

JMPMG JURÍDICO

Edição Novo Constitucionalismo • 2018
ISSN 1809-8673

Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Mala Direta
Postal
9912297003/2012-DR/MG
PGJ
...CORREIOS...



**MINISTÉRIO PÚBLICO E O NOVO
CONSTITUCIONALISMO**

ADMINISTRAÇÃO SUPERIOR

Antônio Sérgio Tonet
Procurador-Geral de Justiça

Paulo Roberto Moreira Cançado
Corregedor-Geral do Ministério Público

Maria Conceição de Assumpção Mello
Ouvidora do Ministério Público

Márcio Heli de Andrade
Procurador-Geral de Justiça Adjunto Jurídico

Helena Rosa Portes
Procurador-Geral de Justiça Adjunto Administrativo

Nedens Ulisses Freire Vieira
Procurador-Geral de Justiça Adjunto Institucional

Edson Ribeiro Baeta
Chefe de Gabinete

João Medeiros Silva Neto
Secretária-Geral

Clarissa Duarte Belloni
Diretora-Geral

CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

Antônio de Padova Marchi Júnior
Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Henrique Nogueira Macedo
Coordenador Pedagógico do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Ana Rachel Brandão Ladeira Roland
Superintendente de Formação e Aperfeiçoamento

João Paulo de Carvalho Gavidia
Diretor de Produção Editorial

FICHA TÉCNICA

Editoração: João Paulo de Carvalho Gavidia

Revisão: Isabella Albuquerque Gonçalves (estágio)
Vinícius Amaral Fernandes (estágio)
Larissa Vasconcelos Avelar
Renato Felipe de Oliveira Romano

Projeto gráfico: João Paulo de Carvalho Gavidia

Diagramação: Lúcio Guimarães Silva (estágio)

Foto da capa: AkshayaPatra Foundation | **Fotos:** Lúcio Guimarães Silva, <https://pixabay.com/pt/>, <https://unsplash.com/>

Conteúdo de responsabilidade dos próprios autores.

Produzido, editado e diagramado pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (CEAF) em fevereiro de 2019. A publicação é referente a Dezembro de 2018.

SUMÁRIO

A EDUCAÇÃO DA CRIANÇA COMO DEVER FUNDAMENTAL DAS FAMÍLIAS EM UM PROJETO CONSTITUCIONAL DE NAÇÃO JUSTA, LIVRE E IGUALITÁRIA E O MINISTÉRIO PÚBLICO RESOLUTIVO	6
Samira Rezende Trindade Lomeu	
A FORÇA NORMATIVA DOS PRECEITOS DA EDUCAÇÃO INFANTIL	12
Luciene Auxiliadora Rodrigues	
A LEI 13.491/17: DESAFIO PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO NO ÂMBITO DO CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL	19
Giovana Aparecida Sabino	
A PERSECUÇÃO PENAL DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS COM OBJETO ILÍCITO DE ATUAÇÃO VOLTADO PARA A PRÁTICA DO TRÁFICO DE DROGAS	22
Jumar Brum Araújo	
ABORDAGEM CRÍTICA DO COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO	26
Fábio Reis de Nazareth	
DIREITOS FUNDAMENTAIS E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DE DIREITO INDIVIDUAL À SAÚDE	30
Mariana De Mattia Rocha	
EFICIÊNCIA DO COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA COMO INSTRUMENTO DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS NA DEFESA DA SAÚDE: ANÁLISE A PARTIR DOS DADOS DO SISTEMA DE REGISTRO ÚNICO	36
Talita Cristina Carvalho de Melo Ribeiro	

10

ENQUADRAMENTO DA SITUAÇÃO JURÍDICA DOS CATADORES DE
REICLÁVEIS SOB A ÓTICA DA LEI Nº 12.305/2010

Pollyanna Flávia Mesquita de Queiroz

40

INTERNAÇÕES PSIQUIÁTRICAS DOS DEPENDENTES QUÍMICOS:
ATUAÇÃO RESOLUTIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DOS
DIREITOS E GARANTIAS DOS USUÁRIOS DE DROGAS

Nayara Arantes da Silva Andrade

44

LIMITAÇÕES À PUBLICIDADE DIRECIONADA AO PÚBLICO INFANTIL
NO DIREITO BRASILEIRO

Chillen Peixoto de Moura

49

O CONSELHO TUTELAR E O PROCEDIMENTO PARA APLICAÇÃO DE
MEDIDAS PROTETIVAS NA VIOLÊNCIA SEXUAL: UMA ANÁLISE DA
ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS NO MUNICÍPIO
DE BELO HORIZONTE

Maria de Lurdes Rodrigues Santa Gema

57

O MINISTÉRIO PÚBLICO RESOLUTIVO E A ATUAÇÃO RACIONAL NA
DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO

Daniel Guimarães Cabral

62

O PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL COMO MECANISMO DE
COMBATE AO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL

Adriana Costa Lira

67

APRESENTAÇÃO

É com enorme satisfação que apresentamos a *Revista Ministério Público e o Novo Constitucionalismo*. Oriunda de outro honroso trabalho do Ministério Público de Minas Gerais, a pós-graduação da Escola deste Parquet, esta revista traz diversos artigos que abordam os temas pesquisados pela primeira turma de especialização lato sensu do nosso Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – Ceaf. O mencionado curso, cujas aulas tiveram início em 19 de agosto de 2016, encerrou-se em 7 de outubro de 2017. Desde então, alguns de seus pesquisadores vieram envidando esforços para não deixar cessar as vozes do relevante debate acerca dos modelos demandista e resolutivo do Ministério Público brasileiro. Incluído o período destinados às defesas, o curso de pós-graduação estendeu-se por 21 produtivos meses. Daí é que, com o objetivo de seguir estimulando a reflexão sobre as diretrizes e o paradigma do novo constitucionalismo, o corpo discente formado por atuantes membros e servidores do Ministério Público de Minas Gerais empenhou-se para que mais um fruto de suas pesquisas fosse extraído. Mister ressaltar que analisar as diretrizes do neoconstitucionalismo não é o único escopo da revista, que se propõe, ainda, a repensar a atuação do Ministério Público sob um enfoque interdisciplinar e multidisciplinar, observando a atividade da Instituição no contexto do Estado Democrático de Direito e da tutela dos direitos e garantias constitucionais fundamentais. Tanto os direitos e garantias constitucionais de dimensão coletiva em sentido amplo quanto os relacionados à tutela dos direitos e interesses individuais indisponíveis constituem o vasto material da nossa revista. Assim é que surge, pois, a *Ministério Público e o Novo Constitucionalismo*, revista que, considerando os principais institutos constitucionais, individuais e coletivos, materiais e processuais, volta-se ao instigante propósito de refletir sobre a atuação ministerial. Atento ao Princípio da Transformação Social insculpido no artigo 3º da Constituição da República Federativa do Brasil e sem olvidar o basilar Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III, da CRFB/1988), o presente material nos brinda com a possibilidade de fomentar o debate sobre a importante missão do profissional do Direito que integra os quadros do Ministério Público.

ANTÔNIO DE PADOVA MARCHI JÚNIOR

Procurador de Justiça

Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público de Minas Gerais



A EDUCAÇÃO DA CRIANÇA COMO DEVER FUNDAMENTAL DAS FAMÍLIAS EM UM PROJETO CONSTITUCIONAL DE NAÇÃO JUSTA, LIVRE E IGUALITÁRIA E O MINISTÉRIO PÚBLICO RESOLUTIVO

Samira Rezende Trindade Lomeu

1 DOS DEVERES FUNDAMENTAIS

Embora direitos e deveres tenham estreita e reconhecida correlação¹, a preocupação e/ou atenção para com os deveres fundamentais mostra(m)-se bem mais tímida(s). Afirma Julio Pinheiro Faro² que o tema, *Deveres Fundamentais*, é um dos mais esquecidos do constitucionalismo contemporâneo.

José Casalta Nabais³ refere-se aos deveres como a face oculta dos direitos, embora reconheça que direitos e deveres compõem o estatuto constitucional do indivíduo e por isso têm regime geral coincidente. Implica dizer que, em regra, se lhes reservam os mesmos princípios, como os da universalidade, igualdade, não discriminação, proporcionalidade, aplicabilidade aos estrangeiros, tutela judicial. A exceção é quanto à aplicabilidade direta, visto que os deveres são de concretização legal, incumbindo ao legislador estabelecê-los e as sanções incindíveis no caso de não observância.

Por outro lado, na concepção de Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins, há aplicabilidade direta e a plena eficácia também dos deveres fundamentais, porém insitas à natureza de apenas uma parcela deles – os chamados *direitos-deveres*, assim classificados quando atuam como condição para a realização dos direitos⁴ – e têm maior ou menor concretude na medida da sua relevância para a guarda do direito a que correspondam. Martins alia-se

1 Sem desconsiderar que, além dos deveres correlativos dos direitos fundamentais, há deveres enquanto categoria ou figura jurídica autônoma, como os deveres de defesa da pátria e de pagar impostos; os deveres políticos, como os deveres de sufrágio e de participação política; os deveres econômicos, sociais e culturais, como os deveres de subscrever um sistema de segurança social, de proteger a saúde, de frequentar o ensino básico; os deveres ecológicos, dentre os quais os deveres de defender um ambiente são e equilibrado, o dever de cada um preservar, defender e valorizar o patrimônio cultural. (NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. p. 4; 6. Disponível em: <www.educacaofiscal.gov.br/wp-content/uploads/2016/11/a-face-oculta-casalta-nabais.pdf>. Acesso em: maio 2017). Há ainda deveres que se impõem aos cidadãos em virtude de alguma condição particular. Os magistrados e os militares, por exemplo, estão sujeitos ao dever de isenção partidária, enquanto os advogados e os médicos são obrigados ao sigilo profissional. (Disponível em: <<https://www.direitosedeveres.pt/q/constituicao-politica-e-sociedade/direitos-e-deveres-fundamentais/existem-deveres-fundamentais-do-cidadao>>. Acesso em: maio 2017)

2 FARO, Julio Pinheiro. Deveres como condição para concretização de direitos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 79, p. 167, abr./2012 DTR/2012/3043. Thomson Reuters. Revista dos Tribunais online

3 NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. Disponível em: <www.educacaofiscal.gov.br/wp-content/uploads/2016/11/a-face-oculta-casalta-nabais.pdf>. Acesso em: maio 2017.

4 Fábio Konder Comparato sustenta que o descumprimento de um dever social significa uma lesão a direito fundamental. COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/comparato/comparato_direitos_deveres_fundamentais_materia_propriedade.pdf>. Acesso em: 29 maio 2017.

ao entendimento de Nabais quanto aos deveres que denomina *autônomos*, os quais reclamam regulamentação legislativa para terem eficácia.

Ainda Martins⁵, amparado na necessidade de se reconhecerem categorias diferentes de deveres, agora sob a ótica dos sujeitos obrigados – a exemplo dos deveres do Estado, dos deveres dos cidadãos, dos deveres coletivos –, sustenta existir uma (nova) *Era dos Deveres Fundamentais*, positivos (de prestação) e negativos (de abstenção).

Levando-se em conta a doutrina de Martins, são considerados nesta oportunidade os *direitos-deveres* – de alcance genérico, diretamente exigíveis, dentre os quais está compreendido o dever de educação – e os *deveres dos cidadãos* – que contêm as responsabilidades das famílias. Aqui se atém, pois, ao dever fundamental das famílias de educação de suas crianças (dever prestacional).

Não se omite que o Estado tem obrigação de garantir os direitos das pessoas (dimensão objetiva dos direitos fundamentais – dever de proteção de todos os bens jurídicos garantidos pelas normas de direitos fundamentais), mas realça-se que as pessoas têm deveres perante o Estado e os outros cidadãos (dimensão subjetiva dos direitos fundamentais).

Numa democracia genuína, os direitos de um indivíduo são garantidos a partir do cumprimento dos deveres dos outros elementos da sociedade. Respeitar as leis, participar da vida comunitária, cumprir as obrigações em face do Estado e dos seus pares, respeitar os direitos dos concidadãos, tudo isso são alguns desses deveres.

2 O DEVER DE EDUCAR

2.1 Diferenças entre Educação e Ensino

A lei que estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) dispõe em seu artigo 1.º que “**A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais**”, calhando notar que seu § 1.º reduz o alcance do *caput*: “Esta Lei disciplina a educação escolar, que se desenvolve, predominantemente, por meio do ensino, em instituições próprias”. (Destaque nosso)

Não se está a dizer do ensino formal – infantil, fundamental e médio – patrocinado por instituições públicas ou ofertado no mercado privado, nem da educação domiciliar (*homeschooling*) recentemente tratada em Recurso Extraordinário com Repercussão Geral⁶, mas do exercício de uma paternidade responsável por

5 MARTINS, Carlos Eduardo BehrmannRátis. Introdução ao Estudo sobre os Deveres Fundamentais. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 55/81.

