26,4% dos habitantes (dados do IBGE).<sup>9</sup>

Os crimes ocorridos no interior do Estado de Alagoas apresentam uma questão relevante, porque além de haverem aumentado em quantidade, com 105 homicídios, podemos observar que são caracterizados por crimes com o uso e recursos de armas brancas, com requintes de crueldades através de espancamento e pelo uso de objetos contundentes, e ainda foram no interior, especificamente no município de Coruripe e Marechal Deodoro onde foram encontrados alguns corpos e ossadas de mulheres com características referentes a homicídios e outros crimes anteriormente praticados, como por exemplo, tortura e estupro. (OAB/AL, 2013).

Uma observação importante é que para os crimes ocorridos em Arapiraca, que é um Município relativamente grande, se comparado com a Capital Maceió, as vítimas podem contar com uma Delegacia Especializada da Mulher, a primeira no interior no Estado. Porém em Rio Largo, município que apresentou 13 homicídios em 2012, e que é uma cidade muito menor que a Capital Maceió, o índice de homicídios contra a mulher foi considerado grande.

A taxa de homicídios contra a mulher também foi definida pelos bairros de Maceió, que com 55 crimes, pode ser considerada a cidade mais violenta do Estado, que devido a suas características sendo esta a

---

<sup>9</sup> IBGE, **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**, 2010. Pesquisa realizada em: 10 de Abril de 2013 no endereço: <http://www.censo2010.ibge.gov.br/sinopse/index.php?dados=26&uf=27>>.

Capital do Estado, e um centro urbano mais desenvolvidos que as demais, também apresenta grandes índices de desigualdades e de violência que de um número de 59 homicídios em 2010 (WASELISZ, 2010), obteve um salto de 164 em 2012. Além dessas características podemos distinguir a distribuição por bairros.

Segundo o Relatório da CDH – OAB/AL de 2012 os bairros onde ocorreram mais homicídios contra mulheres em Alagoas são, respectivamente, Benedito Bentes, com 08 homicídios, Jacintinho com 08 homicídios, o bairro da Cidade Universitária, que envolve Village Campestre, Santos Dummont, Conj. Eustaquio Gomes, Conj. Inocoop, Jardim Saúde e Planalto, com 07 homicídios, e a diminuição dos crimes no Tabuleiro do Martins (que envolve Clima Bom, Feirinha do Tabuleiro, Tabuleiro Novo, Rosane Collor e Colina dos Eucalíptos) com 04 homicídios.

Sobretudo são bairros periféricos, isolados e sem opções de lazer, com escolas geralmente em situação precária e transporte público de difícil acesso e precarizado.

### **2.3 O Contexto Social e a Violência contra as Mulheres em Alagoas**

A violência criminal deve ser analisada em Alagoas, após a verificação das excludentes sociais, pois é realidade que a população alagoana vive em condições socioeconômicas baixas, e que esses fatores acabam agravando a violência urbana.

Melhor, explica o contexto social da violência contra a mulher no Brasil Stela Cavalcanti (2007): “testemunhamos no Brasil diversas formas de violência, como a violência urbana, a violência praticada pela discriminação contra as minorias, a violência social em virtude dos altos índices de desigualdade social e pobreza”.

Diante das palavras de Cavalcanti (2007), podemos trazer seus dizeres também à realidade social alagoana, através de uma população relativamente pobre, que sofre com a violência e o choque social do isolamento entre bairros.

Diante do acima citado podemos inferir, dos dados da CDH – OAB/AL (2013), que as mulheres que mais denunciam a violência doméstica em Alagoas em 2012 são as que alcançam níveis de escolaridade de nível médio completo (14), nível fundamental (9) e

nível fundamenta completo (9), nesse relatório as mulheres analfabetas são as que menos tem denunciado.

Alagoas também apresenta os piores Índices de Desenvolvimento Social do país.<sup>10</sup> Onde por exemplo expõe uma taxa de mortalidade infantil de 46,4 crianças que morrem, antes de completar 1 ano de idade. Quanto à escolaridade, Alagoas apresenta uma taxa alta de analfabetismo, com 24,6% de analfabetos e 36,5% de analfabetos funcionais.

### **3. Apontamentos em prol da extinção da violência contra as mulheres em alagoas**

Como um elemento de intervenção nas transformações sociais, a Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de Alagoas, através da Comissão de Direitos Humanos se propôs a expor sua pesquisa sobre o Índice de Homicídios em Alagoas, por meio de um Relatório (OAB/AL, 2013), como fonte de dados atualizada, a serem disponibilizadas a sociedade amplamente.

A OAB/AL por meio desta comissão se propõe ainda, a demonstrar o relatório para enaltecer os debates e alertar as autoridades sobre o aumento do índice de homicídios contra mulheres. Diante dos dados explanados pelo relatório podemos constatar que a maioria dos homicídios se deram por meio do uso e do instrumento de arma de fogo, tal característica remonta à discussão na enorme população armada que ainda encontramos em Alagoas.

Foi implantado em 2012 no município de Maceió, o programa do Governo Federal “Brasil Mais Seguro”, onde as autoridades alegam que houve queda de 39,72% (BRASIL, 2013), no conjunto de crimes violentos com morte no Estado, ainda que tenha crescido o quantitativo de homicídios contra mulheres, o que diagnostica uma situação antagônica.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> CERQUEIRA, Wagner. **A População de Alagoas**, 2010. Pesquisa endereço: <http://www.brasilecola.com/brasil/a-populacao-alagoas.htm>>. Realizada em: 30 de Março de 2013.

<sup>11</sup> BRASIL, **Índices de Violência Diminuem em Alagoas**. Pesquisa no endereço: <http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2012/07/31/programa-brasil-mais-seguro-ajuda-criminalidade-em-alagoas-diminuir>>. Realizada em 09 de Abril de 2013.

O Relatório verificou que os Municípios onde ocorreram mais homicídios em 2012 foi Maceió, Rio Largo e Arapiraca. Para analisar essa questão a CDC – OAB/AL pode basear-se na extensão territorial de cada Município: Maceió com 932.748 habitantes e Arapiraca tem 2014.006 mil habitantes, já Rio Largo tem apenas 68.481 Habitantes (CERQUEIRA, 2010). Conclui-se que cidade de Rio Largo, necessita que seja construída uma Delegacia Especializada ao Atendimento da Mulher, para atender aquela região e as circunvizinhas.

Quanto aos meses do ano mais violentos constatamos que Maio, com a verificação de que o mês de maio é um mês em que se comemora o dia das mães, onde há geralmente uma reunião familiar, e o pensamento materno está mais sensibilizado, é justamente o mês em que há 20 homicídios de mulheres em Alagoas, estatisticamente 1(um) homicídio e meio por dia.

Originalmente as famílias se organizavam sob a forma “matriarcal”. Entre os povos primitivos, o parentesco era restrito à linhagem materna, por não se conhecer o papel do pai na reprodução. Embora esse entendimento sobre a organização primitiva da família predomine, não há ainda um consenso entre os antropólogos quanto a essa explicação (SANTIAGO, 2007).

Para evitar o crescimento desse tipo de violência, deveria haver uma maior política de prevenção e divulgação dos instrumentos de denúncia. Ao que se sabe de todo momento histórico, algo fica marcado, malgrado e continuado, tal como Oe exemplo da violência física contra as mulheres, continuada por ter sido determinante em um passado período histórico.

Quanto à faixa etária, constatou-se que a que mais ocorreram crimes de homicídio contra mulheres foi entre 35 e 64 anos de idade, onde ocorreram 41 homicídios em 2012, ganhando até da faixa etária de 18 a 24 anos onde houveram 38 homicídios. Demonstrando a ausência de políticas públicas mais específicas, organizadas de acordo com a idade daquelas mulheres, das que vivem em situação de risco, e de uma forma voltada à escolarização, o incentivo e oferecimento de cursos para a formação e administração da renda, e até mesmo de orientação psicológica.

### 3.1 Apontamentos à Política de Prevenção de Homicídios contra Mulheres e os Direitos Humanos

A principal orientação que os órgãos competentes dão às mulheres é a prevenção, sob o primado de que a prevenção é a melhor alternativa sobre esses crimes.

A Lei 11.340/2006, a "Lei Maria da Penha", garantiu às mulheres medidas protetivas de Urgência, como cautelares autênticas alternativas à prisão entre outras. As medidas protetivas podem obrigar o agressor à suspensão da posse ou restrição do porte de arma, afastamento do lar ou local de convivência com a ofendida e proibição de determinadas condutas, tais como aproximação e contato com a ofendida, frequência de determinados lugares, restrição ou suspensão de visitas dos dependentes etc.

Esses índices de homicídios sensibilizam estudiosos a discutirem o tema, com o intuito de prevenir e impedir esta fatalidade. Tais crimes colocam em situação de risco as pessoas do contexto intrafamiliar, incapacitando-as para o trabalho, para o estudo e a vida em sociedade, consumando-se com a morte, que é o ápice da violência e o tema o qual discutimos agora.

A violência representa, assim, um risco maior para a realização do processo vital humano: ameaça a vida, altera a saúde, produz enfermidade e provoca a morte como realidade ou como possibilidade próxima.

No âmbito do Poder Executivo, foi criado um conjunto de iniciativas e implantado, o conjunto de Normas Técnicas do Ministério da Saúde para a "Prevenção e Tratamento dos agravos Resultantes da Violência Sexual contra a Mulher e Adolescente", que tem sido de grande valia no acompanhamento desses crimes.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> JESUS, Márcia Freitas de. **A Violência de gênero contra a mulher, perpetrada por parceiro íntimo: uma abordagem na mídia escrita.** UFRJ, 2007. Monografia retirada do entereço (28 de Março de 2013): <http://www.ess.ufrj.br/monografias/102005235.pdf>>. Em: 28 de Março de 2013.

### **3.2 Apontamentos às Instituições Públicas para a Extinção de Violências contra a Mulher**

Para as mulheres que desejam romper com a situação de violência na qual estão inseridas não contam, portanto, com políticas públicas que viabilizem esta ruptura. As mulheres pobres têm ainda menos condições, pois, com já diagnosticado anteriormente, geralmente moram em bairros periféricos, com difícil acesso ao transporte público, na maioria das vezes não tem com quem deixar seus filhos menores, que só podem ser aceitos por creches a partir dos 4 nos de idade.

Até o presente momento o estado de Alagoas, dispõe apenas de 03 Delegacias especializadas em Atendimento à Mulheres, 01 no bairro periférico do Salvador Lyra, 01 no Centro da Capital Alagoana, e 01 no interior na cidade de Arapiraca.

O que revela a necessidade da implantação de mais delegacias especializadas em atendimento à mulher que possibilite o melhor acesso as mulheres de outras regiões do Estado, em especial à Cidade de Rio Largo, e ainda contam com uma questão absurda, pois funcionam apenas, em horário comercial, e não funcionam aos finais de semana, ou seja, uma mulher que sofra violência na sexta-feira anoite, se quiser ser atendida na delegacia especializada terá de esperar até às 8:00H da manhã da segunda-feira para fazê-lo.

As Casas Abrigo são casas de apoio às mulheres que se encontram em situação de risco de violência, elas permitem que a mulher possa se distanciar do antigo ambiente em que sofria violência para se recuperar e retomar sua vida à normalidade. Entretanto, com toda a importância da Casa brigo e com o aumento de violência contra as mulheres em Alagoas, dispõem-se no Estado de apenas 01, situada na Capital do Estado.

Em Alagoas, também se dispõe de apenas uma única Vara Especializada em Violência contra Mulheres e Familiar, localizada na Capital do Estado, onde se multiplicam as demandas cotidianamente.

Para aquelas mulheres que sofrem com os crimes de violência existe no estado alagoano apenas 01 único Hospital especializado no atendimento à mulheres, que é o Hospital Santa Mônica, que sofre diariamente com as superlotações, apresenta um funcionamento precarizado e fica relativamente longe dos bairros periféricos.

É desejável que a equipe de saúde seja composta por médicos (as), psicólogos(as), enfermeiros(as) e assistentes sociais. Entretanto, a falta de um ou mais profissionais na equipe – com exceção do médico (a) - não inviabiliza o atendimento. Ainda que cada um desses profissionais cumpra papel específico no atendimento à mulher, todos devem estar sensibilizados para as questões de violência contra a mulher e violência de gênero, e capacitados para acolher e oferecer suporte às suas principais demandas. (JESUS, 2007).

O que vai de encontro com o objetivo do Plano Nacional de Políticas para as Mulheres (PNPM), que deseja implantar uma política nacional de enfrentamento à violência contra a mulher, garantir o atendimento integral, humanizado e de qualidade às mulheres em situação de violência.

### **3.3 A Voz da Vítima: apontamentos da Comissão de Direitos Humanos da OAB, Seccional Alagoas às Mulheres Vítimas de Violência e as suas Respectivas Famílias**

É fundamental que em caso de ameaça de violência a vítima procure os meios cabíveis como a polícia por meio do 190, a delegacia mais próxima, de preferência, e se houver condições a delegacia especializada.

Acontece que por uma questão cultural e também pela forma ríspida e muitas vezes bruta, com que é feito o atendimento nas instituições públicas, como na própria delegacia, a vítima tem receio e medo de se dirigir àquele local. Portanto, aqueles servidores e policiais, deveriam se especializar, realizar cursos e policinar-se no sentido de dar à essas mulheres, que já sofreram algum tipo de violência, um atendimento diferenciado, sensível à suas dores, ao invés de cometer uma segunda violência contra elas.