6 RE 888815/RS rel. orig. Min. Roberto Barroso, red. p/ o acórdão Min.

aqueles que detêm o direito ao livre planejamento familiar, sem nenhuma ingerência do Estado, que não obriga ninguém a ter filhos, natural ou civilmente, nem constrange ninguém a deixar de tê-los. Não é propósito deste trabalho estudar a escola ou o ambiente doméstico como *locus* de conhecimento, mas ater-se à educação livre, que se define, em última análise, como “arte de fazer ser humano”.⁷

As famílias desenvolvem ação educativa quando levam as crianças a discernirem valores, concepções de vida, de sociedade, de mundo e a formarem autoconsciência. Educação é fundamental para desenvolvimento pessoal e cidadania, manutenção da vida em grupo e constante transformação social.

A educação familiar é dever constitucional, estatuído no artigo 205 da Constituição da República de 1988: “A educação, direito de todos e **dever** do Estado e **da família**, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, **visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania** e sua qualificação para o trabalho”.(Destaque nosso)

Segundo a Comissão Internacional sobre Educação para o Século XXI, coordenada por Jacques Delors, em Relatório para a Unesco editado sob a forma de livro (*Educação: Um Tesouro a Descobrir*),⁸ quatro são as colunas fundamentais da educação: *aprender a conhecer* e *aprender a fazer* (mais atreladas ao ensino formal), *aprender a conviver* e *aprender a ser*, produtos (não exclusivos) da educação das famílias cumpridoras do dever fundamental de educar as crianças.

2.2 A Pedagogia da Cidadania

O Projeto de Educação Nacional encontra-se definido no artigo 3.º, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88): “construir uma sociedade livre, justa e solidária”. E estabelece a Constituição (artigo 1º) os contornos da sociedade que projeta: aquela que exerce cidadania, fundamento do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil.

Nesse cenário, *cidadania* deve ser entendida como exercício dos direitos e deveres civis, políticos e sociais estabelecidos na Constituição de um país, e *pedagogia* como o método que assegura conteúdo informativo a indivíduos que se deseja formar, método de ensinar.⁹

Assim a define Jane Alves Barbosa: “A pedagogia, enquanto campo teórico da prática educacional, não se restringe à didática da sala de aula nos espaços escolares, mas está presente nas ações educativas da sociedade em geral”.¹⁰

O professor José Murilo de Carvalho, em palestra ministrada nos idos de 1999, posteriormente publicada sob forma de artigo,¹¹ em

Alexandre de Moraes, julgamento em 12.9.2018.

7 BARBOSA, Jane Alves. **Didática do Ensino Superior**. 2.ed. São Paulo: IESDE, 2006.p. 27.

8Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0010/001095/109590por.pdf>>. Acesso em: 24 maio 2017.

9 Disponível em: <<https://dicionarioaurelio.com>>. Acesso em: 24 maio 2017.

10 BARBOSA, Jane Alves. **Didática do Ensino Superior**. 2. ed. São Paulo: IESDE, 2006. p 39.

11 CARVALHO, José Murilo de. Brasileiro: Cidadão? **Revista do Legislativo**. Belo Horizonte: UFMG, 1998.p. 37.

uma leitura brasileira de Thomas H. Marshall,¹² já discorria sobre uma deficiência nacional atual, que é a falta da consolidação dos direitos cívicos na sociedade brasileira. Após descrever determinado episódio, o professor concluiu:

Um cidadão jogava bola em plena calçada de uma rua movimentada da Zona Sul do Rio de Janeiro. A repórter perguntou-lhe se não julgava tal prática perigosa, pois a bola poderia atingir algum carrinho de bebê e machucar a criança, ou quebrar os óculos de uma pessoa. A resposta veio rápida e convicta: “Eu pago imposto e faço o que bem entender, onde bem entender” [...] A concepção de liberdade de nosso jogador de calçada é pré-cívica, é incompatível com a convivência civilizada, com a vida democrática.

Carvalho ilustrou o individualismo exacerbado do brasileiro, um tanto quanto selvagem, carente que é de cidadania. Não se ensina a contrapartida de dever que está embutida na ideia de direito porque falta aos nacionais a consciência de obrigações.

3 AS FAMÍLIAS

A Constituição de 1988 rompeu com o sistema patrimonialista e adotou novo paradigma, o existencialista: tutela da pessoa, da dignidade humana. Sob essa reorientação é que ocorreu o alargamento da concepção de família, que hoje conta com quatro pilares: afeto, ética, dignidade e solidariedade, que passam a vincular toda a compreensão do Direito de Família.

A família – que era matrimonializada, hierarquizada, necessariamente heteroparental e biológica – passou a ser plural, com arranjos múltiplos, igualitária, democrática, tanto biológica quanto afetiva. Família era instituição, um fim em si mesmo. Hoje é instrumento de realização, meio de proteção da pessoa humana. Não mais se preserva a instituição com o sacrifício das pessoas.

O artigo 226, *caput*, da CRFB/88 preceitua que toda e qualquer família tem especial proteção do Estado. Seus §§ 1.º e 2.º cuidam da família casamentária; seu § 3.º, da família convencial entre homem e mulher, e seu § 4.º, da família monoparental, sendo esse rol apresentado sabidamente exemplificativo, já que são reconhecidas as famílias anaparental (família sem pais), a informal (união estável homoafetiva - ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ), a eudemonista (grupo voltado à realização pessoal daqueles que o compõem - vínculos de afeto), a família reconstituída, recomposta ou mosaico (integrada por pessoas originadas de outros núcleos familiares que se recompõem para formação de um único novo vínculo - ADI 4.277/DF).

Para o professor Flávio Tartuce, ainda há outra categoria que valoriza o afeto: “A Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) dispõe no seu artigo 5º, inciso II, que se deve entender como família a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram

12 MARSHALL, Thomas H. **Cidadania, Classe Social e Status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. p. 57-114. Disponível em: <www.find-docs.com/cidadania-classe-social-e-status-marshall-download.html>. Acesso em: maio de 2017.

No texto, Marshall considera que a sociedade classicamente desenvolve primeiro os direitos cívicos, que permitem certa organização social para o exercício dos direitos políticos, intermediários dos direitos sociais. Marshall considera que os direitos se desenvolvem em processo de escala e dimensiona o impacto da cidadania na desigualdade social (quanto menos cidadania, mais desigualdade). Ele aloca os direitos sociais, ênfase para a educação, como parte constitutiva da cidadania.

Segundo José Murilo de Carvalho, o Brasil, muito em razão das heranças da escravidão, primeiro desenvolveu os direitos sociais, seguidos dos direitos políticos, sem ter ainda experimentado real e efetivo exercício dos direitos cívicos.

aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, arts. 25 e 28) conceitua outros três tipos de família: família natural, pai e mãe mais prole eventual; família ampliada ou extensa, composta por parentes, e família substituta, a resultante dos institutos da guarda, tutela ou adoção.

Na perspectiva da filiação, a igualdade entre os filhos vem da centralidade da Constituição e de todo o sistema de proteção da infância e das famílias (conceito aberto). A filiação pode ser biológica, adotiva e socioafetiva (a exemplo da adoção à brasileira, filho de fertilização heteróloga e filho de criação), tipos não excludentes, haja vista o reconhecimento da Multiparentalidade ou Pluriparentalidade ou Teoria Tridimensional do Direito de Família.¹³

O sistema evolui cada vez mais na proteção da criança e da sua família, como decorrência lógica da vedação ao retrocesso da salvaguarda dos direitos fundamentais.

3.1 O Livre Planejamento Familiar e a Paternidade Responsável

O Dirigismo Estatal cedeu lugar ao Direito de Família Mínimo, sinônimo de intervenção mínima estatal na família, aplicação do Princípio da Autonomia Privada no campo das relações familiares (e.g, Emenda Constitucional 66, eliminando o prazo para o divórcio).

O Princípio da Liberdade, expresso no artigo 226, §7.º, da CRFB/88, diz respeito a não intervenção do Estado na família, no que concerne a sua organização. O projeto parental é do casal. Porém, segundo a redação vinculante da Constituição, tal somente tem suporte ou só se mantém quando considera a dignidade da pessoa humana e quando se exerce de forma responsável, percebe-se: “Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal [...]”.

A contrapartida do direito ao Livre Planejamento Familiar é a obrigação que dele decorre. Há deveres de um consorte para com o outro, artigo 1.566 Código Civil/02 (lealdade, respeito, alimentos, etc.), e para com os filhos que tiveram (assistência patrimonial e moral), artigos 205, 227, *caput*, e 229, todos da CRFB/88.

Vale mencionar o REsp 1.159.242 – Informativo 496, maio de 2012 –, em que o Superior Tribunal de Justiça decide pela responsabilização pelo abandono afetivo e pelo dever de cuidado como valor jurídico objetivo. Não cuidar da prole (criação, educação e companhia) implica ilicitude civil e gera o dever de indenizar - REsp 1.298.576, Informativo 502, agosto de 2012.

3.2 A omissão do Estado e a omissão dos pais: variáveis interdependentes?

Adentra-se o campo do inadimplemento constitucional.

A Constituição da República prevê direitos fundamentais de exigibilidade imediata, mas o gestor público é omissos quanto ao cumprimento desses direitos.

¹³ Em Repercussão Geral 622, de relatoria do ministro Luiz Fux, o Supremo Tribunal Federal (STF) encampou a Tese da Multiparentalidade. Ao deliberar sobre o mérito da questão (paternidade biológica vs paternidade socioafetiva), o STF optou por não afirmar nenhuma prevalência entre as referidas modalidades de vínculo parental, apontando para a possibilidade de coexistência de ambas as paternidades. A sessão que fixou a tese foi realizada no dia 21.09.2016, em deliberação do pleno do STF. O caso que balizou a apreciação do tema foi o RE 898060/SC, no qual o Instituto Brasileiro de Direito de Família-IBDFAM atuou como *Amicus Curiae*.

Atém-se à omissão estatal quanto aos direitos sociais (e ao aspecto positivo deles), seguramente inseridos na categoria *fundamentais*. Por certo que a não presença do Estado (ausência de políticas públicas) contribui sobremaneira para a falta de estrutura das famílias, mas não pode ter o condão de retirar-lhes a cidadania. Houvesse alocação de recursos na instituição *família, base da sociedade* (CRFB/88, art. 226), estaria implantada medida estratégica de investimento, reorganização e elevação da qualidade social.

Roberto Gargarella desenvolve um discurso de tolerância e a ideia de direito de resistir ao direito. Para o autor, os grupos desassistidos poderiam legitimamente resistir passiva (não cooperação) e ativamente (confronto) ao Estado, descumprindo deveres que lhes são prescritos, ainda mais quando realcem sua alienação. Porém, o mesmo autor considera não estarem os socialmente excluídos alheios ao cumprimento dos deveres naturais, básicos, morais, como o respeito e a solidariedade.¹⁴ Se o Estado-Prestador falta, as famílias permanecem natural e moralmente obrigadas a entregar educação às suas crianças, sem descuidar do inarredável dever jurídico-constitucional como agentes corresponsáveis pelo desenvolvimento e preparo delas como pessoa humana e para o exercício da cidadania.

A omissão é, sim, do Estado, mas é também das pessoas todas. As endinheiradas delegam aos professores e empregados o dever de serem pais. As menos abastadas justificam na pobreza a falta de cuidado e zelo familiares. É tudo questão de má formação cívica, desconsideração nacional de deveres, apesar da facilidade que têm de exigirem direitos.

4 O MINISTÉRIO PÚBLICO NO CONTROLE DAS OMISSÕES E NA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS CRIANÇAS

O Ministério Público é instituição responsável pelo controle das omissões do Estado e dos pais quanto à satisfação de deveres para com as crianças que estejam sob sua responsabilidade.

Prevê a CRFB/88 que incumbe ao Ministério Público zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos aos direitos assegurados, promovendo as medidas necessárias a sua garantia (art. 129). E a desincumbência desse dever de controle das omissões estatais pode-se dar a partir da presença ativa perante o Legislativo e o Executivo para interação acerca do orçamento e melhor fiscalização dos gastos do dinheiro público, principalmente quanto à parcela que se deve destacar para investimento em interesse primário.

O Promotor de Justiça há que se reunir com os responsáveis pelas entidades ou órgãos que atuam na assistência e na prestação de serviços públicos ou de caráter público no município em que oficia e convidar representantes dos setores comercial, industrial e rural e das associações de bairros para debate e detecção das deficiências da população munícipe que guardem correlação com os problemas sociais mais graves, já que é necessário conhecer e interpretar analiticamente a realidade para, em seguida, definir as ações com maiores possibilidades concretas de modificá-la.