Quando foi o caso de ser vitimada, ou de estar acompanhado de pessoa vitimada ou de um corpo, é indispensável, no primeiro caso que entre em contato com a polícia em imediato, que, se possível, dirija-se à delegacia para prestar a queixa, ou se for o caso, ao Hospital Especializado (Santa Mônica), para que seja feito o tratamento adequado, através de metodologia correta, de forma a caracterizar o crime e atestar as violências através de laudo específico. É indispensável que não se altere o local do crime, para que o crime seja apurado através da perícia posterior a ser realizada no local.

#### **4. Considerações finais**

Através do Relatório sobre Crimes de Homicídios Contra Mulheres em Alagoas, pode constatar-se que existem instrumentos e uma Rede Local de Prevenção e Punição à criminalidade de homicídios contra mulheres, e que está em funcionamento, ainda que de forma precária.

A precarização dos instrumentos de coerção e eliminação da violência dentro da Rede Local é o que inibe as denúncias e aumenta as demandas, em conjunto com uma séria de problemas de desenvolvimento econômico e social do Estado. Que alcança, ao mesmo tempo, taxas elevadíssimas de analfabetismo e mortalidade infantil, enquanto despensa nos índices de Desenvolvimento humano, no acesso à saúde, educação, saneamento entre outros direitos fundamentais.

Diante da problemática apresentada, podemos observar no ano de 2012, segundo o Relatório, houve um aumento significativo da quantidade de homicídios na capital e nas cidades do interior, com uma observação especial para a cidade de Rio Largo/AL, diante da pequena extensão de território e populacional que tem.

É relevante observar que o fato dos órgãos de combate e de prevenção da Rede Local do Estado estar, majoritariamente, localizados na Capital Maceió, assim como nela também se concentram os órgãos de imprensa. Portanto, os crimes que ocorrem no interior do Estado são consideravelmente distanciados da apuração, da visualização e do combate por parte dos órgãos e da sociedade em geral.

Os crimes contra mulheres, por tratar-se de um trágico resquício cultural brasileiro e mundial, ainda acontecem constantemente, e é uma ameaça a homens e mulheres no Estado de Alagoas. Pois além de serem vítimas físicas, psicológicas, morais e sociais, passam pela violência institucional de não terem, em algumas situações acesso a essas Instituições da Rede Local, e esperam, diante de mais sofrimento e mais homicídios, verem a violência contra a mulher ser extinta, junto a toda herança social negativa e de discriminação a qual herdamos.



## **O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA IMPLEMENTAÇÃO E ACOMPANHAMENTO DA GESTÃO DEMOCRÁTICA DAS ESCOLAS PÚBLICAS E A EFICÁCIA DA ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

---

**Renata Vieira Tenório**

Bacharela em Direito pela Faculdade de Alagoas. Estagiária do Ministério Público de Alagoas 2008-2010.

### **SUMÁRIO**

1. Introdução. 2. A Evolução do Estado Moderno e dos Direitos Fundamentais. 3. O Princípio da Gestão Democrática das Escolas Públicas e sua Concretização. 4. Os Serviços Públicos e o Ensino enquanto Serviço Público Essencial. 5. O Princípio da Eficiência como um Novo Administrar. 6. A Gestão Democrática nas Escolas e a Problemática na sua Efetivação. 7. O Ministério Público na Constituição Federal de 1988: Novo Paradigma de Atuação. 8. A Atuação Extrajudicial do Ministério Público. 9. O Ministério Público na Implementação e Acompanhamento da Gestão Democrática nas Escolas. 10. Conclusão.

### **1. Introdução**

Este trabalho foi construído com a finalidade precípua de estudar a imprescindibilidade da atuação extrajudicial do Ministério Público, de fiscalização, controle e acompanhamento da gestão democrática das escolas para garantir sua efetivação e a consequente prestação eficiente do serviço público de ensino.

Visando a uma melhor explanação do assunto, foram pontuados alguns conceitos, como o de Estado Democrático de Direito, o de direito fundamental, de democracia participativa, de gestão democrática, de princípio da eficiência, bem como foi realçada a relação do direito à educação com os fins a que o Estado se destina, considerando seu valor no exercício da cidadania e seu entrelaçamento com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Em última análise, o trabalho traz, em seu cerne, o escopo de impulsionar os estudiosos do Direito a refletir acerca da importância do Ministério Público para a efetivação do direito à educação, e,

consequentemente, para o desenvolvimento pleno da pessoa humana, única garantia para a construção de um mundo melhor.

## **2. A Evolução do Estado Moderno e dos Direitos Fundamentais**

A sociedade, após um longo período de vivência sob a égide de um modelo feudal, no qual o poder era descentralizado, em que o senhor feudal submetia todos os servos a condições de vida miseráveis e sem possibilidade de ascensão pelo sistema de castas, passou, no final do século XV, por um processo de modificação da realidade político-econômica e social. A centralização absoluta do poder nas mãos dos monarcas deu início ao período conhecido por Estado Moderno, em sua primeira fase, o Estado Absolutista. É neste primeiro momento que surge o conceito de Estado e, a partir de então, a sua gradual evolução.

O Estado de Direito estreia a segunda fase do Estado Moderno, período no qual o Estado passa a ser regido não mais pela vontade absoluta do rei, mas estritamente pela lei, devendo tanto os seus dirigentes quanto os dirigidos, obedecê-la, sem colocar em questão seu conteúdo.

Os direitos fundamentais, para o ilustre doutrinador Ingo Sarlet, são direitos conferidos ao homem ao longo da história, mas que cada Estado toma para si, tornando-os centro da Constituição e fim a que se destina toda a atuação estatal.<sup>1</sup> Tais direitos encontram no Estado de Direito sua precedência histórica<sup>2</sup> mais próxima, com as Declarações de Direitos, embora a proteção aos direitos naturais preceder a existência do Estado e desde a Antiguidade verificar-se documentos aptos a declarar direitos aos homens, ainda que de forma privilegiada para algumas classes.

---

<sup>1</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 35-36.

<sup>2</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 149-171. Cite-se, portanto, como precedentes históricos inesquecíveis a tais direitos, como bem discorreu José Afonso da Silva: a Magna Charta Libertatum inglesa, de 1215; o Petition Off Rights, de 1628; o Habeas corpus Act, de 1679; o Bill off Rights, de 1689; o Act off Settlement, de 1707; a Declaração da Virgínia de 1776; A Constituição Americana de 1787; a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789; a Declaração do Povo Trabalhador e Explorado, de 1918; e, finalmente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1948.

A sociedade passou a reclamar do Estado, neste primeiro momento, que fosse assegurado aos cidadãos o respeito a suas liberdades individuais, estes direitos resguardados pelas Constituições liberais, são conhecidos pela doutrina como direitos de primeira geração, a partir da classificação do ilustre constitucionalista Paulo Bonavides, que assim os define:

Os direitos de primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou oposição perante o Estado.<sup>3</sup>

São esses direitos considerados direitos de defesa e, trazendo à realidade constitucional pátria, são assegurados no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 que prevê os direitos à vida, privacidade, igualdade perante à lei, liberdade em todas as suas faces (de locomoção, de pensamento, de ação profissional, de expressão coletiva, de reunião, de associação) e propriedade, visando a proteger as pessoas dos excessos estatais.

Surge o Estado Liberal e tratando deste tema, Carlos Roberto Jatahy expõe:

O Estado de Direito era, portanto, um conceito tipicamente liberal, daí se falar em Estado liberal de Direito, cujas características básicas [...] eram: a separação entre o Estado e a Sociedade, mediadas pelo Direito; as garantias das liberdades individuais; o submetimento do Estado ao império da lei; a divisão de poderes; e o enunciado e garantia dos direitos individuais.<sup>4</sup>

Porém, com o passar do tempo, os anseios sociais crescem e não basta apenas uma posição estática do Estado no sentido de não interferir nas liberdades individuais, mas uma atuação positiva, pois eram muitas as afrontas por que passavam os cidadãos, tamanha exploração que sofriam, com a expansão do capitalismo e seu modo de produção

---

<sup>3</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 563-564.

<sup>4</sup> JATAHY, Carlos Roberto de Castro. **O Ministério Público e o Estado Democrático de Direito: perspectivas constitucionais de atuação Institucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 39.

avassalador, sem que, contudo, tivessem nenhum bem-estar social garantido pelo Estado frente às necessidades que possuíam.

Os direitos de segunda geração seriam aqueles relacionados à ordem social, econômica e cultural de determinado Estado e surgiram para reduzir as desigualdades sociais que o capitalismo propiciava. Sobre os direitos prestacionais, Dirley ensina:

Surgem os direitos fundamentais a prestações, exercidos e realizados por meio do Estado, ou seja, que o indivíduo realiza através do Estado, para gozar de alguma prestação que só os órgãos estatais podem oferecer (saúde, educação, trabalho, habitação, cultura etc.).<sup>5</sup>

O mesmo autor continua, informando que os direitos de segunda geração servem precipuamente para concretizar o exercício das liberdades públicas, podendo ser refletidos em atuação normativa ou política pública, o que define como utilidade concreta em bens e serviços a ser propiciadas pelo Estado.

Portanto, os direitos sociais são o primeiro passo da sociedade na busca pela efetivação de seus direitos, e não apenas que estes sejam declarados formalmente.

Sundfeld, ao transcorrer sobre o Estado Social diz que o Estado assim se torna para atuar positivamente com intuito de permitir o desenvolvimento e a efetivação da justiça social. E conclui:

[...] o Estado Social não só incorpora o Estado de Direito, como depende dele para atingir seus objetivos. O oferecimento de prestações positivas aos indivíduos (serviços de educação, saúde, previdência) corresponde a um direito destes a tais prestações. Não há como falar em direitos contra o Estado senão onde existe Estado de Direito!<sup>6</sup>

Ainda assim, verificava-se necessário um novo modelo de Estado que aprofundasse o conceito do Estado Social, pois de nada adiantaria a

---

<sup>5</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 162.

<sup>6</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 55.

possibilidade de busca por direitos positivos em um Estado que não permitisse a participação social, onde os cidadãos expressassem suas necessidades e cooperassem para a construção de uma nova realidade, diretamente, ocasionando a existência de Estados ditatoriais e totalitários. Nesse novo contexto, emerge o Estado Democrático de Direito.

A República Federativa do Brasil vive sob a égide de um Estado Democrático de Direito, conforme preconiza a própria Constituição Federal. No dizer de José Afonso da Silva,<sup>7</sup> o Estado Democrático de Direito é um conceito original, inovador, que traz, em seu bojo, um elemento revolucionário de transformação, e no termo democrático uma expressão que qualifica o Estado e todas as suas estruturas, aproximando o Direito das sensações populares, e, por sua vez, de todo interesse coletivo. Finalmente, o cerne do Estado Democrático de Direito encontra-se no grande objetivo de promoção da justiça social, através da prática dos direitos sociais por meio de instrumentos garantidores da cidadania, fundado essencialmente na dignidade da pessoa humana.

Portanto, a característica primordial de um Estado Democrático de Direito é o seu direcionamento para a sociedade, no qual todas as decisões tomadas partem do povo, pelo povo e para o povo<sup>8</sup> e o grande ideal deste é a satisfação de todos os anseios sociais, é justamente garantir à população uma vida digna em todos os sentidos, assegurando que todos os direitos, até então conquistados, possam ser efetivamente garantidos. Para Sundfeld, este é a totalização de constitucionalismo, república, participação direta da população, separação dos poderes, submissão à lei e generalidade de direitos.<sup>9</sup> Carlos Roberto Jathay, sobre o Estado Democrático de Direito, traz:

Finalmente, o Estado Democrático de Direito traz em seu bojo um plus normativo, um conteúdo utópico de transformação da realidade, que o difere do Estado Liberal (onde a lei possuía um conteúdo geral e abstrato, destinado a limitar a ação estatal) e também do Estado Social (onde a lei, além da restrição à atividade estatal,

---

<sup>7</sup> SILVA, José Afonso da. 2005, p. 119-120.

<sup>8</sup> SILVA, José Afonso da. 2005, p. 126.

<sup>9</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. 1998, p. 53.

assumia um papel de implementação das prestações exigidas do Estado).<sup>10</sup>

Diante de tais assertivas, é fácil concluir que não existe Estado Democrático de Direito longe dos direitos fundamentais dos cidadãos. Isto porque a própria evolução do Estado (Estado Liberal, Estado de Direito, Estado Social, Estado Democrático, até o ápice do Estado Democrático de Direito) tem relação direta com a evolução pela qual passaram os direitos fundamentais assegurados aos cidadãos. Sundfeld afirma categoricamente que a assistência ao indivíduo contra o Estado é o grande objetivo em que se funda a construção jurídica a qual percorre a humanidade.<sup>11</sup> Na medida em que mais direitos de categorias diferentes vêm sendo resguardados, maior é a prova do avanço pelo qual o Estado está passando. Dirley da Cunha Júnior prenuncia que “o grau de democracia de um país mede-se precisamente pela expansão dos direitos fundamentais e por sua afirmação em juízo”.<sup>12</sup>

Com advento do Estado Democrático de Direito, com a revolução tecnológica pela qual o mundo vem passando surgem os direitos de terceira geração, ou dimensão, como são também conhecidos. São direitos recentes e em formação, caracterizando-se, principalmente, pela titularidade coletiva que possuem, ou seja, protegem-se categorias de pessoas e até a espécie humana como um todo. Sobre eles, Dirley afirma:

Compreendem o direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à segurança, o direito à paz, o direito à solidariedade universal, ao reconhecimento mútuo de direitos entre vários países, à comunicação, à autodeterminação dos povos e ao desenvolvimento. São denominados usualmente de direitos de solidariedade ou fraternidade, em razão do interesse comum que liga e une as pessoas e, de modo especial, em face de sua implicação universal

---

<sup>10</sup> JATAHY, Carlos Roberto de Castro. **20 anos de Constituição: O novo Ministério Público e suas perspectivas no Estado Democrático de Direito** in CHAVES, C.; ALVES, C.B.M.; ROSENVALD, Nelson (coord.). *Temas atuais do Ministério Público: A atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 06.

<sup>11</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. 1998. p. 48.

<sup>12</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. Bahia: JusPodivm, 2008, p. 511.

por exigirem esforços e responsabilidades em escala, até mesmo mundial para sua efetivação.<sup>13</sup>

Bonavides ainda ousa, afirmando existirem outras dimensões além destas, que visam resguardar direitos tais como democracia direta, pluralismo, informação, direito contra manipulações genéticas, mudança de sexo e todos aqueles relacionados à biotecnologia.<sup>14</sup>

Atualmente, as características dos direitos fundamentais, enumeradas e descritas na obra de Dirley da Cunha Junior, são: historicidade, universalidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, limitabilidade, concorrência, proibição do retrocesso e constitucionalização.<sup>15</sup>

Feita concomitantemente a análise da evolução histórica do Estado Moderno e dos direitos fundamentais, urge observar o direito social à educação, sua importância, previsão constitucional e legal, no ordenamento jurídico brasileiro.

### **3. O Princípio da Gestão Democrática das Escolas Públicas e sua Concretização**

Democracia é a efetividade da soberania popular que implica a participação direta da sociedade na república, em todos os seus poderes. É dar voz ao povo para que possa ter sua vontade efetivamente satisfeita. Para ser praticada em um Estado, a democracia necessita de institutos caracteristicamente democráticos a serem implementados nessa sociedade, que permitam que as pessoas possam efetivamente interagir com o Poder Público e fazer-se ouvir e respeitar.

Vários são os institutos democráticos que dotam o Estado brasileiro, qualificando-o como Estado Democrático de Direito, contudo participação corresponde, além de voto, à prática do controle social.<sup>16</sup> Este controle é exercido na educação a partir da concretização do princípio constitucional da gestão democrática nas escolas, como forma

---

<sup>13</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. 2008, p. 571.

<sup>14</sup> BONAVIDES, Paulo. 2009. p. 660.

<sup>15</sup> Dirley, 2008, p. 581-585.

<sup>16</sup> COSTA, Antônio Carlos Gomes da; LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira. *Estatuto e LDB: Direito à Educação in* MARQUES, A.E.S.; BRANCHER, L.N. (coord. Geral). Encontros pela Justiça na Educação. Brasília: MEC FUNDESCOLA, 2000, p. 300.

de fortalecer o Estado, mediante o processo de democracia participativa.<sup>17</sup>

Além da previsão constitucional, a própria LDB, em seu artigo 14, determina a materialização do princípio da Constituição Federal, quando diz que “os sistemas de ensino definirão as normas da gestão democrática do ensino público na educação básica, de acordo com suas peculiaridades[...]”,<sup>18</sup> definindo, ainda, os princípios nos quais deve se fundar a implementação da gestão democrática nas escolas, quais sejam: participação dos profissionais da educação local no projeto pedagógico da escola e a participação da comunidade escolar, bem como a local, através de conselhos escolares e outros.

A gestão democrática nas escolas diz respeito não apenas à forma de escolha do dirigente escolar, como o próprio nome sugere, mas, muito além disso, visa “ao direito de aquisição progressiva de autonomia pedagógica, administrativa e financeira pela escola e da participação da comunidade em conselhos ou similares”,<sup>19</sup> e, ainda, “a participação dos profissionais da educação na elaboração do projeto da escola, espécie de diretriz que orienta as atividades desenvolvidas por todos os segmentos da escola”.<sup>20</sup> É, finalmente, uma reforma no plano administrativo, financeiro e pedagógico de cada escola.

Administrativamente, é necessário um processo democrático de escolha de diretores escolares,<sup>21</sup> que tal qual a escolha dos representantes políticos, deve ser feita através do voto direto realizado pela comunidade escolar. Também é preciso a formação legítima dos conselhos escolares, constituídos por todos os atores sociais envolvidos na formação dos educandos, tais como pais, representantes de alunos, professores, funcionários, membros da comunidade e o próprio diretor

---

<sup>17</sup> COSTA, Antônio Carlos Gomes da; LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira. 2000, p. 291.

<sup>18</sup> BRASIL. LEI Nº 9.394, DE 20 DE DEZEMBRO DE 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm)>. Visitado em: 15 de abril de 2010.

<sup>19</sup> SANDER, Benno; COSTA, Denilson Bento da. **Gestão Democrática e qualidade social de educação** in *Coletânea de textos do CONAE*. Brasília: Ministério da Educação, 2010, p.151.

<sup>20</sup> SANDER, Benno; COSTA, Denilson Bento da. 2010, p.151.

<sup>21</sup> COSTA, Antônio Carlos Gomes da; LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira. 2000, p.304.

escolar,<sup>22</sup> eleitos também pela comunidade local e, ainda, formação de dignos Conselhos Municipais, Estaduais e Nacional de Educação.<sup>23</sup> Os conselhos escolares possuem função deliberativa, consultiva, mobilizadora, normativa e, sobretudo, fiscalizadora.

Financeiramente, refere-se à batalha pela autonomia escolar no gerenciamento de seus recursos financeiros, conforme a necessidade da própria escola, desvinculando-se os recursos da Secretarias de Educação, sejam elas municipais, ou estaduais, devendo os próprios diretores com auxílio dos Conselhos gerirem as despesas de cada escola.<sup>24</sup>

Já pedagogicamente, é preciso que o projeto pedagógico de cada escola seja construído com a participação de todos os setores envolvidos na educação de cada localidade, a fim de atingir às necessidades específicas daquela comunidade, permitindo que o direito social à educação seja prestado com eficiência, não apenas em números que não produzem resultado efetivo.<sup>25</sup>

Observe-se que a implementação da gestão democrática “é uma conquista histórica de enormes proporções, cuja manutenção e aperfeiçoamento implicam uma filosofia política relevante e uma estratégia de ação pedagógica efetiva”,<sup>26</sup> contribuindo, por sua vez, “para o fortalecimento da democracia e o exercício da cidadania na escola e na sociedade”.<sup>27</sup>

Assim, compreende-se que gestão democrática é um processo de interação de todos os mecanismos de formação do ser humano, expressos no artigo 1º da LDB,<sup>28</sup> e, ainda, de controle social do serviço

---

<sup>22</sup> BRASIL. Ministério da Educação. Programa Nacional de Fortalecimento dos Conselhos Escolares. Disponível em <[http:// portal.mec.gov.br/](http://portal.mec.gov.br/)> Acesso em: 15 de abril de 2010.

<sup>23</sup> LUCE, Maria Beatriz; SARI, Marisa Timm. A organização da educação – qual educação? Direito de quem? Dever de quem? in MARQUES, A.E.S; BRANCHER, L.N. (coord. Geral). Encontros pela Justiça na Educação. Brasília: MEC FUNDESCOLA, 2000, p. 342.

<sup>24</sup> LUCE, Maria Beatriz; SARI, Marisa Timm. 2000, p. 338.

<sup>25</sup> LUCE, Maria Beatriz; SARI, Marisa Timm. 2000, p. 338.

<sup>26</sup> SANDER, Benno; COSTA, Denilson Bento da. 2010, p.153.

<sup>27</sup> SANDER, Benno; COSTA, Denilson Bento da. 2020, p.153.

<sup>28</sup> CYRINO, Públio Caio Bessa. 2000, p. 279.

público de ensino, aludindo a noções de autonomia, regulação, engajamento e responsabilidade social, de origem constitucional, mas que deve ser implementada pelo próprio sistema de educação (Municipal, Estadual ou Federal), por iniciativa do Poder Público.

Neste sentido, segue o próximo capítulo, visando a demonstrar a obrigatoriedade de sua implementação pelo Poder Público, na garantia da prestação do serviço público de ensino com qualidade, bem como os entraves encontrados para sua efetivação.

#### **4. Os Serviços Públicos e o Ensino enquanto Serviço Público Essencial**

Muitos são os juristas que tratam da matéria administrativa na qual se conceitua o serviço público, que, segundo a melhor doutrina, é:

[...] toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.<sup>29</sup>

Assim, os serviços públicos são aqueles serviços necessários à população, que são prestados pelo Estado no exercício de sua soberania, contudo, podendo ser prestados diretamente, ou de forma indireta, mediante concessão ou permissão ofertada a um particular, a depender da essencialidade que o serviço demande, o que é definido pelo próprio Estado, ou, mais ainda, pré-estabelecido por ordem maior do Constituinte originário, quando da elaboração da Constituição Federal, na inserção de alguns direitos como de concretização fundamental ao Estado Democrático de Direito.

Por sua vez, os serviços públicos submetem-se a princípios que, segundo a jurista Di Pietro “são inerentes ao (seu) regime jurídico”,<sup>30</sup> quais sejam, o da continuidade do serviço público, o da mutabilidade do regime jurídico e o da igualdade dos usuários. Continuando a tratar dos

---

<sup>29</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 650.

<sup>30</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 99.

serviços públicos, a mesma doutrinadora expõe sua classificação, em próprios e impróprios. Com relação ao objeto, em administrativos, comerciais, industriais e sociais. Quanto à maneira de satisfação do interesse da coletividade, em *uti singuli* e *uti universi*. Quanto à definição da essencialidade da atividade prestada pelo Estado, em originários ou congênitos e derivados ou adquiridos. Quanto à exclusividade na prestação pelo Estado, em exclusivos e não exclusivos. Hely Lopes de Meirelles define os serviços próprios como sendo:

[...] aqueles que se relacionam intimamente com as atribuições do Poder Público (segurança, polícia, higiene e saúde públicas etc) e para a execução dos quais a administração usa da sua supremacia sobre os administrados. Por esta razão, só devem ser prestados por órgãos ou entidades públicas, sem delegação a particulares.<sup>31</sup>

Os serviços impróprios, para o mesmo jurista, são:

[...] os que não afetam substancialmente as necessidades da comunidade, mas satisfazem a interesses comuns de seus membros e por isso a Administração os presta remuneradamente, por seus órgãos, ou entidades descentralizadas (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações governamentais) ou delega a sua prestação a concessionários, permissionários ou autorizatários.

Os serviços administrativos são aqueles executados pela Administração internamente no intuito de realização de prestação dos demais serviços públicos. Sobre os comerciais ou industriais há divergência doutrinária, sendo, para Di Pietro, aqueles que a Administração realiza com a finalidade de satisfazer necessidades da coletividade de ordem econômica, já para Hely Lopes de Meirelles, seriam aqueles relativos aos discriminados na Constituição Federal como ordem econômica, que define atividades econômicas que só podem ser fornecidas pelo Estado de maneira suplementar. Com relação ao serviço público social:

[...] é o que atende a necessidades coletivas em que a atuação do Estado é essencial, mas que convivem com a iniciativa privada, tal como ocorre com os serviços de saúde, educação,

---

<sup>31</sup> MEIRELLES, Hely Lopes de. *Direito Administrativo Brasileiro*. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 332.

previdência, cultura, meio ambiente; são tratados na Constituição no capítulo da ordem social e objetivam atender aos direitos sociais do homem considerados direitos fundamentais pelo artigo 6º da Constituição.<sup>32</sup>

Existem, ainda, os serviços públicos em caráter *uti singuli*, prestados pelo Estado para ser usufruído diretamente pelo particular e pela comunidade como um todo, de modo que “entram nessa categoria determinados serviços comerciais e industriais do Estado [...] e de serviços sociais (ensino, saúde, assistência e previdência social)”.<sup>33</sup> Já os *uti universi* são prestados pelo Estado à comunidade para ser usufruídos indiretamente pelo particular.

Em relação aos serviços prestados pelo Estado, mas que podem ter ou não a natureza de sua execução privada, podem ser originários, quando são privativos do Estado, ou derivados, quando são absorvidos pelo Estado, apesar da natureza privada.

Já em relação à prestação exclusiva ou não pelo Poder Público, a própria Constituição Federal tratou de enumerá-los, dizendo quais serviços devem ser prestados exclusivamente pela Administração Pública, e, ainda, àqueles que podem ser prestados em caráter complementar pelas entidades privadas. Quanto a estes últimos, Maria Sylvia Zanella Di Pietro explana: “São considerados serviços públicos porque atendem a necessidades coletivas; mas impropriamente públicos, porque falta um dos elementos do conceito de serviço público, que é a gestão, direta ou indireta, pelo Estado”.<sup>34</sup>

Celso Antônio Bandeira de Melo especifica em sua obra que há cinco tipos de serviços que sob nenhuma justificativa, poderá o Estado permitir que sejam prestados com exclusividade por particulares, o que considera “a título de atividade privada livre, seja à título de concessão, autorização ou permissão”, quais sejam: educação, saúde, previdência social, assistência social e radiodifusão sonora e de sons e imagens.<sup>35</sup>

O direito à educação, por oportuno, materializa-se através da prestação do serviço público de ensino e, conforme se depreende da

---

<sup>32</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 2008, p. 102-103.