A partir dessa articulação interdisciplinar e interinstitucional, o Promotor de Justiça tem condição de idealizar e trabalhar para o

¹⁴ La afirmación según la cual los más desaventajados, dadas ciertas circunstancias, no tienen un deber general de obediencia al derecho, no significa que ellos no deban sentirse constreñidos por ningún principio moral - que no tengan ciertos deberes básicos que cumplimentar, frente a los demás. GARGARELLA, Roberto. El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema. Astrolabio. Revista Internacional de filosofía. Año 2007. Núm. 4. ISSN 1699-7549. p. 22-23. Disponível em: <<http://www.ub.edu/astrolabio/Articulos4/ARTICULOgargarella.pdf>>. Acesso em: abril de 2017.

implemento de intervenções públicas direcionadas ao combate à pobreza, para a realização de políticas sociais de atuação nas áreas de concentração de famílias de baixa renda, intensificando ações sociais públicas em setores apontados como deficitários, geralmente saúde, habitação e saneamento básico, relações de trabalho, previdência e assistência social.

Como última medida e já numa perspectiva demandista, pode judicializar políticas públicas necessárias e omitidas pelo Poder Público, cuidando para que não haja a politização da Justiça, com crise de efetividade administrativa e riscos à democracia representativa.

Quanto ao controle das omissões das famílias, que é o enfoque da pesquisa, importa considerar que a judicialização é a mais ineficaz de todas as medidas.

Contará o Ministério Público mais eficientemente com seus mecanismos de atuação social plurais e não taxativos, compatíveis com a previsão aberta do § 2.º do artigo 5.º do texto constitucional, artigo esse que inaugura o Capítulo I do Título II, Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos. Nesse sentido, citam-se o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), as Recomendações, as Audiências Públicas, os Projetos Sociais e as medidas de inserção social, como palestras e reuniões.

Prevê a CRFB/88:

- i) dentre os fatores de legitimação social do Ministério Público, o exercício da função pedagógica da cidadania (um compromisso constitucional social da Instituição), nos termos do artigo 1.º, parágrafo único;
- ii) “todo poder emana do povo”, nos termos dos arts. 3.º, 6.º, 127 e 205;
- iii) dentre os objetivos fundamentais da República, a construção de uma sociedade “livre, justa e solidária”, com desigualdades sociais reduzidas e comprometida com o “bem de todos”, nos termos do art. 3.º;
- iv) a educação e a proteção à infância como direitos sociais, nos termos do art. 6.º;
- v) a defesa pelo Ministério Público dos interesses sociais e do regime democrático, nos termos do art. 127;
- vi) a educação como “direito de todos”, a ser promovida pelo Estado e pela família com a colaboração da sociedade, a que o Ministério Público representa (o Ministério Público é garantia institucional fundamental da sociedade), nos termos do art. 205;
- vii) a educação visa ao “pleno desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania”, nos termos do art. 205.

A previsão constitucional é perfeita e sistêmica. O eixo central da Constituição da República é a teoria dos direitos, deveres e garantias fundamentais, dentre os quais os direitos sociais, sendo exemplos deles a educação e a proteção à infância. Para a proteção e defesa desse eixo, a Constituição designa uma Instituição e, especificamente quanto à educação e à infância, ainda corresponsabiliza o Estado e a família por sua promoção, deixando-lhes um colaborador, a sociedade, que essa mesma Instituição representa. A Instituição designada para a proteção dos direitos, deveres e garantias fundamentais e para a defesa dos interesses da sociedade é o Ministério Público, que, nesse particular, portanto, tem a incumbência de auxiliar as famílias na educação de suas crianças.

4.1 A Carta das Famílias e outras contribuições

A *Carta das Famílias*,¹⁵ resultado do *I Simpósio Estadual de Direito*

15 MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS. *Carta das Famílias*. I Simpósio Estadual de Direito de Família: Novos Desafios do Ministério Público na área da Família – por uma Atuação mais Resolutiva. Belo Horizonte-MG, 6 de outubro de 2010, 10p. Disponível em: <<http://www-antigo.mpmg.mp.br/>

de Família: Novos Desafios do Ministério Público na área de Família – por uma Atuação mais Resolutiva, realizado em Belo Horizonte (MG), na Procuradoria-Geral de Justiça, no dia 6 de outubro de 2010, representa postura ativa da Instituição em defesa das famílias, células fundamentais da sociedade, num compromisso geral de adoção de medidas judiciais e extrajudiciais na área do Direito das Famílias, tanto para por elas reivindicar um Estado mais assistencialista quanto para orientá-las a respeito do planejamento familiar e da paternidade responsável. Dentre seus *considerandos* destacam-se a necessidade de se monitorar e intervir na formulação de políticas públicas relacionadas aos direitos das famílias e a necessidade de implementação de medidas que garantam a tutela coletiva no âmbito da proteção das famílias e promovam a transformação social.

Outra boa iniciativa, que partiu 8.ª Promotoria de Justiça (com atribuição na área da família) de Uberaba, foi a implantação de Oficinas de Parentalidade pelo Ministério Público no Triângulo Mineiro. Nas Oficinas de Parentalidade, também chamadas Oficinas de Pais e Filhos, são repassadas práticas saudáveis, feitos esclarecimentos sobre questões legais e realizada educação parental. É uma experiência já adotada por países como Estados Unidos, Canadá, Inglaterra, Nova Zelândia e Portugal, indicada aos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais pelo Conselho Nacional de Justiça através da Recomendação 50/14 como política pública de resolução e prevenção de conflitos familiares. As Oficinas em Uberaba foram levadas a efeito para atenderem às demandas judiciais oriundas da fase de reorganização familiar, com vistas a amenizarem os malefícios da ruptura conjugal.¹⁶ Foram, porém, aplicadas como bons instrumentos de composição extrajudicial de conflitos, nos dias 4 e 5 de outubro agora (2018), na Comarca de Carmo do Cajuru, onde realizadas de forma prévia. Famílias em desconstituição foram esclarecidas quanto às implicações e deveres que não cessam (e.g. em relação aos filhos) com a dissolução do vínculo antes da judicialização da demanda, saindo os envolvidos com data definida para tentativa de conciliação no CEJUSC. As Oficinas, dado ao cunho educacional, ainda podem servir para auxílio das famílias no cumprimento de seus deveres quando não estejam em situação de crise, inclusive para que se mantenham íntegras, já que “as orientações e informações ministradas propiciam melhora na convivência entre pais e filhos”¹⁷ e visam à proteção da relação familiar.

Importa dizer da importante ferramenta legal de controle do dever fundamental de educar dos pais e responsáveis da que pode lançar mão o Ministério Público: frequência obrigatória a seminários e a cursos para conscientização. A Lei n.º 8.069/90, artigo 129, incisos I, III e IV, possibilita a imposição aos pais ou aos responsáveis de “encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família; encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico e encaminhamento a cursos ou programas de orientação”.

<portal/public/noticia/index/id/19849>>. Acesso em: janeiro 2017.

16 De um processo de divórcio ou dissolução de união estável podem derivar várias outras ações como: revisional de alimentos, regulamentação ou modificação de guarda, fixação ou alteração de direito de convivência, execução de alimentos, alienação parental, dentre outras. (SILVA, Luciana Maria; COSCI, Maria Angélica; LAVOR, Miralda Dias Dourado de. Implantação de Oficinas de Parentalidade pelo Ministério Público no Triângulo Mineiro: uma experiência feliz. In.: *MPMG Jurídico*. Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Edição Direito de Família, 2016. ISSN I8098673. p.68).

17 SILVA, Luciana Maria; COSCI, Maria Angélica; LAVOR, Miralda Dias Dourado de. Implantação de Oficinas de Parentalidade pelo Ministério Público no Triângulo Mineiro: uma experiência feliz. In.: *MPMG Jurídico*. Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Edição Direito de Família, 2016. ISSN I8098673. p. 71.

O desafio é detectar o responsável por cada falta específica – Estado, família ou ambas as instituições –, e agir contra a origem da deficiência ou com foco nas condutas que mais agravam a situação instalada pela supressão do direito fundamental que se reclama, uma vez que costuma ser multifatorial o problema, exigindo dos atores responsáveis a prestação que lhes incumbe no cenário dos deveres sociais.

5 CONCLUSÃO

A observância do dever fundamental das famílias de educação das suas crianças é diretamente proporcional à concretização do direito fundamental das crianças ao preparo para o exercício pleno da cidadania, fundamento do Estado Democrático de Direito.

Na defesa intransigente da Constituição e dos direitos fundamentais da criança, sujeito de proteção e prioridade absoluta, o Ministério Público tem o dever de exercício da função pedagógica da cidadania e de atuar no controle das medidas de promoção correlatas, direcionadas às famílias (e ao Poder Público), como meio de perseguir a concretização do compromisso constitucional de sociedade justa, livre e igualitária (artigos 1.º, parágrafo único, 3.º, 6.º, 127 e 205, todos da CRFB/88).

No que diz respeito ao dever de educação pelas famílias, embora conste no texto constitucional como dever incondicionado, resultado da equação “livre planejamento familiar” e “paternidade responsável”, é inegável que o Estado, com suas deficiências e ausências, coobrigado a esse dever, contribui para a omissão das famílias quando deixa de promover políticas públicas assistenciais que as beneficiem e estruturem.

Porém, a educação que pode vir das famílias, por meio do reconhecimento de sua responsabilidade individual e do dever de cooperação social - independentemente de suporte financeiro-, tem exigibilidade imediata, dada a aplicação do regime dos direitos fundamentais aos deveres dessa natureza (deveres-direitos).

Propõe-se que as famílias sejam incitadas à entrega do dever fundamental de educação às crianças, apesar do (in)adimplemento do Estado quanto ao dever de prestação de direitos sociais, e que tal estímulo parta de uma atuação proativa do Ministério Público resolutivo junto à sociedade, por exemplo por meio da distribuição de cartilhas educativas e da realização de oficinas, audiências, encontros, reuniões e palestras – inclusive escolares – para responsáveis e crianças etc, visando desenvolver em cada componente da família a consciência e a boa vontade de cidadania, condição para a concretização da sociedade brasileira constitucionalmente idealizada.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Roberto Cavalcanti de. **Estratégia de Desenvolvimento e Combate à Pobreza**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141995000200004>. Acesso em: 19 jul. 2017.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **A teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais no contexto do Estado Democrático de Direito Brasileiro**. In: ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da *summadvivisio* direito público e direito privado por uma nova *summadvivisio* constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ALVES, Jane Barbosa. **Didática do Ensino Superior**. 2.ed. São Paulo: IESDE, 2006.

BANDIERI, Luis María. **Derechos fundamentales? Y Deberes fundamentales?** Parte I Doutrina Internacional. (Coord. George Salomão Leite, Ingo Wolfgang Sarlet e Miguel Carbonell). Capítulo VIII. Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais. Tradução do capítulo por Pollyanna Vieira Gonze. Salvador: Editora Juspodivm, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Aqui, lá e em todo lugar: a dignidade humana no Direito Contemporâneo e no discurso transnacional**. Revista dos Tribunais, vol. 919, p. 127, maio 2012 DTR\2012\2773.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Elsevier; Campus. 7.ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho, 2004. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/297730/mod_resource/content/0/norbertobobbio-a-era-dos-direitos.pdf>. Acesso em: maio de 2017.

CARVALHO, José Murilo de. Brasileiro: Cidadão? **Revista do Legislativo**. Editora UFMG, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/comparato/comparato_direitos_deveres_fundamentais_materia_propriedade.pdf>. Acesso em: 29 maio 2017.

CORRÊA, Mariza. A cidade de menores: uma utopia dos anos 30. In.: MONARCHA et al. **História Social da Infância no Brasil**. 5.ed. São Paulo: Cortez, 2003. p. 81/99.

CUNHA, Geraldo Afonso da. **As funções dos deveres constitucionais fundamentais e sua incidência na proteção dos direitos fundamentais coletivos**. Dissertação de Mestrado em Direito – UIT, Itaúna-MG, 2015.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Deveres fundamentais**. Parte II Doutrina Nacional. (Coord. George Salomão Leite, Ingo Wolfgang Sarlet e Miguel Carbonell). In.: Capítulo III: Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais. Salvador: Juspodivm, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **O Ministério Público na Sistemática do Direito Brasileiro**. Disponível em: <www.revistajustitia.com.br>. Acesso em: 20 dez. 2016.

DUQUE, Bruna Lyra. PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Os deveres fundamentais e a solidariedade nas relações privadas**. Curitiba, v.14, n.14, p.147-161, jul./dez. 2013.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Direitos Fundamentais. Teoria e Prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FARO, Julio Pinheiro. Deveres como condição para concretização de direitos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 79, p. 167, abr./2012 DTR/2012/3043.

FREIRE, Alonso. Integridade Transnacional dos Direitos Humanos. **Revista de Informação Legislativa**, v.53, p. 255-275, 2016.

GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARGARELLA, Roberto. El derecho de resistência em situaciones de carência extrema. Trad. Pollyanna Vieira Gonze. **Astrolabio. Revista internacional de filosofia**, Año 2007. Núm. 4. ISSN 1699-7549, Disponível em: <<http://www.ub.edu/astrolabio/Articulos4/ARTICULOgargarella.pdf>>. Acesso em: abril de 2017.

GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e democracia: teoria e práxis**. São Paulo: Editora Direito, 1998.

LEITE, George Salomão. **Dever e dignidade humana na fundamentação da metafísica dos costumes de Imanuel Kant**. Parte II Doutrina Nacional. (Coord. George Salomão Leite, Ingo Wolfgang Sarlet e Miguel Carbonell). Capítulo IX: Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais. Tradução do capítulo por Pollyanna Vieira Gonze. Salvador: Juspodivm, 2011.

LEITE, Miriam L. Moreira. A infância no século XIX segundo memórias e livros de viagem. In.: MONARCHA et al. **História Social da Infância no Brasil**. 5.ed. São Paulo: Cortez, 2003. p. 19/52.

MARSHALL, Thomas H. **Cidadania, Classe Social e Status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p. 57-114. Disponível em: <www.find-docs.com/cidadania-classe-social-e-status-marshall-download.html>. Acesso em: 31 maio 2017.

MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. **A eficácia dos deveres fundamentais**. Disponível em: <<http://www.behrmannratis.com.br/files/artigo-eficacia-dos-direitos-fundamentais-carlos-ratis.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. **Introdução ao Estudo sobre os Deveres Fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2011.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. 4.ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS. **Carta das Famílias**. I Simpósio Estadual de Direito de Família: Novos Desafios do Ministério Público na área da Família – por uma Atuação mais Resolutiva. Belo Horizonte-MG, 6 de outubro de 2010, 10p. Disponível em: <<http://www-antigo.mpmg.mp.br/portal/public/noticia/index/id/19849>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

MONARCHA et al. **História Social da Infância no Brasil**. 5.ed. São Paulo: Cortez, 2003.

NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais:**

os deveres e os custos dos direitos. Disponível em: <www.educacaofiscal.gov.br/wp-content/uploads/2016/11/a-face-oculta-casalta-nabais.pdf>. Acesso em: 31 maio 2017.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Parte 1. São Paulo: Almedina, 2009.

PIOVESAN, Flávia. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 45, p. 216, out. / 2003. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, vol. 1, p. 641, maio 2011. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos, vol. 1, p. 281, ago/2011 DTR\2003\523.

RUSSEFF, Ivan. A infância no Brasil pelos olhos de Monteiro Lobato. In.: MONARCHA, Carlos; ROSEMBERG, Fúlvia; JANNUZZI, Gilberta e outros. **História Social da Infância no Brasil**. Org. Marcos Cezar de Freitas. 5.ed. São Paulo: Cortez, 2003. p. 269/289.

SILVA, Luciana Maria; COSCI, Maria Angélica; LAVOR, Miralda Dias Dourado de. Implantação de Oficinas de Parentalidade pelo Ministério Público no Triângulo Mineiro: uma experiência feliz. **MPMG Jurídico**. Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Edição Direito de Família, 2016. ISSN 18098673. p. 68 e ss.

TARTUCE. **Manual de Direito Civil**. 5. ed. São Paulo: Método, 2015.

UNIVERSIDADE DE COIMBRA. **Capítulo III – Regime dos Direitos Fundamentais**. p. 226/308. Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/igc/timor/pdfs/cap_III.pdf>. Acesso em: 30 maio 2017.

A FORÇA NORMATIVA DOS PRECEITOS DA EDUCAÇÃO INFANTIL

Luciene Auxiliadora Rodrigues

Conforme distinção realizada por José Afonso da Silva, a questão da eficácia do direito deve ser entendida em dois sentidos: social e jurídico. O primeiro sentido diz respeito ao reflexo real que a norma produz na sociedade, refere-se à questão de a norma ser efetivamente aplicada e obedecida no meio social. Tecnicamente é traduzida pela expressão “efetividade”, compreendida como o alcance dos objetivos da norma no ambiente social. Enquanto a eficácia jurídica refere-se à aplicabilidade da norma, à capacidade da norma, *de per se*, produzir efeitos jurídicos, ainda que em grau reduzido.

Em sua obra *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, José Afonso da Silva assim dispõe:

Por isso é que, tratando-se de normas jurídicas, se fala em eficácia social em relação à efetividade, porque o produto final objetivado pela norma se consubstancia no controle social que ela pretende, enquanto a eficácia jurídica é apenas a possibilidade de que isso venha a acontecer.

Os dois sentidos da palavra eficácia, acima apontados, são, pois, diversos. Uma norma pode ter eficácia jurídica sem ser socialmente eficaz, isto é, pode gerar certos efeitos jurídicos, como, por exemplo, o de revogar normas anteriores, e não ser efetivamente cumprida no plano social.¹

Partindo do pressuposto de que não existe norma constitucional destituída de eficácia jurídica, e que a distinção entre tais normas dá-se apenas quanto ao grau dessa eficácia, José Afonso da Silva apresenta uma classificação tripartite quanto à eficácia das normas constitucionais, a saber: I) normas constitucionais de eficácia plena; II) normas constitucionais de eficácia contida; III) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida. Tais categorias foram definidas pelo autor, nos seguintes termos:

Na primeira categoria incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto. O segundo grupo também se constitui de normas que incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas prevêem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias. Ao contrário, as normas do terceiro grupo são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado.²

Já o sentido social de eficácia refere-se à questão de a norma ser efetivamente aplicada e obedecida no meio social. Ao tratar do desafio da efetividade das normas constitucionais, José Luiz Borges Horta assim escreve:

1 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 66.

2 *Ibid.*, p. 82-83.

A verdadeira e maior temática do constitucionalismo democrático, ademais nos países em desenvolvimento, é a intrincada questão da efetividade constitucional. Efetivar a Constituição dirigente é sempre um desafio que os juristas, e a comunidade acadêmica e política de uma Nação, precisam enfrentar com galhardia.³

E acrescenta:

Compreender as normas constitucionais e as diferentes funções que elas possuem dentro da sistemática constitucional, impõe-se como pré-requisito para que, um dia, a constituição material venha a coincidir com a constituição formal, e que a idealidade dos sonhos constituintes possa se tornar realidade na práxis das nossas instituições político-jurídicas. O desafio da efetividade constitucional, assim, é o grande obstáculo a ser enfrentado por aqueles que pretendem, de algum modo, construir para o nosso país uma verdadeira democracia fundada nos direitos fundamentais.⁴

No capítulo dedicado ao Constitucionalismo Democrático, José Luiz Borges Horta ressalta a existência de lacunas que se estendem da Constituição formal à realidade material do Estado Democrático de Direito e critica o posicionamento de alguns juristas perante esse contexto. Nas suas palavras:

É fato que, até aqui, os juristas que vêm se debruçando sobre o tema acabam perdendo-se em divagações nada jurídicas, comportando-se como sociólogos enfadonhos ao justificarem o Estado Democrático de Direito em bases fáticas de graves conseqüências, na medida em que, ao despreverem-no a partir de manifestações tais como aumento de mecanismos de participação popular na democracia, gradual fortalecimento de associações civis e comunitárias, e sobretudo da redução do espaço estatal em relação ao “espaço público”, acabam caindo no “canto da sereia” da ideologia neo-liberal.

Um caminho possível, e antevisto por JOAQUIM CARLOS SALGADO, é o de aliar a legitimidade formal (e daí a expressão “estado democrático”) à material (daí, “estado de direito”), perspectiva que pode suprir uma evidente carência da doutrina jurídica: propiciar contornos precisos para o Estado Democrático de Direito, embasados não em leituras sociologizantes ou concepções ideológicas, mas no consagrado cânone da tradição filosófica ocidental.

O constitucionalismo deste fim-de-século, assim, é assinalado substancialmente por conflitos e angústias. Na virada de milênio, as instituições passam por detido reexame, e o saber avança de modo sem par.

A Constituição Federal de 1988 formaliza sua adesão ao Estado Democrático de Direito já em seu primeiro artigo. Urge, então, que proporcionemos, os juristas, respostas à altura do Texto, que preencham as inofismáveis lacunas que vão da Constituição formal à vivência material do Estado Democrático de Direito.⁵

No campo do direito fundamental à educação, esta questão fica evidente, é o que nos aponta José Luiz Borges Horta:

3 HORTA, José Luiz Borges. *A Educação nas Constituições Brasileiras*, f. 13.

4 *Ibid.*, p. 14-15.

5 *Ibid.*, p. 139-140.

Há profundas controvérsias entre o que se pensa, o que se diz, o que se propõe e o que efetivamente se conquista em matéria educacional. A Carta Constitucional de 1988 consagrou inúmeros princípios, inúmeros valores, inúmeros direitos em matéria educacional no seu texto formal.

Mas não basta apenas formalizar os direitos. A consecução prática dos objetivos da educação, anota JOSÉ AFONSO DA SILVA, só se realizará num sistema educacional democrático, em que a organização da educação formal via escola concretize o direito ao ensino, informado por princípios com ele coerentes, que realmente foram acolhidos pela Constituição.⁶

A Constituição da República de 1988 traz os lineamentos normativos para a concretização de um Estado Democrático de Direito, persiste o nobre e complexo desafio de tornar isso real. Nesse sentido, as palavras de Paulo Bonavides:

Se concentrarmos nossas reflexões sobre o Brasil, veremos que o grande problema do momento constitucional brasileiro é o de como aplicar a Constituição. [...] Concretizar o texto, introduzi-lo na realidade nacional, eis em verdade o desafio das Constituições brasileiras, desde os primórdios da República.⁷

Infelizmente, o direito à educação não é exceção a esta regra, vastamente defendido pela Constituição, ainda não alcançou na prática a desejável efetividade. Enquanto esta situação persistir, o idealizado respeito aos demais direitos fundamentais permanecerá comprometido.

Restringindo-se a análise à educação infantil, não há dúvida de que esta é um dever do Estado. No entanto, existe um contingente enorme – e injustificável – de crianças pequenas sem acesso a creches e instituições de pré-escola. Por qualificar-se como direito fundamental, a educação infantil não se expõe a avaliações meramente discricionárias, nem se subordina a razões de pragmatismo governamental, sob pena de configurar-se inaceitável omissão, apta a frustrar o integral adimplemento de prestação estatal constitucionalmente imposta.

A título exemplificativo, é interessante o caso da Região Metropolitana de Belo Horizonte (RMBH), onde ocorreu importante evolução no acesso à educação infantil na última década.

No ano de 2007, apenas 6,9% dos infantes de zero a três anos tinham acesso à creche. Em 2014, o percentual evoluiu para 22,2%. Em relação às crianças em idade pré-escolar (4 e 5 anos), 33,7% estavam matriculadas em escolas no ano de 2007, percentual que atingiu 67,3% em 2014.⁸

Embora constatado o progresso, infere-se também o desafio consubstanciado na necessidade de aumento de vagas em creches para crianças de 0 a 3 anos - faixa etária com menor cobertura de toda educação básica - e na universalização da pré-escola para os que possuem 4 e 5 anos de idade. Conforme Rina Passos Oliveira Ferreira:

Esse cenário de privação do ensino às crianças de 0 a 5 anos com menor renda, principalmente aquelas que poderiam frequentar a etapa de creche mostra que o direito conquistado através da lei ainda não se efetivou por completo na vida desses pequenos cidadãos. A necessidade de tratar a educação infantil enquanto

6 Ibid., p. 219-220.

7 BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012, f. 394.

8 FERREIRA, Rina Passos Oliveira. Educação Infantil Pública e Privada na RMBH: Uma análise a partir do Censo Escolar 2014. 2016. Dissertação (Mestrado) - Programa de Mestrado em Administração Pública da Fundação João Pinheiro - Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho, Belo Horizonte, 2016.

política pública geradora de benefícios individuais e coletivos, mais ainda, garantidora de consecução de direitos inerentes às crianças, se mostra como evidente e imediata.⁹

A inexistência de vagas em creches e pré-escolas que atenda à demanda dos municípios integrantes da RMBH atenta contra o exercício do direito à educação escolar. E, diante desta realidade, é importante destacar que o legislador infraconstitucional, por intermédio da Lei n. 9.394/96 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) –, dispõe, no art. 5º c/c o §3º do mesmo dispositivo, que qualquer indivíduo que se sentir lesionado em seu direito à educação básica, ou grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidades legalmente constituídas, bem como o Ministério Público, podem dirigir-se ao Poder Judiciário para efeito de reparação, sendo a ação gratuita e de rito sumário.

A partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 59/2009, a educação básica dos 4 aos 17 anos de idade passou a integrar o ensino obrigatório, o que deveria ter sido concretizado no plano fático até o ano de 2016. Portanto, desde o referido ano, a pré-escola é expressamente obrigatória e direito público subjetivo. Isto significa que o seu não oferecimento, ou sua oferta irregular, são considerados crime de responsabilidade da autoridade competente.