<sup>33</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 2008, p. 103.

<sup>34</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 2008, p. 104.

<sup>35</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 2007, p. 668.

classificação exposta pelos sobreditos autores, não resta dúvida quanto à natureza deste, sendo o referido serviço público essencial, com objeto social, de prestação não exclusiva pelo Estado, podendo ser classificado como impróprio quando não prestado diretamente pelo Estado, mas próprio em relação ao tema do presente estudo.

José Afonso da Silva, notório constitucionalista, acertadamente afirma em sua obra que “as normas tem o significado jurídico de elevar a educação à categoria de serviço público essencial que ao Poder Público impende possibilitar a todos”,<sup>36</sup> e José Celso de Mello argumenta que “o acesso à educação é uma das formas de realização concreta do ideal democrático”,<sup>37</sup> aí se encontrando em suma a sua importância.

A própria Constituição Federal determinou que o ensino deve, primordialmente, ser oferecido pelo Estado e que seu dever para com esta será efetivado mediante a garantia de cumprimento de condições postas nos incisos de seu artigo 208.<sup>38</sup>

Neste sentido, Eduardo Martines:

De plano, cumpre ressaltar que, em vista dos variados dispositivos constitucionais que consagram como dever do Estado – embora não exclusivamente dele – o oferecimento de educação, ela não pode ser objeto de mera regulamentação e gerenciamento. Conquanto não se impeça a atividade privada na área da educação (art. 209 da CF), ao Estado cumpre também prestar diretamente educação à sua população.

---

<sup>36</sup> SILVA, José Afonso da. 2005, p. 313.

<sup>37</sup> Mello Filho, José Celso. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994, p. 533.

<sup>38</sup> I - educação básica obrigatória e gratuita dos 04 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva universalização do ensino médio gratuito; III- atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; V- acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; VII - atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

A escola pública, portanto, é a instituição estatal na qual será ministrado o ensino. Ela é o instrumento através do qual o Estado cumprirá com seu dever de fornecimento do serviço público e é nela que devem ser asseguradas tudo que a Lei Maior determina. A regra só terá o resultado pretendido pelo legislador constituinte quando, para sua realização, forem observados os princípios educacionais, bem como, as metas a que o Estado Brasileiro se submete, dedicando-lhe ações concretas no intuito de promover seu cumprimento.

Contudo, não cabe ao Estado apenas o fornecimento do ensino de qualquer maneira, a fim de satisfazer os números sem, contudo, permitir que de fato a população esteja satisfeita e apta para a realização daquilo que o Direito lhe reserva, ou seja, não adianta que o Estado construa escolas ou oferte ensino gratuito, se, de fato, ele não o faz de modo a atender as reais necessidades de cada comunidade, ou, ainda, não o faça dentro dos padrões de qualidade exigíveis a capacitar os educandos à realidade com a qual os mesmos se depararão, pois, de outra forma, apesar de oferecido o serviço, este não estará alcançando a sua finalidade.

Assim, é preciso perceber que o Estado obriga-se a executar o serviço público de ensino com a qualidade efetiva, de modo a se alcançar o fim a que este direito se destina. Essa exigência constitucional qualitativa nas ações estatais implica o princípio da eficiência, que será estudado a seguir, cuja importância é ilimitada, para compreensão do presente trabalho.

## **5. O Princípio da Eficiência como um Novo Administrar**

A Administração Pública norteia-se por princípios explicitados na Constituição Federal, sendo eles: legalidade, moralidade, impessoalidade ou finalidade, publicidade, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança pública, motivação, supremacia do interesse público e, finalmente, eficiência. Alexandre de Moraes, sobre o tema, afirma:

Dessa forma, a EC 19/98, seguindo os passos de algumas legislações estrangeiras, no sentido de pretender garantir maior qualidade na atividade pública e na prestação dos serviços públicos, passou a proclamar a administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, deverá obedecer, além dos tradicionais

princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, também o princípio da eficiência.<sup>39</sup>

Resultado e efetividade são as palavras que bem definem a peculiaridade do que trata o princípio da eficiência, princípio este diretamente relacionado a todo o exposto até o presente momento e expresso na Lei Maior em seu artigo 37 como um destes princípios fundamentais em que deve se basear a Administração Pública. Hely Lopes Meirelles, sobre o princípio da eficiência, diz:

O princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição, e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros. [...] Assim, a verificação da eficiência atinge os aspectos quantitativo e qualitativo do serviço, para aquilatar do seu rendimento efetivo, do seu custo operacional e de sua real utilidade para os administrados e para a Administração.<sup>40</sup>

Desse modo, é forçoso concluir que, quando o Poder Público vai oferecer algum serviço essencial à coletividade não basta ao administrador público a prestação de um mínimo que não satisfaça o interesse social,<sup>41</sup> para que formalmente tenha cumprido com sua obrigação. Muito distante disso, atualmente necessário é que o serviço seja prestado de modo a atender às necessidades da sociedade.

Penetrando no conceito de José Afonso,<sup>42</sup> tem-se que é preciso um aparelhamento racional dos meios e recursos humanos, materiais e institucionais para o desenvolvimento de serviços públicos de qualidade com razoável rapidez e em condições econômicas de igualdade dos destinatários do serviço público.

Em suma, visa-se pelo cumprimento do princípio da eficiência uma melhor utilização dos recursos públicos, evitando qualquer desperdício e garantindo o que Alexandre de Moraes chama de

---

<sup>39</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 298.

<sup>40</sup> MEIRELLES, Hely Lopes de. 2007, p. 96.

<sup>41</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. 2008, p. 855.

<sup>42</sup> SILVA, José Afonso da. 2005, p. 671-672.

“rentabilidade social”,<sup>43</sup> devendo o administrador atuar de maneira imparcial e independente, buscando a otimização dos resultados, o que significa dizer que é preciso avaliar a satisfação do destinatário do serviço, bem como o aperfeiçoamento da qualidade permanentemente, dia após dia. O mesmo autor diz que as características básicas do princípio da eficiência são o direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum, a imparcialidade, a neutralidade, a transparência, a participação e a aproximação dos serviços públicos da população, a eficácia, a desburocratização, e, por fim, a busca da qualidade.<sup>44</sup>

Em assim sendo, o Poder Público além de vinculado a ofertar o serviço público essencial imediatamente pela força impositiva da norma constitucional, deverá fazê-lo da maneira mais eficiente que puder, a fim de assegurar que o particular tenha seu direito efetivado.

O Estado deve oferecer o serviço mais adequado como solução que atenda melhor ao interesse público. Para isso, precisa exigir uma maior produtividade dos seus servidores e o aperfeiçoamento de toda a máquina estatal, o que é feito mediante institutos de controle e avaliação de órgãos e agentes. Assim, por força do § 3º, do artigo 37 da CF, haverá a participação do usuário nos serviços, seja na Administração Pública direta ou indireta, com relação às reclamações feitas por este, relativas à prestação de serviços essenciais, sendo-lhes garantida a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços.<sup>45</sup>

Ou seja, uma das formas encontradas pelo constituinte para se verificar se o serviço público está sendo prestado eficientemente, é propor a formulação de lei que determinará as formas que o usuário terá para participar do serviço público. Ora, o instituto democrático de gestão democrática das escolas, que possibilita a participação direta do destinatário final do serviço na construção de um “espaço de deliberação coletiva”,<sup>46</sup> conforme se depreende do material fornecido

---

<sup>43</sup> MORAES, Alexandre de. 2005, p. 300.

<sup>44</sup> MORAES, Alexandre de. 2005, p. 302.

<sup>45</sup> MORAES, Alexandre de. 2005, p. 305-306.

<sup>46</sup> EIXO II. *Qualidade da Educação, Gestão Democrática e Avaliação* in FERNANDES, Francisco Chagas (Coord. Geral). Documento-base da CONAE. Brasília: Ministério da Educação, 2010, p. 36.

para discussão da CONAE em 2010, nada mais é do que a melhor forma de possibilitar a prestação eficiente do serviço público de ensino. Dessa forma, “precisa ser assumida como fator de melhoria da qualidade da educação, de aprimoramento e continuidade das políticas educacionais, enquanto políticas de Estado, articuladas com as diretrizes nacionais para todos os níveis e modalidades de educação”.<sup>47</sup>

Verifica-se, portanto, uma relação direta e efetiva, entre o princípio da eficiência e a política de implementação da gestão democrática nas escolas públicas, por seu objetivo comum de alcançar o máximo de qualidade na prestação do serviço de ensino. Entretanto, é necessário conhecer a problemática existente na efetivação da gestão democrática, o que será abordado em sequência.

## **6. A Gestão Democrática nas Escolas e a Problemática na sua Efetivação**

Sabe-se que a vontade do constituinte originário foi de dotar as normas que ditam direitos fundamentais de todas as naturezas de eficácia social e aplicabilidade imediata, assim é o que prescreve o § 1º do artigo 5º da Constituição Federal, conforme pensa Dirley da Cunha Jr.<sup>48</sup>.

Eficácia social, segundo o mesmo autor, é a efetiva aplicação da norma, ou seja, as normas garantidoras do direito à educação, inegavelmente, possuem efetiva aplicação. E pelo princípio da eficiência não é mais permitido ao Poder Público prestar o serviço público de ensino sem a “adoção de todos os meios legais e morais possíveis para a satisfação do bem comum”.<sup>49</sup>

Por sua vez, não há como fornecer um serviço público de ensino de qualidade, alcançando o que dispõe o princípio da eficiência, sem averiguar a realidade das escolas, dos estudantes, das famílias, das localidades, para saber, enfim, o que cada comunidade necessita, eis que uma das características básicas de tal princípio é justamente a de participação e aproximação dos serviços públicos da população, segundo Alexandre de Moraes, ele leciona:

---

<sup>47</sup> EIXO II. 2010, p. 36.

<sup>48</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. 2004, p. 90.

<sup>49</sup> MORAES, Alexandre de. 2005, p. 300.

“[...] deverá existir participação e aproximação dos serviços públicos da população, dos interessados na gestão efetiva dos serviços administrativos, de acordo com o princípio da gestão participativa, como verdadeiro desmembramento do princípio da soberania popular e da democracia representativa [...]”.<sup>50</sup>

Contudo, na realidade das escolas públicas brasileiras, o que se observa é bem diferente daquilo que se prega com base nos ditames constitucionais e legais ofertados, segundo pesquisa atualizada do Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social do Governo Federal. Detectou-se que o macro-problema a educação no País seria:

[...] “o nível de escolaridade da população brasileira baixo e desigual”, resultando de seis problemas inter-relacionados: a persistência do analfabetismo; insuficiências de desigualdades das etapas da educação básica (educação infantil, ensino fundamental e ensino médio), na educação profissional e no ensino superior. [...] Para cada um desses problemas foram identificadas causas associadas relativas ao acesso e permanência do aluno ao nível ou modalidade de ensino e à qualidade do atendimento educacional.<sup>51</sup>

Os números são alarmantes, quando retratam que 10% (dez por cento) da população brasileira é analfabeta, encontrando-se um número maior de analfabetos entre os nordestinos, na população rural, na população considerada mais pobre, e entre idosos maiores de 60 (sessenta anos). Verificou-se, ainda, nesta pesquisa que 75% (setenta e cinco por cento) dos municípios oferecem serviços de creches públicas, porém em número insuficiente em relação à necessidade da população. No país há mais de 27% (vinte e sete por cento) das crianças sem acesso à pré-escola pública. Os níveis de desempenho e conclusão do ensino fundamental são insuficientes e desiguais no País, assim como no ensino médio, e possui acesso limitado para crianças portadoras de deficiência. Com relação à infra-estrutura, os números demonstram que 23% (vinte e três por cento) das escolas rurais ainda não possuem sequer energia elétrica, 75% (setenta e cinco por cento) destas não

---

<sup>50</sup> MORAES, Alexandre de. 2005, p. 203-304.

<sup>51</sup> CONSELHO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL. **Retrato das Desigualdades na Escolarização e no Sistema Tributário Nacional: Observatório de Equidade**. Brasília: Ministério da Educação, 2009, p. 9.

possuem bibliotecas, dentre outros graves problemas observados ao longo dos anos de 2007 a 2009.<sup>52</sup>

A gestão democrática encontra sérias barreiras, diante da realidade educacional apresentada, em dois aspectos fundamentais. Primeiramente, quando se verifica que, na obrigação de satisfazer os anseios sociais pelo oferecimento eficiente do ensino, otimizado pela participação efetiva da população, o Estado sequer consegue ofertar o mínimo a que é obrigado por força constitucional, havendo “uma boa parcela da população carente de recursos básicos para uma condição existencial minimamente aceitável”,<sup>53</sup> e por isso se omite na implementação do instituto, por considerá-lo uma realidade muito distante.

Por outro lado, e também sério, embora muitas vezes o Poder Público regularize a implementação da gestão democrática nas escolas públicas como cumprimento formal de uma obrigação legal, esta não é feita segundo os ditames do supramencionado princípio da eficiência, ou seja, a fim de alcançar verdadeiramente os resultados a que o instituto se propõe. Ora porque não foi introduzida da forma mais legítima e moralmente adequada, ora porque a população, peça fundamental na concretização do instituto, não dispõe do conhecimento necessário para o efetivo exercício de suas funções, justamente pela sua realidade de baixa instrução, não acompanha o alcance e a força de sua atuação, ou, ainda, é utilizada para satisfazer interesses outros, geralmente políticos, ou para incentivar a baderna, a falta de compromisso, a discussão que não é construtiva, promovendo o atraso e a desordem.

O ideal seria a integração da sociedade com a escola:

Havendo perfeita integração da sociedade com a escola, estarão edificadas as bases para que essa autonomia possa dar certo, sem desvios, sem abusos, sem omissões, das quais o controle e a participação da sociedade (pais, alunos, professores e demais atores sociais) serão pilares.<sup>54</sup>

---

<sup>52</sup> CONSELHO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL. 2009, p. 09-34.

<sup>53</sup> ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de Direito Constitucional*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 333-334.

<sup>54</sup> CYRINO, Públio Caio Bessa. 2000, p. 282.

Porém, no Brasil, verifica-se praticamente inaplicável a sua visualização dentro daquilo que de fato de propõe.

É diante de tal problemática que se apresenta o papel do novo Ministério Público e a obrigatoriedade da adoção de uma postura também nova de seus membros, pró-ativa, no intuito de buscar uma solução verdadeiramente eficaz na defesa da Constituição, do princípio democrático e dos interesses sociais e do Estado Democrático de Direito, com a concretização da gestão democrática nas escolas de ensino público.

### **7. O Ministério Público na Constituição Federal de 1988: Novo Paradigma de Atuação**

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público que, como coloca Mazilli em sua obra, “começou como defensor do rei, passou a defensor do Estado, depois a defensor da sociedade”,<sup>55</sup> fazendo-se “instituição vinculada ao Executivo, atuando no Judiciário, em defesa do Legislativo”,<sup>56</sup> passa agora a assumir um novo paradigma de atuação, a partir de um novo perfil que lhe foi conferido pelo legislador constituinte, muito embora a resistência por parte da doutrina e jurisprudência convencional em reconhecer a situação de elevação em que foi colocado o Ministério Público, há de se convir a fundamentalidade do seu papel no Estado Democrático de Direito brasileiro<sup>57</sup> e, mais ainda, no sistema de freios e contrapesos que balanceia o princípio da separação de poderes.<sup>58</sup>

A Constituição Federal, a partir de seu artigo 127, ainda no Título da Organização dos Poderes, em que pese estar inserido no capítulo que trate das funções essenciais à Justiça, vai explanar esse novo Ministério Público, trazendo conceito, atribuições, princípios norteadores,

---

<sup>55</sup> MAZILLI, Hugo Nigro. **O acesso à Justiça e o Ministério Público**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 89.

<sup>56</sup> MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 466.

<sup>57</sup> PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Disciplina Jurídica do Direito à educação** in MARQUES, A.E.S; BRANCHER, L.N. (coord. Geral). 2000, p. 194.

<sup>58</sup> RITT, Eduardo. **O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 151-152.

garantias, vedações, organização funcional e funções institucionais. Tal apanhado feito pela Lei Maior serviu de base para a elaboração das Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos nos Estados da Federação, bem como, na União.

Assim, dita a Lei Maior que o Ministério Público é instituição permanente, no sentido de tratar-se de “estrutura organizacional direcionada à consecução de determinados fins [...] desvinculada de qualquer estrutura hierárquica, inexistindo subordinação em relação a autoridade estranha a seus quadros[...]”<sup>59</sup>, que limita os poderes de reforma da própria Constituição, existindo, então, como cláusula pétreia, sendo essencial à função jurisdicional do Estado. Este se encarrega da defesa da ordem jurídica, bem como do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Enquanto instituição, Emerson Garcia informa que o Ministério Público baseia-se nos princípios da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional, o que quer dizer que seus agentes integram um único organismo e em seu nome atuam, não havendo prejuízo em sendo substituído um membro por outro, por motivo previsto em lei e, ainda, livres de ingerência de qualquer agente dos Poderes estatais, quando do exercício de suas funções, para o cumprimento de suas atribuições constitucionais.

Quanto à abrangência da instituição, estabelece a Constituição que esta alcança: “I – o Ministério Público da União, que compreende: a) o Ministério Público Federal; b) o Ministério Público do Trabalho; c) o Ministério Público Militar; d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; II - os Ministérios Públicos dos Estados”, esclarecendo a Lei Maior sobre as funções de chefia e sua forma de exercício. Destarte, no intuito de cumprir com os deveres impostos pela Constituição Federal já mencionados, que são a realização da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, incumbe aos membros da instituição o exercício de funções institucionais dispostas no artigo 129 da CF.<sup>60</sup>

---

<sup>59</sup> GARCIA, Emerson. **Ministério Público: Organização, Atribuições e Regime Jurídico**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 46.

<sup>60</sup> I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as

A Lei Orgânica do Ministério Público da União é a Lei Complementar nº 75/1993 e a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público nos Estados é a Lei nº 8.625/1993, não obstante diversas legislações particulares ainda definirem funções e atribuições outras aos membros da instituição.

Dessa forma, Alexandre de Moraes coloca que a Constituição confere aos seus membros garantias essenciais para o imparcial exercício de suas funções, quais sejam: vitaliciedade, após dois anos de exercício (não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado); inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público (mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa); e irredutibilidade de subsídio. Ainda, propõe vedações aos seus presentantes, tais como: receber valores de honorários, percentagens ou custas processuais; exercer a advocacia; participar de sociedade comercial, na forma da lei; exercer, ainda que tenha disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério; exercer atividade político-partidária; receber auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, (ressalvadas exceções previstas em lei).<sup>61</sup>

Por fim, a Constituição Federal, quando impõe ao Ministério Público a promoção de medidas necessárias para zelar pelo efetivo

---

medidas necessárias a sua garantia; III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição; V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas. BRASIL. Constituição (1988).

<sup>61</sup> MORAES, Alexandre de. 2005, p. 551-554.

respeito dos serviços de relevância, assecuratórios da garantia dos direitos fundamentais dos quais é defensor, permitiu que legislações complementares instituíssem diversos instrumentos hábeis a persecução de tal fim.

Muito embora haja a permissão constitucional para que o *Parquet* exija judicialmente que os direitos fundamentais sejam respeitados pelo Poder Público, através de ajuizamento de ações civis públicas para as quais é legitimado não exclusivo, isto pressupõe a lesão a tais direitos, que trará conseqüências, muitas vezes, irremediáveis. Em um momento no qual tanto se fala em eficiência da Administração Pública, na busca pela satisfação dos cidadãos, enquanto destinatários finais dos serviços públicos e detentores dos direitos assinalados como fundamentais, há que se concluir que a prevenção, o controle e o acompanhamento das ações estatais por parte da instituição legitimada para defesa dos interesses sociais, qual seja, o Ministério Público,<sup>62</sup> possuem maior eficácia social do que a atuação repressiva e judicial.

Neste sentido, encontra-se o ponto fulcral do presente trabalho: a eficácia da atuação extrajudicial do Ministério Público como forma de contribuir para a eficiência administrativa, no tocante ao acompanhamento da implementação e desenvolvimento da gestão democrática nas escolas.

A seguir, tratar-se-á da atuação extrajudicial do Ministério Público, sua importância e necessidade frente aos problemas atuais do Estado Democrático de Direito.

## **8. A Atuação Extrajudicial do Ministério Público**

Considerando-se que o Estado Democrático de Direito objetiva propagar os valores democráticos de igualdade, liberdade e dignidade humana, segundo Jatahy, o Direito necessita ajustar-se ao interesse público para permitir que o Estado atinja seu fim. Tais valores, por sua importância à concretização do Estado, necessitam de uma instituição que os defendam. A instituição, por excelência, assim determinada pelo legislador constituinte e elevada à categoria de cláusula pétrea é o Ministério Público. Por isso, o mesmo autor afirma que o *Parquet*

---

<sup>62</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional. *Educação: Condição de Cidadania*. Vitória: CEAF, 2002, p. 191.

assume com a Constituição Federal de 1988 um perfil diferenciado daqueles impostos pelas Constituições anteriores, que é de “agente de transformação social”.<sup>63</sup>

Isto se verifica claramente quando da função imposta ao Órgão Ministerial de controle residual<sup>64</sup> dos atos do Poder Público, que abrange os três Poderes, especialmente o Poder Executivo, a fim de garantir sejam efetivados os direitos dos cidadãos pela eficiente prestação do serviço público apto a materializar cada direito. Neste sentido:

Pode-se conceituar controle administrativo como o conjunto de instrumentos que o ordenamento jurídico estabelece a fim de que a própria Administração, os Poderes Judiciário e Legislativo, e ainda o povo, diretamente ou por meio de órgãos especializados, possam exercer o poder-dever ou a faculdade de fiscalização, orientação e revisão de atuação administrativa de todos os órgãos, entidades e agentes públicos, em todas as esferas do Poder.<sup>65</sup>

A legislação confere ao Ministério Público o poder, e, mais ainda, o dever, de agir em nome do povo, como órgão especializado na sua defesa, ou seja, na defesa dos interesses sociais, podendo, inclusive, valer-se da via judicial para tanto, através do ajuizamento da ação civil pública.

Neste diapasão, não colocando em dúvida a importância da ação civil pública como instrumento apto a coagir o Poder Público, através da provocação ao Poder inerte que é o Judiciário,<sup>66</sup> a garantir a efetividade dos direitos fundamentais de diversas ordens, é preciso reconhecer a sobrecarga que assola o Judiciário e o conseqüente retardamento na obtenção de resultados que, na maioria das vezes, necessitam ser imediatos face à fundamentalidade do direito que se relaciona com pleito formulado.

Assim, muito embora a Constituição confira ao Ministério Público atribuições e deveres fundamentais ao próprio Estado

---

<sup>63</sup> JATAHY, Carlos Roberto de Castro. 2008, p. 08.

<sup>64</sup> JATAHY, Carlos Roberto de Castro. 2007, p. 30.

<sup>65</sup> ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo descomplicado**. 14 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, p. 548.

<sup>66</sup> MAZILLI, Hugo Nigro. 2007, p. 72.

Democrático de Direito, a instituição esbarra nas mesmas dificuldades que o próprio cidadão encontra, não sendo possível trabalhar para garantir que o serviço público fosse prestado eficientemente ao cidadão. Por isso, são oferecidos ao Órgão Ministerial instrumentos outros, de natureza extrajudicial, através dos quais os seus membros atuam diariamente de forma criativa, ágil,<sup>67</sup> dinâmica e eficaz, na maioria das vezes, no intuito de melhor satisfazer o público, alvo de toda a atuação estatal, viabilizando a eficiência na administração pública e agindo, por conseguinte, como “instituição mediadora nos conflitos de interesses sociais”.<sup>68</sup>

Hugo Nigro Mazilli diz que “Longe, porém, de um papel apenas destinado a colaborar com a prestação jurisdicional do Estado seja como órgão agente, seja como órgão interveniente, o ofício do Ministério Público desenvolveu-se também na esfera extrajudicial[...]”.<sup>69</sup> Corroborando com o aludido autor, Alexandre Moraes:

O princípio da eficiência vem reforçar a possibilidade do Ministério Público, com base em sua função constitucional de zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promover as medidas necessárias judicial e extrajudicialmente, à sua garantia [...].<sup>70</sup>

Os instrumentos de atuação extrajudicial do Ministério Público são o inquérito civil, o termo de ajustamento de conduta, as recomendações administrativas e os procedimentos administrativos.<sup>71</sup>

Na conceituação de Emerson Garcia, o inquérito civil é o instrumento para investigação realizada pelo *Parquet*, no qual diligenciará para obter provas, a fim de consubstanciar possível ação civil pública ou responsabilização por ato de improbidade

---

<sup>67</sup> JATAHY, Carlos Roberto de Castro. 2008, p. 01.

<sup>68</sup> JATAHY, Carlos Roberto de Castro. 2007. p. 51.

<sup>69</sup> MAZILLI, Hugo Nigro. 2007, p. 39.

<sup>70</sup> MORAES, Alexandre de. 2005, p. 306.

<sup>71</sup> RODRIGUES, Geisa de Assis. Reflexões sobre a atuação extrajudicial do Ministério Público: inquérito civil público, compromisso de ajustamento de conduta e recomendação legal *in* CHAVES, C.; ALVES, C.B.M.; ROSENVALD, Nelson (coord.). Temas atuais do Ministério Público: A atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

administrativa. No termo de ajustamento de conduta serão documentados compromissos firmados pela Administração Pública, direta ou indireta, que passarão a ter força de título executivo extrajudicial. Já nas recomendações administrativas o Ministério Público, por seu agente signatário, vai sugerir ao Poder Público a adoção de medidas que são da esfera de atribuições deste, no caso dos serviços públicos, pode recomendar a melhoria na sua prestação.<sup>72</sup> Não obstante, a legislação oferece ainda, como suporte, vários poderes para agir, tais como o poder requisitório, de inspeção e diligência.<sup>73</sup>

Contudo, muito além do uso de tais instrumentos, incumbe ao presentante do Ministério Público, reconhecendo a importância da função constitucional que lhe foi confiada de guardião da Constituição, garantidor dos direitos fundamentais e assegurador da democracia e do Estado Democrático, ir além dos meios oferecidos, não contrariando, por óbvio, a lei, para alcançar os seus fins.