Antes da aludida Emenda Constitucional, o Poder Judiciário já entendia que o direito à educação é indisponível e não comporta julgamento de conveniência e oportunidade, não sendo cabível a teoria da reserva do possível para justificar o inadimplemento da obrigação constitucional ao argumento da indisponibilidade financeira da administração pública.

A expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades a serem por eles supridas. Consoante as palavras de Paulo Caliendo:

A reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen) é entendida como limite ao poder do Estado de concretizar efetivamente direitos fundamentais a prestações, tendo por origem a doutrina constitucionalista alemã da limitação de acesso ao ensino universitário de um estudante (numerus-clausus Entscheidung). Nesse caso, a Corte Constitucional alemã (Bundesverfassungsgericht) entendeu existirem limitações fáticas para o atendimento de todas as demandas de acesso a um direito.¹⁰

José Joaquim Gomes Canotilho é um crítico da concepção:

Rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica.¹¹

Esta confusão entre a reserva do possível e a denominada reserva do financeiramente possível, conforme crítica de José Joaquim Gomes Canotilho, demonstra uma deturpação no sentido originário da expressão quando de sua importação ao Brasil. Nesse sentido é a lição de Dirley da Cunha Júnior:

A chamada reserva do possível foi desenvolvida na Alemanha, num contexto jurídico e social totalmente distinto da realidade

9 Ibid., p.17-18.

10 CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. P. 200.

11 CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004. P. 481.

histórico-concreta brasileira. Apesar das grandes contribuições que a doutrina estrangeira tem dado ao direito brasileiro, proporcionando indiscutivelmente consideráveis avanços na literatura jurídica nacional, é preciso deixar bem claro, contudo, que é extremamente discutível e de duvidosa pertinência o traslado de teorias jurídicas desenvolvidas em países de bases cultural, econômica, social e histórica próprias, para outros países cujos modelos jurídicos estão sujeitos a condicionamentos socioeconômicos e políticos completamente diferentes.¹²

Neste contexto, a tese de que a educação infantil antes dos 4 anos de idade não faz parte da educação obrigatória não se sustenta, ante a indisponibilidade do direito à educação básica, o que tem gerado inúmeras condenações dos entes públicos – a atender a demanda em creches – pelo Poder Judiciário.

O STF, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410.715-5 SP e do Recurso Extraordinário nº 436.996-6 SP manifestou-se no sentido de que é dever dos Municípios concretizar o direito à educação infantil, ao fundamento de que este direito representa prerrogativa constitucional indisponível, que, direcionado às crianças, lhes garante, para efeito de desenvolvimento integral, e como etapa inicial do processo de educação, o acesso a creches e pré-escolas.¹³

No julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410.715- 5 SP, o STF reafirmou o direito público subjetivo à educação e o dever jurídico-social atribuído especialmente ao Município (artigo 211, §2º da CRFB/88) de viabilizar, em favor das crianças, o efetivo atendimento em creches e unidades de pré-escola.¹⁴

Enquanto o Poder Executivo competente se mantiver omissivo, o Judiciário deve - quando acionado, pelos legitimados - implementar políticas públicas educacionais, com o escopo de efetivar o direito à educação. Com efeito, a teoria alemã da reserva do possível não pode ser utilizada pelo Estado com o propósito de descumprir obrigações constitucionais, em especial quando da omissão decorrer eventual nulificação ou aniquilação de direitos fundamentais.¹⁵

No ano de 2011, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337-SP, o STF reiterou que a educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental, não se expõe a avaliações discricionárias do Poder Executivo. Ademais, o STF manifestou-se no sentido de que o princípio da proibição do retrocesso social impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que, uma vez concretizados, venham a ser reduzidos ou suprimidos pelo Estado, total ou parcialmente.¹⁶

12 CUNHA JR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 5 ed. Salvador: Juspodivm, 2011. P. 761.

13 Brasil – STF – 2ª Turma – Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410.715-5 SP e Recurso Extraordinário nº 436.996-6 – Agravante: Município de Santo André – Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo – Relator: Ministro Celso de Mello – j. 22.11.2005.

14 Brasil – STF – 2ª Turma – Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410.715-5 SP e Recurso Extraordinário nº 436.996-6 – Agravante: Município de Santo André – Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo – Relator: Ministro Celso de Mello – j. 22.11.2005.

15 GOTTI, Alessandra. A Qualidade Social da Educação Brasileira nos Referenciais de Compromisso do Plano e do Sistema Nacional de Educação. São Paulo, 2016. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=41851-estudo-processos-judicializacao-temas-tratados-normas-da-ceb-cnepdf&category_slug=maio-2016-pdf&Itemid=30192> Acesso em: 21 ago. 2016.

16 Brasil – STF – 2ª Turma – Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337 SP – Agravante:

Em 24.05.2012, foi reconhecido pelo Plenário do STF, a Repercussão Geral no Agravo de Instrumento n.º 761.908, relatado pelo Ministro Luiz Fux (Agravante o Município de Criciúma-SC e Agravado o Ministério Público do Estado de Santa Catarina). Encontra-se, portanto, pendente de julgamento o exame, em sede de Repercussão Geral, da auto-aplicabilidade do artigo 208, IV, da CRFB/88, no que se refere ao dever do Estado de assegurar o atendimento em creches e pré-escolas às crianças.¹⁷

O STJ, por intermédio da 1ª e 2ª Turmas, entende que o poder público é obrigado a efetivar o direito à creche e à pré-escola, com escopo no artigo 54, IV, do ECA (assegurar atendimento em creche e pré-escolas); no artigo 11, V, da LDB (educação infantil como incumbência municipal); no artigo 208, IV da CRFB/88 (atendimento de infantes em creches e instituições de pré-escola); e no art. 211, §2º, da CRFB/88 (educação infantil e ensino fundamental como níveis de ensino de atuação prioritária dos municípios).

Como visto, o acesso de crianças a creches e pré-escolas é objeto de demandas judiciais crescentes, as quais são ajuizadas notadamente por parte dos Ministérios Públicos Estaduais, Defensorias Públicas e pelos pais, representando as crianças.

Os autores tendem a argumentar que o direito à educação infantil é direito indisponível (art. 208, IV e art. 211, §2º, CRFB/88; art. 54, I e §1º do ECA; art. 4º, I, artigo 5º e artigo 29 da LDB), não sendo cabível a teoria da reserva do possível como defesa, uma vez que a implementação de um direito fundamental integrante do conceito de mínimo existencial não está na seara da discricionariedade da administração pública.

O ente público, parte ré da ação, normalmente aduz que a educação infantil não integra o conceito de direito público subjetivo, ao fundamento de que esta etapa da educação não é obrigatória (art. 208, I, §1º e 2º e art. 211, §2º, CRFB/88; art. 54, IV, §1º e 2º do ECA; art. 4º, II, art. 5º, §2º e 4º, art. 11, V, da LDB). Ademais, sustentase que viola o princípio da separação dos poderes o Judiciário adentrar no campo da discricionariedade do Poder Executivo. Outrossim, fala-se da inexistência de previsão orçamentária para a efetivação do direito, destacando-se o elevado custo financeiro da manutenção das crianças em creches e pré-escolas.

Em que pesem os argumentos de ambas as partes, os Tribunais de Justiça dos Estados membros da federação brasileira têm assegurado o direito à matrícula em creches e pré-escolas, notadamente em ações individuais e coletivas de direitos individuais homogêneos (com listas de crianças).

Em Minas Gerais, merece destaque recente decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais - TJMG, em ação civil pública proposta pela Defensoria Pública, em que determinada a matrícula de 173 crianças residentes em Belo Horizonte, em Unidades Municipais de Educação Infantil próximas às suas respectivas residências, oferecendo-lhes, de imediato, pleno acesso à educação pública e gratuita.¹⁸

Município de São Paulo – Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo – Relator: Ministro Celso de Mello – j. 23/08/2011.

17 Brasil – STF – Repercussão Geral no Agravo de Instrumento n. 761908 RG, Relator: Min. Luiz Fux, julgado em 24/05/2012, Acórdão Eletrônico DJe-155 Divulg. 07-08-2012 Public. 08-08-2012.

18 MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Processo - Ap Cível/Rem Necessária 1.0024.13.293347-4/002. Relator(a): Des.(a) Armando Freire, Belo Horizonte, 27 abril 2017. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.13.293347-4%2F002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>> Acesso em: 30 set. 2017.

Mas também há decisões no sentido de que a matrícula decorrente de ordem judicial viola o princípio da isonomia, uma vez que consubstancia tratamento diferenciado em relação àqueles que procuram o Poder Judiciário, com consequente preterição das crianças que permanecem nas listas de espera por vagas em creches e pré-escolas.¹⁹

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), diante da inexistência de vagas em número suficiente a atender todas as crianças, entende possível a observância de critérios de prioridade de atendimento – formulados pelo Poder Executivo –, como o grau de risco pessoal, social e nutricional, a renda familiar e o fato de a criança ser filha de mãe inserida no mercado de trabalho.²⁰

Segundo o TJDFT, à luz do princípio da reserva do possível, o art. 208, IV, da CRFB/88, não deve ser interpretado como direito subjetivo de exigir a matrícula em escola determinada, que atenda em período integral e se situe próximo ao local de trabalho dos genitores da criança, sendo necessária a demonstração, por prova documental, de existência de vagas na instituição em que se pretende matricular o infante.²¹

Constata-se maior resistência dos juízos e tribunais pátrios a dar provimento às ações civis públicas referentes a direitos educacionais difusos, das quais são exemplos as que contêm pleito de ampliação da rede, matrícula de futuros demandantes, planejamento da política pública de educação infantil e previsão orçamentária adequada.

Para a efetivação de direitos sociais, existe um custo elevado e, diante da importância do direito à educação, é essencial sua defesa com realismo. Este realismo deve considerar a necessidade de planejamento e eleição de prioridades. Por isso, as ações civis públicas que tenham por objeto direitos educacionais difusos (planejamento da política pública de educação infantil e previsão orçamentária adequada) são mais apropriadas à solução do problema em comparação àqueles que, simplesmente, visam a matrícula de determinadas crianças na educação infantil, sem preocupação com a ampliação da rede, o que, na maioria das vezes, reflete em uma superlotação das instituições públicas de educação infantil, em prejuízo da qualidade da educação e do consequente desenvolvimento das crianças.

Verifica-se a evolução do padrão decisório referente a essas demandas que envolvem direitos difusos, sendo relevante o exemplo da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - TJRS - que determinou a realização de medidas para acréscimo do número de vagas nas escolas municipais de educação infantil, com o escopo de que fossem contempladas as crianças inseridas na lista de espera, assim como para os infantes que fossem posteriormente inscritos. A referida decisão ainda previa o bloqueio de valores públicos necessários para a manutenção das crianças em instituições particulares, até que

19 GOTTI, Alessandra. A Qualidade Social da Educação Brasileira nos Referenciais de Compromisso do Plano e do Sistema Nacional de Educação. São Paulo. 2016. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=41851-estudo-processos-judicializacao-temas-tratados-normas-da-ceb-cnepdf&category_slug=maio-2016-pdf&Itemid=30192> Acesso em: 21 ago. 2016.

20 Brasil -TJDFT - 2ª Turma Cível - Agravo de Instrumento nº 20150020103036AGI (0010413-81.2015.8.07.0000) - Agravante: Rafael Brayner Borges De Lima - Agravado: Distrito Federal - Relatora: Des. Leila Arlanch - j. 26.08.2015.

21 Brasil -TJDFT - 2ª Turma Cível - Apelação nº 20140110648320APC (0015018-50.2014.8.07.0018) - Apelante: Distrito Federal - Apelado: Kemylli Gabriele Bezerra De Souza - Relator: Des. J.J. Costa Carvalho - j. 21.10.2015.

houvesse a realocação na rede pública, em estabelecimento educacional próximo à residência da criança.²²

Ademais, precedente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul determinou a abertura de vagas de educação infantil na rede municipal de Guaporé ou, subsidiariamente, a matrícula das crianças em instituições privadas localizadas próximas às respectivas residências ou o custeio público do transporte²³.