Isto quer dizer, portanto, que “num Estado em que o povo carece de um padrão mínimo de prestações sociais para sobreviver, onde pululam cada vez mais cidadãos socialmente excluídos”,<sup>74</sup> muito embora a legislação ofereça os meios pelos quais este povo vai exercer a democracia participativa, objetivando a otimização dos serviços públicos, ou ainda, instrumentos próprios de luta pelos seus direitos, a pobreza, a miséria, a falta de educação e de instrução, muitas vezes, não permitem a estas pessoas o exercício de sua cidadania de forma eficiente, como anteriormente exposto. Assim, cabe ao Ministério Público, por seus membros, uma atuação extrajudicial eficaz de acompanhamento, preparação, capacitação, incentivo e motivação da sociedade civil, das entidades e organizações não governamentais, para o exercício da democracia participativa como a legislação lhe possibilita e do controle popular da Administração Pública, para que possam atuar em parceria, como verdadeiros aliados na busca pela concretização dos objetivos do Estado Democrático de Direito.

Esta atuação materializa-se pelo devido atendimento ao público, a ser realizado na sede da instituição onde o agente atua, bem como visitas às comunidades locais, para conhecimento das realidades, a fim

---

<sup>72</sup> GARCIA, Emerson. 2005, p. 294-298.

<sup>73</sup> MAZILLI, Hugo Nigro. 2007, p.701.

<sup>74</sup> CUNHA JUNIOR, 2008, p. 309.

de saber ao certo o que exigir, para quem exigir, quais as prioridades e as dimensões dos problemas de ordem social. Necessário se faz, também, a realização de audiências públicas, com o condão de discutir com todos os atores sociais assuntos voltados ao seu máximo interesse. Seguindo este raciocínio, Hugo Nigro Mazilli: “[...] o atendimento ao público é um dos canais mais eficientes para que a instituição desempenhe suas funções constitucionais de zelar pelo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, ou seja, uma verdadeira função *ombudsman* da sociedade.”<sup>75</sup>

Também, por outro lado, muito distante de uma função de consultoria jurídica, inclusive vedada pelo ordenamento jurídico pátrio, é mister ao Órgão Ministerial uma atuação de negociação junto à Administração Pública, pelo que melhor satisfaça o interesse social, bem como, na fiscalização cotidiana, norteie as ações do Poder Público, de forma a, conjuntamente, todos trabalhem eficientemente na realização do bem maior. Sobre o tema, Jatahy concorre:

A formulação de propostas de políticas públicas também deve ser idealizada, como um meio de intervenção do Ministério Público junto ao Estado, no exercício instrumental de sua função de Agente de transformação social. Neste sentido, a Instituição pode e deve mediar encontros entre segmentos sociais e o poder público para a solução, através de Compromissos de Ajustamento de Condutas, de conflitos que permeiam a relação indivíduo/Estado.<sup>76</sup>

Diante de todo o exposto, até o presente momento, cumpre identificar um meio eficaz de atuação extrajudicial do Ministério Público, no âmbito de delimitação do estudo, qual seja, a implementação e o acompanhamento da gestão democrática nas escolas públicas.

## **9. O Ministério Público na Implementação e Acompanhamento da Gestão Democrática nas Escolas**

Tendo em vista o caráter constitucional do instituto de gestão democrática nas escolas, não há dúvidas sobre a obrigação do Ministério Público de exigir do Poder Público a sua implementação, em

---

<sup>75</sup> MAZILLI, Hugo Nigro. 2007, p. 137.

<sup>76</sup> JATAHY, Carlos Roberto de Castro. 2008, p. 13-14.

todos os âmbitos, e mais ainda, zelar para que seja legítima tal implementação.

Nos sistemas educacionais nos quais a gestão democrática ainda não foi implementada, o *Parquet* deve fomentar a iniciativa do Poder Público, através dos instrumentos conferidos a este, tais como a recomendação administrativa, sugerindo que seja a lei elaborada para determinação da gestão democrática nas escolas do âmbito da Casa Legislativa, o compromisso de ajustamento de conduta com a Administração Pública para negociar momento de desvinculação de recursos, e, ainda, a realização de audiência pública para decidir em conjunto com a comunidade local como se dará o processo eleitoral dos conselhos escolares, por exemplo.

Nos locais onde ela já tenha sido implementada, o Órgão Ministerial deve cuidar para que não sejam cumpridas meras formalidades legais, e sim para que, de fato, o instituto alcance o fim a que foi destinado enquanto princípio constitucional da educação em todas as esferas que este alcance: administrativa, pedagógica e financeira. É preciso qualificar, através de formação sistemática, a participação dos atores da sociedade civil e do governo em tais espaços, assim como reinventá-los sempre à luz dos novos desafios colocados pelo contexto onde estão inseridos, bem como da convicção de que outro mundo é possível.<sup>77</sup>

Para isso, é mister que sejam realizadas eleições – tanto para direção escolar, quanto para composição dos conselhos escolares –, já que “[...] em nível escolar, o artigo 14 da LDB deve sofrer alteração mediante aprovação de proposta de emenda constitucional que vise assegurar eleição direta para direção escolar e para os conselhos escolares”, o que não impede o agente ministerial de agir para que, desde já, seja garantida a eleição direta, recomendando e orientando sua execução em todas as suas fases. Além disso, é preciso que estas sejam realizadas sem nenhum tipo de fraude ou intervenção política, garantindo-se a soberania da decisão popular. Desse modo, imprescindível é a atuação extrajudicial de acompanhamento,

---

<sup>77</sup> PONTUAL, Pedro de Carvalho. As contribuições da Educação Popular à construção da qualidade social e democrática de educação para todos *in* FERNANDES, Francisco das Chagas (Coord. Geral). Coletânea de textos da CONAE. Brasília: Ministério da Educação, 2010, p. 157-158.

preparação, capacitação, incentivo e motivação da comunidade escolar para o exercício consciente de suas funções no Conselho Escolar, que deliberará sobre a eleição do diretor escolar, a elaboração do projeto pedagógico e o investimento dos valores recebidos pela Escola para gerir suas necessidades. Neste sentido: “O Ministério Público e o Judiciário devem atuar para garantir a existência e o funcionamento dos Conselhos, pois somente com a eficiente atuação desses órgãos se pode ter a garantia da participação popular na gestão pública do poder; os conselhos são canais de expressão da democracia participativa.”<sup>78</sup>

Eles precisam conhecer seus papéis e suas atribuições, inclusive ter sua participação valorizada pela compreensão da importância da sua função para o desenvolvimento da comunidade escolar, o que é função precípua do agente ministerial comprometido com a finalidade do exaurimento do exercício de suas funções. Então: “Precisamos ainda fortalecer os conselhos populares, para que exerçam melhor sua fiscalização, levando ao Ministério Público toda sorte de irregularidade apontada. Para isso, precisamos de leis que garantam a independência dos conselheiros, não permitindo, por exemplo, que parentes do prefeito sejam conselheiros.”<sup>79</sup>

O *Parquet* deve, antes de qualquer coisa, promover a capacitação dos conselheiros escolares, encontrando um meio para que a Administração Pública ofereça-lhes conhecimento técnico para sua qualificação. Cumpre ao Ministério Público, nesta perspectiva, movimentar-se no sentido de prestar apoio às ações dos diversos conselhos ligados à educação, orientando para uma atuação efetiva da população nestes e garantindo esta participação. Os agentes ministeriais, acometidos em um compromisso como “agente político, ou seja, como cidadão investidos do compromisso do serviço da Justiça”,<sup>80</sup> devem facilitar o acesso aos documentos necessários para o melhor desempenho de suas funções. É preciso atuar em parceria com os conselhos escolares no controle e fiscalização do cumprimento de todas

---

<sup>78</sup> CYRINO, Públcio Caio Bessa. 2000, p. 284.

<sup>79</sup> BARRETO, Leonardo da Costa. *O controle social sobre os atos de improbidade administrativa in Improbidade Administrativa: responsabilidade social na prevenção e controle*. Vitória: CEAF, 2005, p. 273.

<sup>80</sup> COSTA, Antônio Carlos Gomes da; LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira. 2000, p. 310.

as garantias que a Constituição Federal estabelece para a educação, avaliando a questão da infrequência dos alunos nas escolas, advertindo a comunidade de pais e responsáveis por estes alunos, informando a ocorrência em crime de abandono intelectual que incorrem os pais que deixam de matricular ou permitem tal infrequência, bem como nos índices de reprovação, para garantir uma educação qualitativa, pois não adianta apenas a existência de vagas, mas, principalmente o aprendizado.

Deve o Ministério Público, em conjunto com os conselhos escolares, zelar para padrões mínimos de infra-estrutura e fiscalizar tanto o transporte escolar quanto os recursos da merenda. Ainda, necessitam estimular a efetiva participação dos pais na educação escolar dos filhos e consolidar as relações entre alunos e professores, a fim de otimizar o aprendizado.<sup>81</sup>

Tal atuação extrajudicial, se desenvolvida seriamente pelo agente ministerial, produzirá efeitos, alcançando resultados positivos quanto ao desenvolvimento das capacidades humanas, além de formar cidadãos críticos, políticos, aptos para a discussão de matérias de seus interesses, permitindo a interação social e estimulando a cidadania, fins do instituto democrático em questão<sup>82</sup>. Entretanto, para alcançar a eficácia da atuação extrajudicial do Ministério Público na implementação e acompanhamento da gestão democrática nas escolas públicas, necessário se faz um desprendimento por parte do membro da instituição, que não alcançando a grandeza de sua missão, limita-se a agir atrelado aos instrumentos oferecidos pela legislação como opções para o desenvolvimento de suas funções. Segundo Carlos Roberto Jatahy:

[...] apesar de tais características, decorridos vinte anos desde o nascimento do Novo Ministério Público, a instituição encontra obstáculos e dificuldades para a sua plena e efetiva atuação, tanto nos setores externos, incomodados com o atuar de Promotores e Procuradores, quanto de membros da própria Instituição, acomodados em seu tradicional exercício funcional.<sup>83</sup>

---

<sup>81</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. 2002, p. 154.

<sup>82</sup> EIXO II. 2010., p. 36.

<sup>83</sup> JATAHY, Carlos Roberto de Castro. 2007, p. 12.

O fim perseguido deve ser o lugar para onde estejam voltados os olhos do agente, devendo para isso, esgotar todas as suas possibilidades, no intuito de que, pela máxima eficácia de sua atuação extrajudicial, seja prestado eficientemente o serviço público de ensino, de modo a permitir a concretização da democracia participativa pela implementação da gestão democrática nas escolas, assegurando, finalmente, o direito fundamental social à educação.

## 10. Conclusão

Restou elucidado no presente estudo que, na busca pela realização do direito à educação, assim como de todos os direitos de natureza social, o Ministério Público, ganha força que vai além do que se vê, o que requer a conscientização dos seus membros quanto à importância de sua atuação junto ao público, além dos limites dos Fóruns e Promotorias.

É preciso ultrapassar as conceituações tradicionais e buscar um envolvimento direto, exigindo do Poder Público o cumprimento de suas obrigações em tempo real, e não aguardar uma catástrofe social para, enfim, agir, judicializando a demanda, quando vidas já têm sido altamente prejudicadas.

A atuação extrajudicial do Ministério Público, portanto, é o grande trunfo que os seus agentes possuem para cumprir com aquilo que a Constituição Federal impõe-lhes como dever, sobretudo, no que se refere à satisfação dos interesses sociais, na defesa da Constituição e do ideal democrático. Cabe ao representante do *Parquet* o exaurimento de todas as suas possibilidades em um desenvolvimento de ações criativo, ágil, dinâmico e eficaz, na realização de acompanhamento, controle e fiscalização da gestão democrática das escolas.

É atribuição do membro do Ministério Público a atuação extrajudicial e não apenas mera faculdade o seu cumprimento, assim como é obrigação do Poder Público o oferecimento de um serviço público de ensino que atinja padrões de qualidade pela democratização da escola materializada a partir da gestão democrática desta.

Dessa forma, há que se chegar ao entendimento de que todos os atores envolvidos, quer seja a sociedade civil organizada, quer seja o Poder Executivo, ou, ainda, quer seja o agente ministerial, devem

organizar-se e interagir de modo a otimizar suas ações, visando dar efetividade ao direito à educação.

Conclui-se que é muito importante a formação do público, alvo dos serviços públicos, sobretudo do serviço público de ensino, para interagir no sistema político econômico e social do País, e a capacitação da sociedade civil por meio da atuação extrajudicial do Ministério Público no acompanhamento da gestão democrática das escolas e, além disso é uma grande esperança para o alcance dos objetivos do Estado Democrático brasileiro.

## UMA REFLEXÃO SOBRE O VOTO OBRIGATÓRIO

---

Rubens Farias Costa

### SUMÁRIO

1.Introdução. 2. Os direitos políticos. 2.1 Aproximação ao tema. 2.2 Democracia representativa versus democracia participativa. 2.3 Direitos políticos positivos e direitos políticos negativos. 3.Sufrágio, voto e escrutínio. 4. A obrigatoriedade do voto. 4.1 A implantação da obrigatoriedade do voto. 4.2 A evolução do eleitorado no Período Republicano. 4.3 As justificativas atuais para manter o voto obrigatório.4.4 As sanções para quem deixa de votar. 5. Conclusão.

### 1. Introdução

O presente artigo tem como objetivo apresentar uma reflexão a respeito da obrigatoriedade do voto no Brasil. Desde já, enfatizamos que a obrigatoriedade não é para o voto em si, e sim, para que o eleitor, no dia da eleição, compareça a sessão eleitoral, assine a lista de eleitores e dirija-se até a cabine de votação onde pode escolher um candidato, anular o voto ou “votar em branco”.