É importante citar, sobretudo por seu ineditismo, a paradigmática decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em Ação Civil Pública que previu:

1. Obrigar o Município de São Paulo a criar, entre os anos de 2014 e 2016, no mínimo, 150 (cento e cinquenta) mil novas vagas em creches e em pré-escolas para crianças de zero a cinco anos de idade, disponibilizando 50% (cinquenta por cento) nos primeiros 18 (dezoito) meses, das quais 105 (cento e cinco mil) em tempo integral em creche para crianças de zero a 3 (três) anos idade, de forma a eliminar a lista de espera, garantida a qualidade da educação ofertada, observando-se para tanto, quer quanto as unidades de ensino já existentes na rede escolar, quer referentemente àqueles que vierem a ser criada, as normas básicas editadas pelo Conselho Nacional de Educação e, suplementarmente, aquelas expedidas pelo Conselho Municipal de Educação.
2. Obrigar o Município de São Paulo a incluir na proposta orçamentária a ampliação da rede de ensino atinente à educação infantil de acordo com a ampliação determinada
3. Obrigar o Município de São Paulo a apresentar a este Juízo, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, plano de ampliação de vagas e de construção de unidades de educação infantil para atendimento do estipulado no item “1”.
4. Obrigar o Município de São Paulo a apresentar, semestralmente, relatórios completos sobre as medidas tomadas para efeito do cumprimento da obrigação fixada no item “1”.²⁴

Esta decisão foi pautada pelo diálogo interinstitucional entre os poderes constituídos e a sociedade civil. Registre-se que foi determinante a articulação entre ONGs, Ministério Público e Defensoria Pública do Estado de São Paulo, especialistas em litigância estratégica, assim como a realização de audiência pública, na qual foram ouvidas, dentre outros, a Secretaria Municipal de Educação, a Procuradoria do Município, especialistas e a comunidade escolar.²⁵

Recentemente, o Ministério Público de Minas Gerais, por intermédio da 23ª Promotoria de Justiça de defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes cível de Belo Horizonte, firmou

22 Brasil -TJRS - 8ª Câmara Cível - Apelação nº 70062170121 (CNJ nº 0409575) - Apelante: Município de Osório - Apelado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul - Relator: Des. Ricardo Moreira Lins Pastl - j. 05.03.2015

23 Brasil -TJRS - 7ª Câmara Cível - Apelação nº 70057522229 (CNJ nº 0476849-84.2013.8.21.7000) - Apelante: Município de Guaporé - Apelado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul - Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves - j. 29.01.2014.

24 Brasil -TJSP - Câmara Especial - Apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002 - Apelantes: Ação Educativa Assessoria, Pesquisa e Informação; Instituto de Cidadania Padre Josimo Tavares; Casa dos Meninos; Centro de Direitos Humanos e Educação Popular de Campo Limpo (CDHEP); e Associação Internacional de Interesses à Humanidade. Emídio Carlos e Irene, todas integrantes do “MOVIMENTO CRECHE PARA TODOS” - Apelado: Município de São Paulo - Relator: Des. Walter de Almeida Guilherme - j. 16.12.2013.

25 GOTTI, Alessandra. A Qualidade Social da Educação Brasileira nos Referenciais de Compromisso do Plano e do Sistema Nacional de Educação. São Paulo. 2016. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=41851-estudo-processos-judicializacao-temas-tratados-normas-da-ceb-cnepdf&category_slug=maio-2016-pdf&Itemid=30192> Acesso em: 21 ago. 2016.

Termo de Ajustamento de Conduta – TAC – com o Município de Belo Horizonte, tendo por objetivo assegurar às crianças de Belo Horizonte o acesso à Educação Infantil, considerando a falta de vagas na rede pública, notadamente na modalidade creche, para crianças de zero a três anos de idade, com destaque para as seguintes considerações que fundamentam o TAC:

[...] Considerando o disposto no §1º do artigo 77 da Lei nº 9.394/1996, que permite expressamente o uso de recursos públicos para o pagamento de bolsas de estudo na educação básica, inclusive em escolas particulares, bolsas estas destinadas a crianças domiciliadas em Belo Horizonte, que não encontrem vaga nas escolas da Rede Pública Municipal de Ensino e cujos pais ou responsável demonstrem insuficiência de recursos, devendo o Município investir prioritariamente na expansão da sua rede de ensino;
Considerando que é prática usual do Estado custear as escolas particulares, seja por meio de programas de financiamento, ou pela concessão de bolsas de estudo decorrentes de isenções fiscais, destinadas, majoritariamente, ao ensino superior, que sequer é obrigatório;
Considerando, por fim, as graves distorções que tal política muitas vezes acarreta, como, por exemplo, a concessão de subsídios às famílias com renda, por meio do abatimento de parte dos seus gastos com educação – da creche à pós-graduação – na declaração anual do Imposto de Renda, sendo que as crianças filhas de pais pobres ou com insuficiência de recursos, muitas vezes excluídas da rede pública de ensino por falta de vagas, permanecem sem acesso à Educação.

Em reportagem publicada em 20/09/2017, no jornal O Tempo (p. 25), o Promotor de Justiça com atribuição na área da Infância e da Juventude, Celso Penna Fernandes Junior, declarou que o TAC é para evitar que famílias que podem pagar por uma escola particular ocupem a vaga de uma criança carente. Consta da reportagem jornalística que:

Segundo ele [o Promotor], entre outras medidas, a PBH deverá assegurar a matrícula compulsória para crianças com necessidades específicas ou para crianças filhas de adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa de privação de liberdade. Deverá também disponibilizar vaga em creche ou escola perto de onde a criança mora ou perto do local de trabalho dos pais ou responsáveis e oferecer transporte suplementar gratuito caso a escola esteja a mais de 1Km desses locais.
Caso essas medidas não sejam suficientes para garantir a inclusão da criança de família com renda de até um salário mínimo (R\$937) terá direito a bolsa de estudo em escola particular registrada no Conselho Municipal de Educação.²⁶

Este TAC é interessante porque revela um Ministério Público resolutivo, agente político transformador da realidade social que, de forma democrática, articula com a sociedade e com o Poder Executivo, para a promoção de direitos fundamentais, com a possibilidade de resolução consensual da questão no plano extrajudicial.

As formas extrajudiciais de resolução dos problemas educacionais mostram-se mais interessantes porque a judicialização traz consigo uma faceta negativa. É que, diante do desconhecimento dos meandros da educação, são proporcionados equívocos judiciais com reflexos educacionais, embora com fundamentação jurídica legítima. As consequências atingem diretamente o desenvolvimento da criança. Por sua vez, os acordos extrajudiciais permitem uma análise mais ampla do problema, a fim de possibilitar a perfeita fusão do pedagógico com o jurídico, de modo a se cumprir a lei, sem prejuízo da qualidade educacional. É preciso seguir parâmetros de qualidade, para que as creches e pré-escolas não se transformem em depósitos de crianças.

26 ALVES, Fransciny. Acordo garante 4.000 novas vagas na educação infantil. O Tempo, Belo Horizonte, p. 25, 20 set. 2017.

A decisão judicial que determina a matrícula de uma criança em creche ou pré-escola, na maioria das vezes, não leva em consideração as diretrizes curriculares nacionais para a educação infantil, que definem as diretrizes curriculares nacionais gerais para a Educação Básica e estabelecem o número máximo de crianças por professor. Isso reflete diretamente no processo pedagógico. Nas palavras de Carlos Roberto Jamil Cury e Luiz Antonio Miguel Ferreira:

(...) As Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Infantil – Resolução CNE/CEB nº 01, de 07/04/99, a revisão do Parecer nº 20/09, a Resolução nº 5, de 17/02/09 do CNE e Resolução nº 4, de 13/07/10 – definem as diretrizes curriculares nacionais gerais para a Educação Básica e estabelecem o número máximo de crianças por professor. Consta expressamente do Parecer nº 20/09 do CNE, devidamente homologado em 09/12/09 que a proporção a ser seguida é a seguinte: “O número de crianças por professor deve possibilitar atenção, responsabilidade e interação com as crianças e suas famílias. Levando em consideração as características do espaço físico e das crianças, no caso de agrupamentos com criança de mesma faixa de idade, recomenda-se a proporção de 6 a 8 crianças por professor (no caso de crianças de zero e um ano), 15 crianças por professor (no caso de crianças de dois e três anos) e 20 crianças por professor (nos agrupamentos de crianças de quatro e cinco anos).”²⁷

CONCLUSÃO

Ademais, a decisão judicial nem sempre considera que há uma inscrição das famílias na expectativa de serem atendidas pelo aumento planejado de vagas. Da mesma forma que a vaga é um direito da criança, a educação de qualidade também é um direito que precisa ser observado, para o pleno desenvolvimento da criança em seus aspectos físicos, psicológicos, intelectuais, sociais, em complementação à ação da família e da comunidade em que inserida.

O Brasil tem na educação infantil um de seus maiores desafios. O direito à educação, amplamente defendido pela Constituição, ainda carece na prática de efetividade. Enquanto isso perdurar, talvez nenhum outro direito seja real e plenamente respeitado.

Apesar de, há mais de cinco séculos, ser manipulada como um fator de estagnação social, a educação é potencialmente o ponto de partida para a transformação da sociedade brasileira. A construção de um país justo, democrático e socialmente menos desigual passa, necessariamente, pela valorização da educação básica.

A realidade brasileira demonstra que o grau de eficiência do sistema escolar em oferecer acesso a creches e pré-escolas mantém-se abaixo do desejável. A desvalorização do profissional da educação e a falta de investimento nos programas e instituições de ensino público podem ser apontadas como problemas estruturais do sistema educacional infantil brasileiro.

O consequente acesso tardio das crianças à Educação é refletido em futuros quadros de dificuldades de escrita e cálculo, incompreensão geográfica e histórica, dentre outras deficiências inclusive de sociabilidade. A Educação mostra-se como um indicador de discriminação em uma sociedade que faz do conhecimento passaporte para a entrada no mercado de trabalho e para o exercício da cidadania.

27 CURY, Carlos Roberto Jamil & FERREIRA, Luiz Antonio Miguel Ferreira. Judicialização da educação infantil, o trabalho dos professores e a qualidade da educação: relações possíveis. Disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Educacao/Judicializa%C3%A7%C3%A3o_da_educa%C3%A7%C3%A3o_infantil_rela%C3%A7%C3%B5es%20poss%C3%ADveis_LuizAntonioMiguelFerreira.pdf> Acesso em 20 de março de 2017.

Imprescindível mostra-se a atuação, em regime de cooperação, dos três entes federados (União, Estados e Municípios), em particular no que se refere à necessidade de uma ampliação dos gastos públicos com a educação infantil.

E, na relevante omissão do Poder Executivo, o protagonismo dos legitimados para a defesa da Educação – dentre os quais se destaca o Ministério Público – é determinante para a concretização deste direito fundamental. Para tanto, é imprescindível que se tenha consciência dos instrumentos de atuação que estão à disposição dos legitimados, a fim de possibilitar a perfeita fusão do pedagógico com o jurídico, de modo a se cumprir a lei, sem prejuízo da qualidade educacional. Nesse sentido, o Ministério Público deve fazer o uso efetivo e legítimo do inquérito civil, do termo de ajustamento de conduta, das recomendações, das audiências públicas e das ações judiciais, quando necessárias.

Na recente experiência democrática, a Constituição é vista como a fórmula capaz de preservar valores fundamentais e promover a justiça. A Constituição da República de 1988 traz o arcabouço normativo para um Estado Democrático de Direito, desafio dos mais nobres que se apresenta aos legitimados para a defesa judicial e extrajudicial da Educação.

O objetivo final de todo processo educativo deve ser uma plena inclusão, o que é imperioso na atual conjuntura caracterizada por uma sociedade democrática, plural e competitiva. Num país democrático, ampliam-se as formas de participação, o que exige uma atuação consciente dos cidadãos, livres o quanto possível das diversas formas de manipulação. Para tanto, mostra-se indispensável a Educação, sob pena de a democracia esvaziar-se de sentido e cair na simples retórica. E a educação infantil é a raiz identificada a partir da evolução histórica do sistema educacional brasileiro, imprescindível para que o objetivo constitucional de construção de uma sociedade livre, justa e solidária seja alcançado.

REFERÊNCIAS

ADRIÃO, Theresa. & OLIVEIRA, Romualdo Portela de (orgs.). **Gestão, financiamento e direito à educação: análise da LDB e da Constituição Federal**. 2 ed. São Paulo: Xamã, 2002.

ABMP, Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e Juventude (Organização). **Justiça pela Qualidade na Educação**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ALVES, Fransciny. Acordo garante 4.000 novas vagas na educação infantil. **O Tempo**, Belo Horizonte, p. 25, 20 set. 2017.

BASILIO, Dione Ribeiro. **Direito à educação: um direito essencial ao exercício da cidadania. Sua proteção à luz da teoria dos direitos fundamentais e da Constituição Federal brasileira de 1988**. 2009. Mestrado (Dissertação) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOMENY, Helena. **Os Intelectuais da Educação**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e

tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004.

COSTA, Messias. **A educação nas constituições do Brasil: dados e direções**. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

COSTA, Sandro Coelho. **Programa Proinfância: Considerações sobre os efeitos nas políticas municipais de educação infantil**. 2015. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Educação, Conhecimento e Inclusão Social, da Faculdade de Educação/UFMG. Belo Horizonte, 2015.

CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. Salvador: Juspodivm, 2011. P. 761.

CURY, Carlos Roberto Jamil. A Educação Básica como Direito. **Cadernos de Pesquisa**, Belo Horizonte, v. 38, n. 134, p. 293-303, maio/ago. 2008.

_____. Carlos Roberto Jamil. **Legislação educacional brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

_____. Carlos Roberto Jamil. In **Subsídios para credenciamento e funcionamento de Instituições para a Educação Infantil**. vol. II. p. 11, Brasília. maio 1998. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me000056.pdf>> Acesso em 20/7/2017.

CURY, Carlos Roberto Jamil & FERREIRA, Luiz Antonio Miguel Ferreira. **Judicialização da educação infantil, o trabalho dos professores e a qualidade da educação: relações possíveis**. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Educacao/Judicializa%C3%A7%C3%A3o_da_educa%C3%A7%C3%A3o_infantil_rela%C3%A7%C3%B5es%20poss%C3%ADveis_LuizAntonioMiguelFerreira.pdf> Acesso em: 20 de março de 2017.

DAVIES, Nicholas. **Recursos públicos em educação**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2002.

DUARTE, Clarice Seixas. **Direito público subjetivo e políticas educacionais**. São Paulo em Perspectiva, São Paulo, vol. 18, n. 2, p. 113-118, abr./jun. 2004.

_____. Clarice Seixas. **O direito público subjetivo ao ensino fundamental na Constituição Federal brasileira de 1988**. 2003. 328 p. 2003. Tese (Doutorado) – Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

DUARTE, Marisa Ribeiro Teixeira. Sistemas públicos de educação básica e relações intergovenamentais: a ação da União e a autonomia dos sistemas locais de ensino. **Perspectiva**, Florianópolis, vol. 20. n. 2. p. 303-329, 2002.

FARIA FILHO, Luciano Mende de. Instrução Elementar no Século XIX. In: LOPES, Eliane Marta Teixeira; FARIA FILHO, Luciano Mendes de; VEIGA, Cynthia Greive (orgs). **500 anos de educação no Brasil**. 4. ed. Belo Horizonte: Autentica, 2015.

FERREIRA, Rina Passos Oliveira. Educação Infantil Pública e Privada na RMBH: Uma análise a partir do Censo Escolar 2014. 2016. Dissertação (Mestrado) - Programa de Mestrado em Administração Pública da Fundação João Pinheiro - Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho, Belo Horizonte, 2016.

FONSECA, Thaís Nívia de Lima e. História Cultural e História da Educação na América Portuguesa. **Revista Brasileira de História da Educação**. Campinas v. 6, n. 2, jul./dez. 2006.

_____. Thaís Nívia de Lima e & VEIGA, Cynthia Greive (orgs). **História e historiografia da educação no Brasil**. Belo Horizonte, Autêntica, 2003.

FREIRE, Paulo. **Ação Cultural para a Liberdade**: e outros escritos. 6 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

_____. **Pedagogia da Autonomia**: saberes necessários à prática educativa. 35 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

GOTTI, Alessandra. **A Qualidade Social da Educação Brasileira nos Referenciais de Compromisso do Plano e do Sistema Nacional de Educação**. São Paulo. 2016. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=41851-estudo-processos-judicializacao-temas-tratados-normas-da-ceb-cnepdf&category_slug=maio-2016-pdf&Itemid=30192> Acesso em: 21 de agosto de 2016.

HORTA, José Luiz Borges. **A Educação nas Constituições Brasileiras**. 1999. f. 241. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1999.

LOPES, Eliane Marta Teixeira; FARIA FILHO, Luciano Mendes de; VEIGA, Cynthia Greive (orgs). **500 anos de educação no Brasil**. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

MEDEIROS, Mônica Jacqueline Sifuentes Pacheco de. **O acesso ao ensino fundamental no Brasil**: um direito ao desenvolvimento. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

MUÑOZ, Louders Gaitán. El bienestar social de la infancia y los derechos de los niños. **Política y Sociedad**, Madrid, v. 43, n. 1, p. 63-80, 2006.

OLIVEIRA, Zilma de Moraes Ramos de. **Educação Infantil**: fundamentos e métodos. Cortez Editora, 2014.

SIVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39. ed., ver. E atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

WINTERSBERGER, Helmut. Infancia y ciudadanía: El orden generacional del Estado de Bienestar. **Política y Sociedad**, Madrid, v. 43, n.1, p. 81 – 103, 2006.

ZICHIA, Andrea de Carvalho. **O direito à educação no período imperial**: um estudo de suas origens no Brasil. 2008. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

A LEI 13.491/17: DESAFIO PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO NO ÂMBITO DO CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL

Giovana Aparecida Sabino

Em 13 de outubro de 2017 entrou em vigor a Lei 13.491 que alterou o art. 9º, inciso II do Decreto Lei 1.001/69, passando a considerar como crime militar os crimes previstos no Código Penal Militar e na legislação penal, ampliando assim a competência da Justiça Militar.

No que tange aos crimes dolosos cometidos por militares contra a vida de civis, a competência continua sendo do Tribunal do Júri, salvo quando praticado por militares das Forças Armadas, pois nesta hipótese a competência é da Justiça Militar da União¹.

Sem embargo, tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aos quais o Brasil aderiu, preconizam a restrição de competência da Justiça Militar nas situações em que ocorra atividade tipicamente militar, destacando a sua excepcionalidade.

A compreensão de jurisdição militar restrita é sustentada por disposições normativas constantes na Declaração Universal de Direitos Humanos, no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais.

É sobretudo importante assinalar que no caso Gomes Lund, o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos a abster-se de empregar a jurisdição castrense para investigar e julgar militares por crimes cometidos contra civis, conforme segue:

257 a sentença, o Tribunal decidiu que, “dentro de um prazo razoável”, o Estado deve “conduzir efetivamente a investigação criminal dos fatos do presente caso a fim de esclarecê-los, determinar as responsabilidades criminais correspondentes e aplicar efetivamente as sanções e consequências que o a lei prevê, “levando em consideração” os critérios indicados nas investigações neste tipo de caso “. Do mesmo modo, dispõe que “o Estado deve garantir que os casos criminais iniciados pelos fatos do presente caso contra os presumíveis responsáveis que sejam ou tenham sido militares, sejam processados perante a jurisdição ordinária e não na jurisdição militar”². (tradução livre)

1 Art. 9º, inciso III (...)§ 1º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil, serão da competência do Tribunal do Júri. § 2º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União, se praticados no contexto: (...)

2 257 Texto original de la Sentencia, la Corte decidió que, “en un plazo razonable”, el Estado debe “conducir eficazmente la investigación penal de los hechos del presente caso a fin de esclarecerlos, determinar las correspondientes responsabilidades penales y aplicar efectivamente las sanciones y consecuencias que la ley prevea”, tomando en consideración “los criterios señalados sobre investigaciones en este tipo de casos” indicados, inter alia, en el párrafo 256 de la Sentencia. Asimismo, dispuso que “el Estado debe garantizar que las causas penales que se inicien por los hechos del presente caso en contra de los presuntos responsables que sean o hayan sido funcionarios militares, se tramiten ante la jurisdicción ordinaria y no en el fuero militar”. Disponível em: < <http://www.corteidh.or.cr>> Acesso em: 15/10/2018.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos deixou claro que a competência da jurisdição castrense deve restringir-se aos crimes propriamente militares.

Sob tal ambulação, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH) e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), em 13 de outubro de 2017, manifestaram-se contrários à Lei 13.491/17, por entenderem que a alteração legislativa atenta contra normas internacionais de direitos humanos. Veja:

O ACNUDH e a CIDH têm argumentado há muitos anos que a investigação e o julgamento por tribunais militares de denúncias de violações de direitos humanos cometidas por militares, especialmente por supostas violações contra civis, impedem a possibilidade de uma investigação independente e imparcial realizada por autoridades judiciais não vinculadas à hierarquia de comando das próprias forças de segurança.³

O certo é que a Lei 13.491/17 viceja grande discussão, que se estende, inclusive, à polêmica da criação de foro privilegiado. É de se verificar que dentre as hipóteses constitucionais de prerrogativa de foro em matéria criminal, o constituinte não conferiu ao militar tal direito. Malgrado, a Lei nº 13.491/17 deslocou a competência do juiz natural, independente e imparcial, para uma jurisdição cujas autoridades estão vinculadas ao comando militar e, portanto, submetidas à hierarquia que caracteriza a Corporação.

Assim, ao arrepio da Constituição Republicana, a Lei 13.491/17 estabeleceu foro privilegiado para todos os militares, ferindo de morte o princípio da igualdade perante a lei, ao mesmo tempo em que relativizou as normas internacionais de direitos humanos.

É de se verificar que o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, consagra que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

Todavia, ao que parece, na concepção da Lei nº 13.491/17 alguns cidadãos são mais iguais do que os outros, o que configura inenunciável ofensa à isonomia.

A fortiori, a prerrogativa de foro criada pelo diploma legal em destaque, passa a garantir aos militares um julgamento especial e particular quando figuram como parte em processos criminais. Essa situação atenta contra a igualdade estabelecida entre os servidores que atuam perante órgãos de segurança pública.

A guisa de exemplo, de acordo com a nova dicção que a aludida lei trouxe para o Código Penal Militar, o policial civil e o policial militar que incorrerem em crime previsto em lei penal extravagante, como o abuso de autoridade, serão processados e julgados por jurisdição diferente, o que gera discriminação absurda.

3 Disponível em: < <http://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2017/160.asp>> Acesso em: 15/10/2018

Inaugura-se assim, tratamento desigual para situações iguais, desvirtuando o próprio conceito de justiça. Ou seja, se já era difícil punir um militar pela prática de abuso de autoridade, agora se torna ainda mais difícil. No mesmo azimute, em carta dirigida à Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 1996, o Centro Santos Dias de Direitos Humanos da Arquidiocese de São Paulo, a respeito da Justiça Militar consignou que:

Nos inquéritos militares, formalizados nos órgãos da justiça militar, a parcialidade em favor dos policiais incriminados, na maioria dos casos, é escandalosa, a ponto de transformar as vítimas em réus. Também é muito comum a intimidação das testemunhas, cujas deposições judiciais são tomadas na presença dos policiais acusados. Nessas condições, não é de estranhar que a frequência com que se determina o arquivamento das investigações por motivo de deficiência de provas... Se, cumprida essa etapa, se chegasse a apresentar ou a acolher uma denúncia, surgiriam novas dificuldades na marcha do processo, deliberadamente moroso e cheio de incidentes dilatórios: demora na constituição dos conselhos, adiamentos sucessivos por motivo de pequenas falhas formais etc. Assim, não é de estranhar que uma instrução se arraste por quatro ou cinco anos, ou indefinidamente, por tempo suficiente para apagar a lembrança dos fatos nos periódicos e na memória das pessoas. Passado tanto tempo, as famílias das vítimas já terão perdido a esperança, as testemunhas terão mudado de domicílio e as provas já se terão desvanecido.⁴

É sobremodo importante assinalar que a experiência na Promotoria de Controle Externo da Atividade Policial de Belo Horizonte demonstra que, quase a totalidade dos Inquéritos Policiais Militares (IPM) requisitados pelo Ministério Público para investigar abuso de autoridade cometido por militar, consta na homologação de solução do IPM que o policial agiu no estrito cumprimento do dever legal.

No dizer de Pierobom de Ávila “a racionalidade policial parte sempre do pressuposto de que as acusações contra policiais são maliciosas e que é necessário proteger o policial dessas acusações falsas”⁵. Dessume-se, portanto, que não há um controle interno efetivo do desvio policial, o que naturalmente corrobora para uma maior incidência do abuso de autoridade, crime tipificado pela Lei 4.898/65, que sujeita o seu autor à responsabilidade administrativa, civil e penal.

Os casos de abuso de autoridade policial são diuturnamente noticiados pelos veículos de comunicação que denunciam atentado à liberdade de locomoção, à inviolabilidade do domicílio, à incolumidade física do indivíduo, execução de medida privativa da liberdade individual sem as formalidades legais ou com abuso de poder, submissão de pessoa sob a guarda ou custódia policial a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei, dentre outras práticas que se ajustam às condutas descritas nos artigos 3º e 4º da Lei 4.898/65.

A partir da insólita expansão de competência da Justiça Militar trazida pela Lei 13.491/17, as ações configuradoras do crime de abuso de autoridade, cometidos por militares, por estes passaram a ser investigadas e julgadas. Essa nova realidade consubstancia a própria obliteração do controle externo da atividade policial que, por força de *mandamus* constitucional, o Ministério Público deve exercer.

Frise-se que, com o advento do novo diploma legal, não somente o abuso de autoridade passará a ser investigado, processado e julgado por militares, mas também a tortura, o estupro de

4 Disponível em: <<https://cidh.oas.org/countryrep/brazil-port/Cap%203.htm>> Acesso em: 15/10/2018.

5 ÁVILA. Thiago André Pierobom. Fundamentos do Controle Externo da Atividade Policial, Belo Horizonte: D'Plácido, 2016

vulnerável, o crime hediondo, e as mais diversas violações aos direitos humanos.