A cada dois anos nós, eleitores brasileiros, somos obrigados a comparecer às urnas onde podemos escolher os representantes que ocuparão os cargos eletivos (Presidente, Governadores, Prefeitos, Senadores, Deputados e Vereadores) e, esporadicamente, podemos se manifestar sobre determinados assuntos através de plebiscito e referendo.

Isso se deve em razão do Ordenamento Jurídico Brasileiro estabelecer que o alistamento e o voto são obrigatórios para brasileiros entre (18) dezoito e (70) setenta anos de idade. No entanto, a cada pleito

eleitoral observamos que um percentual considerável de eleitores que deixa de votar, trata-se das abstenções<sup>1</sup>.

O fato é que esse tema, sempre, emerge durante os períodos eleitorais e causa bastantes discursões nos diversos seguimentos da sociedade, inclusive no Congresso Nacional onde tramitam dezenas de projetos de lei sobre o assunto.

## **2. Os direitos políticos**

### **2.1 Aproximação ao tema**

A Constituição da República Federativa do Brasil, no artigo 1º, estabelece que o Brasil constitui-se um Estado Democrático de Direito. Tal norma indica que é a partir desse modelo que a República Federativa do Brasil deve nortear a condução do Estado, ou seja, não se trata de uma norma programática, pelo contrário quando a CRFB estabelece tal mandamento está fundando e proclamando o Estado Democrático de Direito.

A respeito das características do Estado Democrático de Direito, GILMAR MENDES<sup>2</sup> comenta, *in verbis*:

Considera-se democrático aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e, sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos.

Vê-se que o Estado Democrático de Direito tem, fundamentalmente, a incumbência de garantir a sociedade um grande leque de direitos. Ou seja, sintetiza um desejo de orientar o Estado de Direito a realizar os postulados da democracia. É evidente que se trata de um processo longo e contínuo no qual os ocupantes do poder devem nortear suas ações.

Assim, entre os direitos e garantias positivados na Constituição Cidadã estão os direitos políticos. Estes nada mais são que instrumentos por meio dos quais o Estado garante o exercício da soberania popular<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> No segundo turno das Eleições Gerais do Brasil, ocorrido em 31 de outubro de 2010, a abstenção foi de 21,5% do eleitorado para o cargo de Presidente da República, conforme o Relatório das Eleições 2010. – Brasília: TSE, 2011.

<sup>2</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, et al. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 139.

## 2.2 Democracia representativa *versus* democracia participativa

Diz-se que a palavra democracia veio da Grécia, especificamente de Atenas, e significa literalmente “poder do povo”. Daí porque relacionamos democracia à participação do povo no poder ou, de forma inversa, a participação do povo no poder é o que sustenta a democracia.

Democracia é um conceito histórico e segundo BOBBIO<sup>4</sup>:

Na teoria contemporânea da democracia, confluem três grandes tradições do pensamento político: a) a teoria clássica, divulgada como teoria aristotélica, das três formas de Governo – Democracia, Monarquia e Aristocracia; b) a teoria medieval, de origem romana, apoiada na soberania popular; c) a teoria moderna, conhecida como teoria de Maquiavel, segundo a qual as formas históricas de Governo são essencialmente duas – Monarquia e República, sendo a Democracia uma forma de República, a outra é a Aristocracia.

O certo é que, seja qual for a teoria adotada, a democracia implica a participação do povo na condução do Estado. Logo, a forma pela qual o povo participa do poder dá origem a três tipos de democracia, a saber: democracia direta, democracia indireta (representativa) e democracia semidireta (participativa).

A democracia direta é aquela em que o povo exerce, por si, os poderes governamentais, fazendo leis, administrando e julgando. Esse modelo praticamente não existe na atualidade.

A democracia indireta (representativa) é aquela na qual o povo não podendo dirigir os negócios do Estado diretamente, em razão da extensão territorial e da densidade demográfica, outorga as funções de governo aos representantes.

A democracia semidireta (participativa) é a democracia representativa com alguns institutos de participação direta do povo nas funções do Estado.

---

<sup>3</sup> A soberania popular constitui o poder supremo que o conjunto de cidadãos detém. Segundo essa teoria, o Estado é criado e sujeito à vontade das pessoas que são a fonte de todo poder político.

<sup>4</sup> BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de Política**. Vol. 1. 13. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2007, p. 319.

A CRFB, no art. 1º, parágrafo único, adotou a democracia participativa ao estabelecer, *in verbis*: Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Se na teoria, adotamos o modelo da democracia semidireta ou participativa, na prática os institutos de participação direta do povo nas funções do Estado, tais como: plebiscito, referendo e iniciativa popular raramente são utilizados.

### **2.3 Direitos políticos positivos e direitos políticos negativos**

Os direitos políticos podem ser divididos em: a) direitos políticos positivos – normas que asseguram a participação do indivíduo no processo político e nos órgãos governamentais, incluindo o direito de votar (capacidade eleitoral ativa) e de ser votado (capacidade eleitoral passiva); b) direitos políticos negativos – normas que impedem ou restringem a participação do indivíduo no processo político eleitoral. São as inelegibilidades e as hipóteses de perda e suspensão dos direitos políticos.

A capacidade eleitoral ativa (direito político ativo) consiste no direito de votar, seja para escolha de um representante, no caso de eleição, seja para decidir diretamente em determinado assunto de interesse do Estado, nos casos de plebiscito e referendo.

Já a capacidade eleitoral passiva (direito político passivo) corresponde ao direito de ser votado. Trata-se das regras de elegibilidade que devem ser observadas pelos candidatos aos cargos eletivos.

A CRFB, no art. 14, §3º, estabelece as condições de elegibilidade, *in verbis*:

§ 3º - São condições de elegibilidade, na forma da lei:

- I - a nacionalidade brasileira;
- II - o pleno exercício dos direitos políticos;
- III - o alistamento eleitoral;
- IV - o domicílio eleitoral na circunscrição;
- V - a filiação partidária;
- VI - a idade mínima de:

- a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador;
- b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal;
- c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz;
- d) dezoito anos para Vereador.

A capacidade eleitoral passiva é a possibilidade de eleger-se, concorrendo a um mandato eletivo. Portanto, para que alguém venha a pleitear um cargo público eletivo é necessário demonstrar o preenchimento das condições acima descritas. As condições de elegibilidade não se confundem com os casos de inelegibilidades (direitos políticos negativos).

Os direitos políticos negativos são aqueles que restringem e impedem as atividades político-partidárias, privando os cidadãos do exercício de seus direitos políticos. É adjetivado de negativo porque nega ao cidadão o direito de participação política.

### **3 Sufrágio, voto e escrutínio**

Para assegurar os direitos políticos e efetivar a soberania popular, temos o direito de sufrágio, voto e escrutínio. Embora, às vezes, esses termos sejam empregados como sinônimos; no campo dos direitos políticos, cada um apresenta sentido próprio.

A respeito de sufrágio, voto e escrutínio, JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>5</sup> comenta, *in verbis*: “é que os três se inserem no processo de participação do povo no governo, expressando: um, o direito (sufrágio); outro, o seu exercício (voto); e o outro, o modo de exercício (escrutínio)”.

O direito de sufrágio é o cerne dos direitos políticos. Sendo corolários dele, o direito ao voto e o direito ao escrutínio. Na verdade, o sufrágio é um direito público subjetivo que tem o cidadão de eleger, ser eleito e de participar da organização política do Estado.

O sufrágio é classificado em restrito ou universal. Essa classificação é feita levando-se em conta a abrangência dos eleitores que participam do processo eleitoral.

---

<sup>5</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33a. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 349.

O sufrágio restrito, também chamado qualificativo, ocorre quando tal direito é concedido a determinado grupo em virtude da presença de condições especiais. Assim, o sufrágio restrito pode ser censitário ou capacitário.

No sufrágio restrito censitário, só podem votar aqueles que comprovam possuir determinada renda. Esse tipo de sufrágio foi adotado na Constituição de 1824 quando determinava que para ser eleitor, o cidadão deveria possuir renda líquida anual de cem mil réis por bens de raiz, indústria, comércio ou empregos.

No sufrágio restrito capacitário, só podem votar aqueles que comprovam possuir determinado grau de instrução ou, ao contrário, quem não possuir determinado grau de instrução não pode votar. Esse tipo de sufrágio foi utilizado no Brasil para excluir os analfabetos.

O sufrágio universal ocorre quando tal direito é concedido a todos os cidadãos, sem distinção de sexos, independente de fixação de condições de nascimento, econômicas, culturais ou qualquer outra. É importante compreender a extensão do termo universal. Na verdade, o sufrágio universal sofre algumas limitações. Por exemplo, quanto à idade para se alistar eleitor e votar<sup>6</sup>. É razoável considerar que, só a partir de certa idade, o cidadão torna-se capaz de participar das decisões políticas.

O voto é o ato que materializa o direito de sufrágio, ou seja, o direito ao voto decorre do direito de sufrágio. Portanto, quando falarmos em direito ao voto, estamos se referindo ao ato prático de exercer o sufrágio.

Podemos classificar o voto, quanto ao valor, em igual ou plural. No voto igual, como o próprio nome indica, o seu valor é igual para todos os eleitores. Também, refere-se à igualdade, a ideia de cada eleitor tem direito a um único voto. Essa igualdade se traduz no brocardo: “um homem, um voto.” Ele é igual porque nas operações eleitorais os votos são contados, e não, medidos. Já o voto plural ou qualificado é aquele em que determinado eleitor tem direito a mais de um voto, ou o voto tem um valor maior para determinado eleitor. Esse tipo de voto ocorre em razão de pressupostos elitistas.

---

<sup>6</sup> No Brasil, atualmente, só a partir dos 16 anos é que o cidadão pode se alistar eleitor e votar.

Outro termo que se refere à participação do povo no processo político é o escrutínio. No contexto dos direitos políticos, o escrutínio se refere à maneira ou forma de praticar o ato de votar.

Podemos classificá-lo em público ou secreto. O escrutínio público é aquele em que o eleitor declara publicamente em quem votou. Nesse tipo de escrutínio não há qualquer preocupação com o sigilo do voto. Já no escrutínio secreto, o eleitor pratica o ato de votar sem que as demais pessoas saibam da sua opção. Essa forma de escrutínio serve para resguardar o eleitor, afim de que ele possa escolher livremente seu candidato e garantir a vontade popular. Por isso, utilizamos uma cabine de votação.

#### **4. A obrigatoriedade do voto**

A CRFB, no art. 14, estabelece que o voto é: “obrigatório” para os maiores de 18 e menores de 70 anos de idade; facultativos para os maiores de 16 e menores de 18 anos de idade, para os maiores de 70 anos de idade e para os analfabetos de qualquer idade; e proibidos para os conscritos e estrangeiros.

Mais uma vez, acrescentamos que o voto obrigatório, a rigor, não existe, já que podemos anular voto ou “votar em branco”. O que há na verdade é a obrigatoriedade de comparecermos a seção eleitoral no dia da eleição.

Nesse tópico vamos discorrer acerca da implantação da obrigatoriedade do voto em 1932; da evolução do eleitorado brasileiro no Período Republicano; das justificativas atuais para manter a obrigatoriedade; e das sanções previstas para quem deixar de votar.

##### **4.1 A implantação da obrigatoriedade do voto**

A obrigatoriedade do voto surgiu com o Código Eleitoral de 1932 e foi transformada em norma constitucional a partir da Constituição de 1934, permanecendo, desde então, como norma imodificável nas constituições e códigos eleitorais subsequentes.

O final da década de 1920 é marcado como um período de muitas transformações econômicas, tendo como epicentro a queda da Bolsa de Valores de Nova Iorque em 1929. Fato que se irradiou pelo mundo, provocando a suspensão dos créditos internacionais e, conseqüentemente, uma instabilidade geral.

No Brasil, o café, nosso principal produto de exportação, perdeu seu maior mercado consumidor, os Estados Unidos, levando o setor a uma enorme crise que se refletiu também na política.

Naquele momento histórico, o cenário político brasileiro era marcado pela política do café com leite<sup>7</sup>. Essa política foi quebrada quando o Presidente da República, Washington Luís, resolve apoiar a candidatura de Júlio Prestes, também paulista. Fato que desagradou à elite mineira, que por sua vez, se aliou à elite do Rio Grande do Sul e de parte do Nordeste para lançar à candidatura de Getúlio Vargas a Presidência da República.

Em meio a essa instabilidade política, Getúlio Vargas protagonizou o golpe que tirou o presidente Washington Luís do poder. No dia 3 de novembro de 1930, Getúlio Vargas tomou posse como chefe do Governo Provisório, data que ficou registrada como sendo o fim da Primeira República e início da Era Vargas.

Apesar da enorme crise política, havia esperanças de que fossem adotadas medidas no sentido de moralizar o processo político-eleitoral. Dessa forma, em 1930, Getúlio Vargas, designou uma subcomissão para propor alterações na legislação eleitoral. Como resultado desse trabalho foi instituído em 24 de fevereiro de 1932, através do Decreto nº 21.076, o primeiro Código Eleitoral Brasileiro.

Sem dúvida, o Código Eleitoral de 1932 foi uma norma inovadora ao criar a Justiça Eleitoral, estender o direito de sufrágio às mulheres e estabelecer a obrigatoriedade do voto.

Em relação a obrigatoriedade do voto, acrescentamos que fora implantado num período em que era preciso dar credibilidade ao processo eleitoral, sendo conveniente, naquele momento de transformações institucionais e de grande conturbação política, que todo cidadão se tornasse eleitor e votasse.

Portanto, a justificativa foi o temor de que a participação de uma quantidade muito pequena de eleitores pudesse comprometer a legitimidade do processo eleitoral. Pois, as estatísticas indicam que a

---

<sup>7</sup> A política do café com leite foi uma política de revezamento do poder nacional executada na República Velha, entre 1898 e 1930, pelos estados de São Paulo – produtor de café – e Minas Gerais – produtor de leite.

participação do povo no processo eleitoral, durante a República Velha, era bastante reduzida.

Não havia um povo politicamente organizado, nem mesmo um sentimento nacional consolidado. Os acontecimentos na arena política eram protagonizados pela elite, cabendo ao povo o papel de mero coadjuvante, assistindo a tudo sem entender muito bem o que se passava.

#### **4.2 A evolução do eleitorado no Período Republicano**

Se o principal argumento para a adoção do voto obrigatório em 1932 foi garantir a participação do povo no processo eleitoral, justificado pelo temor de que a participação de uma quantidade muito pequena de eleitores pudesse comprometer a legitimidade do processo eleitoral. Logo, surgem alguns questionamentos. Qual o percentual de eleitores em relação à população? Qual a evolução do eleitorado brasileiro?

Para responder aos questionamentos supracitados vamos dividir o Período Republicano em dois, a saber: 1º) de 1889 a 1945; e 2º) pós 1945. Portanto, o ano de 1945 é um divisor de águas porque foi nesse ano que a Justiça Eleitoral começou a cumprir o seu papel de organizar e conduzir as Eleições Gerais do Brasil.

Os únicos dados nacionais disponíveis para o período 1889-1930 são os das eleições para Presidente da República. Embora, tais resultados devam ser vistos com cuidado, devido à existência de fraude eleitoral em larga escala, eles demonstram que um número reduzido de eleitores participava das eleições.

Nesse período, não havia um cadastro de eleitores eficiente e confiável, por isso os dados são comparados entre o número de eleitores que compareciam para votar e a população total da época.

Segundo comenta NICOLAU<sup>8</sup>:

O fim da exigência de comprovação da renda (1889) para votar, não teve impacto significativo sobre o aumento do eleitorado. Praticamente não existem dados com os resultados das eleições legislativas ocorridas durante a Primeira República. A única

---

<sup>8</sup> NICOLAU, Jairo Marconi. **Historia do voto no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda, 2004, p. 3.

exceção é a eleição de 1920, onde o número de eleitores que compareceu é de apenas 2,6% da população total.

Em 1933, foi realizada eleição para o legislativo. Trata-se da única eleição da Era Vargas. Apesar do Código Eleitoral de 1932 estabelecer que o alistamento seria realizado *ex officio*, o comparecimento continuou reduzido, sendo cadastrado apenas 1.438.729 (um milhão, quatrocentos e trinta e oito mil, setecentos e vinte e nove) eleitores o que equivale a 3,3% da população total.

Portanto, todos os dados relativos às eleições anteriores a 1945 convergem no sentido de que a participação do povo nas eleições girava em torno de 6% da população.

Só a partir de 1945 é que temos uma evolução considerável do eleitorado brasileiro. Nesse ano, a Justiça Eleitoral<sup>9</sup>, cumprindo sua missão de organizar as Eleições Gerais do Brasil, passou a organizar e conduzir as Eleições Gerais do Brasil e, conseqüentemente, elaborar as estatísticas do eleitorado brasileiro.

De acordo com a tabela a seguir, a participação do povo no processo eleitoral vem aumentando significativamente com o passar do tempo. De 16,13%, em 1945, para 70,27%, em 2010. Sem dúvida, um percentual bastante elevado se comparado com os 6% verificados na República Velha e na Era Vargas.

Conforme o Relatório das Eleições Gerais de 2010<sup>10</sup> do Tribunal Superior Eleitoral, os dados da evolução do eleitorado brasileiro, entre 1945 e 2010, são os seguintes (tabela a seguir).

---

<sup>9</sup> Em 1932, foi criada a Justiça Eleitoral, através Código Eleitoral (Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932), cinco anos depois, a Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, extinguiu a Justiça Eleitoral e atribuiu à União o poder de legislar sobre matéria eleitoral. Só em 1945, através da Lei Agamenon (Decreto-Lei nº 7.586/45), a Justiça Eleitoral foi restabelecida.

<sup>10</sup> Os dados oficiais relativos às Eleições Gerais do Brasil em 2010 foram publicados pelo Tribunal Superior Eleitoral – TSE, através do Relatório das Eleições 2010. – Brasília: TSE, 2011.

Ano	População*	Eleitorado**	% Eleitorado
1945	46.114.500	7.437.025	16,13%
1955	58.360.000	15.240.397	26,11%
1960	70.070.457	15.543.332	22,18%
1965	80.729.000	20.032.395	24,81%
1974	108.665.878	36.265.560	33,27%
1985	135.563.101	69.371.495	51,17%
1994	153.142.782	94.782.803	61,89%
1996	157.070.163	101.284.121	64,48%
1998	161.790.311	106.101.067	65,58%
2000	169.799.170	109.826.253	64,68%
2002	175.381.795	115.524.113	65,72%
2004	181.581.024	121.316.626	66,81%
2006	186.770.562	125.689.656	67,30%
2008	189.612.814	130.604.430	68,88%
2010	193.252.604	135.804.433	70,27%

Fontes: IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística  
STI/STE – Tribunal Superior Eleitoral

### 4.3 As justificativas atuais para manter o voto obrigatório

Atualmente, os principais argumentos para manter a obrigatoriedade do voto foram sintetizados em um texto para discussão no Senado<sup>11</sup>, no qual são apresentadas as vantagens e desvantagens do voto obrigatório.

<sup>11</sup> Consultoria Legislativa do Senado Federal. Coordenação de estudos. Vantagens e desvantagens do voto obrigatório e do voto facultativo. Brasília, 2006.

Na verdade, observamos que as justificativas apresentadas de ambos os lados são suposições sem maiores fundamentações jurídicas ou científicas.

Os principais argumentos e contra-argumentos em relação ao voto obrigatório são:

1. O voto é um poder-dever.

O ato de votar constitui um dever, e não um mero direito, sendo que a essência desse dever está na ideia da responsabilidade que cada cidadão tem para com a coletividade.

Contrapondo-se a esse argumento, tem-se que o voto é um direito corolário do direito de sufrágio. Esse direito deve compreender tanto a possibilidade de votar como a consciência determina, quanto à liberdade de abster-se de votar sem sofrer qualquer sanção.

2. A maioria dos eleitores participa do processo eleitoral.

O pleito em que a maioria dos eleitores vota é de legitimidade incontestada, tornando-o insusceptível de alegação pelos derrotados de que o resultado eleitoral não corresponde à vontade dos eleitores.

Contrapondo-se a esse argumento, coloca-se que a legitimidade política está vinculada a teoria da democracia representativa, ou seja, se há direitos políticos assegurados aos cidadãos.

3. O exercício do voto é fator de educação política do eleitor.

A participação constante do eleitor na vida política do Estado torna-o mais consciente politicamente.

Contrapondo a esse argumento, tem-se que a educação política do cidadão ocorre com uma educação regular de qualidade em que se formam cidadãos conscientes. Portanto, obrigando o cidadão a votar não significa que ele irá se interessar pela política.

4. O atual estágio da democracia brasileira não permite a adoção do voto facultativo.

A sociedade brasileira ainda é bastante injusta na distribuição da riqueza nacional, desse modo, o voto constitui um forte instrumento para que os excluídos manifeste sua vontade.

Contrapondo-se a esse argumento, coloca-se que acreditar que o eleitor brasileiro ainda se encontra em estágio político inferior para o exercício da democracia, não é mantendo o voto obrigatório que se obterá a transformação da sociedade.

#### 4.4 As sanções para quem deixa de votar

Para que os eleitores compareçam às urnas e cumpra o constrangimento legal da obrigatoriedade do voto, o Estado criou um mecanismo de sanção com multa e privações. Esse mecanismo está previsto no Código Eleitoral (Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965), *in verbis*:

Art. 7º O eleitor que deixar de votar e não se justificar perante o juiz eleitoral até 30 (trinta) dias após a realização da eleição, incorrerá na multa de 3 (três) a 10 (dez) por cento sobre o salário-mínimo da região, imposta pelo juiz eleitoral e cobrada na forma prevista no art. 367.

Observamos que ao deixar de comparecer às urnas, o eleitor pode se justificar perante a Justiça Eleitoral no prazo de 30 dias. Na verdade, há resolução do Tribunal Superior Eleitoral alongando o prazo para 60 dias. Então, o próprio sistema dá ao eleitor faltoso a possibilidade de justificar a ausência sem pagar a multa.

A multa é de 3 a 10 por cento do salário mínimo<sup>12</sup>, mas de acordo com artigo 367, do Código Eleitoral, no arbitramento será levada em conta a condição econômica do eleitor, podendo ser aumentada até dez vezes, se o juiz, ou tribunal considerar que, em virtude da situação econômica do infrator, é ineficaz, embora aplicada no máximo. Noutro giro, o alistando, ou o eleitor, que comprovar devidamente o seu estado de pobreza, ficará isento do pagamento de multa.

Além da multa, o eleitor faltoso, também, sofrerá uma série de privações, conforme o art. 7º, § 1º, do Código Eleitoral, *in verbis*:

§ 1º Sem a prova de que votou na última eleição, pagou a respectiva multa ou de que se justificou devidamente, não poderá o eleitor:

I - inscrever-se em concurso ou prova para cargo ou função pública, investir-se ou empossar-se neles;

II - receber vencimentos, remuneração, salário ou proventos de função ou emprego público, autárquico ou para estatal, bem como fundações governamentais, empresas, institutos e sociedades de qualquer natureza, mantidas ou subvencionadas

---

<sup>12</sup> A Constituição da República de 1988 proíbe a vinculação do salário mínimo. Por isso o TSE adota outro referencial.

pelo governo ou que exerçam serviço público delegado, correspondentes ao segundo mês subsequente ao da eleição;

III - participar de concorrência pública ou administrativa da União, dos Estados, dos Territórios, do Distrito Federal ou dos Municípios, ou das respectivas autarquias;

IV - obter empréstimos nas autarquias, sociedades de economia mista, caixas econômicas federais ou estaduais, nos institutos e caixas de previdência social, bem como em qualquer estabelecimento de crédito mantido pelo governo, ou de cuja administração este participe, e com essas entidades celebrar contratos;

V - obter passaporte ou carteira de identidade;

VI - renovar matrícula em estabelecimento de ensino oficial ou fiscalizado pelo governo;

VII - praticar qualquer ato para o qual se exija quitação do serviço militar ou imposto de renda.

As privações atingem atos da vida civil relativos à atividade financeira, econômica, educacional, inclusive relativo ao próprio exercício da cidadania, por exemplo: obter passaporte ou carteira de identidade. São medidas que se fossem realmente impostas causaria severos danos para os cidadãos.

Ocorre que o Código Eleitoral prever essas privações, porém, na prática não são aplicadas, pois, o próprio Código prever uma saída, qual seja: É só o eleitor faltoso pagar a multa que estará livre das privações.

Inclusive, há em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado nº 244, de 2006, de autoria de Senado Marco Maciel, com a finalidade é acabar com as privações para os eleitores que deixar de votar.

Pela proposta, seriam suprimidas as restrições para o eleitor que deixar de votar. Porém, continuariam válidas as restrições para os brasileiros que não se alistar eleitor. Ou seja, a situação ficaria de seguinte forma: O brasileiro que não se alistar eleitor fica sujeito às privações. Já o eleitor que não comparecer para votar fica sujeito somente à multa.

## 5. Conclusão

O interesse pelo tema surgiu após o segundo turno das Eleições Gerais do Brasil, realizado em 31 de outubro de 2010, no qual se constatou um alto índice de abstenção, apesar do alistamento e o voto serem obrigatórios para os brasileiros maiores de 18 e menores 70 anos de idade. Analisando-se os dados eleitorais nota-se que uma parcela significativa dos eleitores brasileiros não concorda com a obrigatoriedade do voto.

Para nossa singela reflexão, dividimos o trabalho da seguinte forma: primeiro abordamos os direitos políticos, nesse tópico discorremos sobre a democracia representativa *versus* a democracia participativa e ressaltamos a importância dos direitos políticos positivos e dos direitos políticos negativos para o exercício da soberania popular.

Em seguida, buscamos diferenciar os direitos de sufrágio, voto e escrutínio. Trata-se de termos que às vezes são empregados como sinônimos, no entanto, no contexto dos direitos políticos têm significados distintos.

E, por fim, tratamos das questões que envolvem a obrigatoriedade do voto, onde discorremos acerca da implantação da obrigatoriedade do voto em 1932; da evolução do eleitorado brasileiro no Período Republicano; das justificativas atuais para manter a obrigatoriedade; e das sanções previstas para quem deixar de votar.

Ao final deste trabalho, resta-nos indagar se a obrigatoriedade do voto ainda é necessária para democracia brasileira.

Entendemos que não, pois, o processo eleitoral mudou, a sociedade mudou, enfim, o Brasil mudou. Aquele país da década de 1930 já não existe. Hodiernamente, somos outra nação com 190 milhões de brasileiros interligados pelos diversos meios de comunicação da massa.

Nesse diapasão, deveras importante uma ampla reforma político-eleitoral, a ser debatida com os vários seguimentos da sociedade brasileira. Para tanto, faz-se mister incluir a questão da obrigatoriedade do voto.