Abre-se aqui um parêntese para ressaltar que, as leis penais extravagantes, a exemplo da Lei de Abuso de Autoridade, possuem um bem jurídico específico que, geralmente, perpassa por direitos e garantias fundamentais de modo que, quando violados por policiais, exige do Ministério Público controle externo eficaz.

Com efeito, é premente que se deixe claro que, mesmo diante das alterações impostas pela Lei 13.491/17, as atribuições das Promotorias Especializadas no controle externo da atividade policial permanecem íntegras. Indubitável é que a Constituição de 1.988, ao prever no art.129, inciso VII, o exercício do controle externo da atividade policial ao Ministério Público, tencionou que o *Parquet* atuasse de ofício ou mediante requerimento de qualquer pessoa sempre que os direitos e interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis do cidadão fossem violados, suprimidos ou ameaçados por parte das forças policiais.

Infelizmente, Brasil afora, existem policiais que parecem agir de acordo com a sua própria vontade, se esquecendo de que, assim como qualquer outro cidadão, também se encontram subordinados a um arcabouço legislativo que regula sua atuação seja como policial ou cidadão comum.

O fato de serem policiais não pode servir de justificativa para exorbitarem da sua força física, bélica e institucional, em nome de uma pretensa manutenção da segurança pública.

Em todo o país, a atuação arbitrária das forças policiais, como vem sendo diariamente noticiada pelos jornais, demonstra o quão frágil é o respeito aos direitos humanos. Não foi a toa que em relatório sobre a situação de direitos humanos no Brasil, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos destacou que “impunidade para os crimes cometidos pelos policiais estaduais, militares ou civis, constitui um elemento propulsor da violência”.⁶

Nesse contexto, o desafio do Ministério Público é exercer o controle sobre a atividade policial a fim de que se atinja um equilíbrio entre o uso da força e o respeito aos direitos e garantias individuais. Assim, vergastadas as incoerências da Lei 13.491/17 emerge a necessidade de sua adequação à realidade, razão pela qual o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, objetivando manter o seu protagonismo no controle externo da atividade policial militar, no dia 09/08/2018, publicou a Resolução CAPJ nº 17. A Resolução em apreço, no que se refere aos crimes cometidos por militares no exercício da função, redefiniu a as atribuições das Promotorias de Justiça das Comarcas do interior do Estado com atribuição para a Defesa dos Direitos Humanos e/ou Fiscalização da Atividade Policial e das 9ª e 18ª Promotorias de Justiça da Comarca de Belo Horizonte referendando o princípio do promotor natural ao dispor que:

Art. 1º Cabe ao Promotor de Justiça atuante em cada comarca, na forma dos atos regulamentares vigentes, o exercício de todas as atividades concernentes à defesa dos direitos humanos e/ou ao controle externo das atividades policiais, civil e militar, inclusive a instauração de procedimentos investigatórios criminais e sua conclusão, bem como o acompanhamento de inquéritos policiais e outros procedimentos administrativos relacionados à tortura (Lei 9.455/97), abuso de autoridade (Lei n.º 4.898/65), violência arbitrária (art. 322, Código Penal), exercício arbitrário ou abuso de poder (art. 350, Código Penal), e às infrações penais conexas, a critério do órgão de execução oficiante, quando praticados por policiais militares nas comarcas do interior e contra civis.

§ 1º Ao final da instrução pré-processual, o órgão de execução

6 Disponível em: <<https://cidh.oas.org/countryrep/brazil-port/Cap%203.htm>> Acesso em: 15/10/2018.

firmará seu convencimento, promovendo o arquivamento ou oferecendo denúncia, sendo o procedimento, com a respectiva peça processual, encaminhado ao Juízo da Auditoria Militar para a distribuição pertinente.

§ 2º Em se tratando de infrações penais de menor potencial ofensivo, o órgão de execução deverá encaminhar a peça de transação penal/suspensão condicional do processo e a denúncia, para a hipótese de não aceitação do envolvido.

§ 3º Na hipótese do parágrafo anterior, o encaminhamento da denúncia com cota explicativa, deverá ser considerado pelo membro oficiante, sendo distribuída a exordial apenas se não aceita a proposta de transação.

Cumpra observar que a Resolução CAPJ nº 17, de 09 de agosto de 2018, está em consonância que uma dinâmica resolutive que se mostra mais apropriada ao novo constitucionalismo que incentiva o Ministério Público a tornar-se agente de transformação social. Em que pese existir ação direta de inconstitucionalidade em face da Lei 13.491 (ADI 5804), o *Parquet* não pode manter-se inerte enquanto aguarda decisão judicial. Sob a ótica do novo constitucionalismo cabe ao Ministério Público buscar a concretude às suas atribuições.

Deste modo, o *Parquet* enquanto instituição permanente, autônoma, munida de atribuições, garantias e prerrogativas, deve, através de seus membros, exercer o controle externo da atividade policial objetivando a prevenção e correção de ilegalidade ou abuso de poder.

A efetivação desse controle pode ocorrer através da instauração de procedimento investigatório criminal (PIC), que é de extrema importância face ao corporativismo na manipulação de inquéritos que investigam crimes praticados por policiais.

Não se nega aqui a importância dos inquéritos policiais, ao contrário, o que se constata e deve ser ressaltada é a condução desses inquéritos quando o autor do delito trata-se de policial civil ou militar, sendo a instituição a que pertence o policial responsável por investigá-lo.

É premente que se deixe claro que, o procedimento investigativo criminal trata-se de instrumento legítimo e efetivo de atuação ministerial. Tanto é verdade que, em 14/05/2015, no RE 593727, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o poder de investigação do Ministério Público para promover por conta própria investigação de natureza penal, firmando a seguinte tese de repercussão geral:

O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição.⁷

É preciso insistir que a utilização de PIC's no controle externo da atividade policial podem contribuir para soluções adequadas ao caso concreto, proporcionando maior celeridade, racionalização e maior efetividade na prevenção e combate à violência policial.

A atividade do Ministério Público é, portanto, uma atividade teleológica que tem uma finalidade, a busca por resultados.

7 (RE 593727, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-175 DIVULG 04-09-2015 PUBLIC 08-09-2015)

No caso do controle externo da atividade policial, o que se deve buscar são formas de combater a violência policial. Por isso, além de suscitar questionamentos e reflexões acerca da Lei 13.491/17, também é necessária a adoção de medidas práticas que fomentem o controle externo da atividade policial, pois deve ser o Ministério Público “Constituição em ação”⁸.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimização social**. Disponível em: <<http://www.unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistajuridicafafibe/sumario/5/14042010170607.pdf>> Acesso em: 17 de novembro de 2017.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Recomendação pelo Ministério Público e o autocontrole da constitucionalidade**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11950/recomendacao-pelo-ministerio-publico-e-o-autocontrole-da-constitucionalidade>>. Acesso em: 17 de novembro de 2017.

ÁVILA, Thiago André Pierobom. **Fundamentos do Controle Externo da Atividade Policial**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Os dois Ministérios Públicos do Brasil: o da Constituição e o do Governo**. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Del Rey, Belo Horizonte, vol I, 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 de outubro de 1988. Vade Mecum Rideel, São Paulo: Editora Rideel, 2012.

_____. Lei 4.898, de 9 de dezembro de 1965. Regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa civil e penal, nos casos de abuso de autoridade. DOU de 13-12-1965. . Vade Mecum Rideel, São Paulo: Editora Rideel, 2012.

_____. Lei 13.491, de 13 de outubro de 2017. Altera o Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar.

GOULART, Marcelo Pedrosa. **Ministério Público e democracia: teoria e práxis**. São Paulo: Editora de direito, 1998.

PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência internacional de direitos humanos**. Manaus: Dizer o Direito, 2015.

GREGO, Rogério. **Direito Pena do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 4ª ed., Niterói: Impetus, 2009.

SADEK, Maria Tereza. (2008). **Ministério Público: A Construção de uma Nova Instituição**. In: OLIVEN, G.R, RIDENTI, M., BRANDÃO, G.M. (orgs.). A Constituição de 1988 na vida brasileira. São Paulo, Aderaldo & Rothschild Editores: AMPOCS.

8 BONAVIDES, Paulo. Os dois Ministérios Públicos do Brasil: o da Constituição e o do Governo. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Del Rey, Belo Horizonte, vol I, 2003.

A PERSECUÇÃO PENAL DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS COM OBJETO ILÍCITO DE ATUAÇÃO VOLTADO PARA A PRÁTICA DO TRÁFICO DE DROGAS

Jumar Brum Araújo 1

1 INTRODUÇÃO

O Ministério Público, guardião dos interesses sociais e individuais indisponíveis, dentre estes a segurança pública e a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, deve primar pelo combate à macrocriminalidade, consubstanciada na deflagração de crimes que afetam a coletividade com maior ênfase. Em razão de o narcotráfico ser um rentável meio de subsistência das organizações criminosas, objetivou-se demonstrar a aplicabilidade dos meios investigativos e de produção de provas às organizações criminosas com objeto de atuação direcionado para o tráfico de substâncias entorpecentes e sua eficácia para a respectiva persecução penal.

2 A HIPÓTESE DA OCORRÊNCIA DE ANTINOMIA REFERENTE ÀS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS ATUANTES NA SEARA DO NARCOTRÁFICO

Na lição de Greco (2013, p. 27), o conceito de “antinomia jurídica”, tal qual definido por Bobbio, constitui-se em uma circunstância em que coexistem duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento jurídico e com o mesmo âmbito de validade – problema esse que o levou a propor a aplicação dos critérios cronológico, hierárquico e da especialidade para elucidá-lo.

Dessa forma, depreende-se que, na antinomia jurídica, há um conflito entre duas normas, que pode ser aparente ou real: na primeira hipótese, os critérios solucionadores encontram-se previstos no ordenamento jurídico; na segunda, inexistente critério normativo solucionador, podendo ser editada uma ulterior norma que regulamente a incompatibilidade prevista.

A existência da antinomia – ou normas que se revelam contrárias – não pode ser permitida no ordenamento jurídico, devendo, em tal hipótese, proceder-se ao afastamento de uma delas, devendo ser verificado se houve entre as normas distância temporal de forma a propiciar que a posterior tenha o condão de revogar a anterior.

Na hipótese em estudo, tanto a Lei n.º 11.343/06 quanto a Lei n.º 12.850/13, no que se refere às organizações criminosas que atuam na seara do tráfico de drogas, seriam aplicáveis a princípio: a Lei Antidrogas, em seu artigo 35, *caput*, tipifica a conduta de duas ou mais pessoas se associarem para praticar os crimes nela previstos; a Lei n.º 12.850/13 dispõe acerca da conduta de promover, constituir, financiar ou integrar organização criminosa.

Em relação ao critério hierárquico, não se há de falar em conflito quando se está em questão uma norma qualquer em face da Carta Magna, uma vez que esta prevalece sobre as demais; todavia, tal critério não resolve a problemática se ocorrer um confronto entre

duas leis ordinárias, como no caso vertente – Leis n.ºs 11.343/06 e 12.850/13 –, em que não existe hierarquia entre as duas leis, ambas especiais.

No que concerne à existência de dois direitos fundamentais antinômicos, é certo que tais direitos não podem ter, cada qual, um fundamento absoluto que os torne inquestionáveis e irresistíveis. Ainda, a respeito da definição de “antinomia”, Capel Filho (2004)¹ elucida:

Sempre que estivermos diante de um conflito entre duas normas, ou entre dois princípios, ou ainda, entre uma norma e um princípio, e não existirem critérios postos no ordenamento que resolvam esses conflitos, estaremos diante de uma antinomia jurídica. Antinomia ocorre com a existência de duas normas, tipificando a mesma conduta, com soluções antagônicas, onde repousem três requisitos: incompatibilidade, indecidibilidade e necessidade de decisão.

Na linha de raciocínio esposada pelo referido autor, existe conflito entre as duas normas em questão especificamente quanto às condutas de promover, constituir, financiar ou integrar organização criminosa quando tal instituição ilícita exercer o tráfico de drogas.

Nessa hipótese, as duas normas tipificam a mesma conduta com soluções antagônicas, uma vez que, apesar de a Lei Antidrogas prever apenamento mais gravoso, consubstanciado na pena de reclusão de três a dez anos, superior, portanto, à pena de três a oito anos de reclusão, prevista na Lei de Combate às Organizações Criminosas, o que se depreende é que essa última possui em seu bojo meios investigativos e de obtenção de prova que se revelam capazes de propiciar uma eficaz persecução penal.

Nos três requisitos elencados por Capel Filho (2004) – incompatibilidade, indecidibilidade e necessidade de decisão –, verifica-se que as duas leis em análise não se revelam incompatíveis, pois ambas têm o seu âmbito de atuação devidamente delimitado tanto pela tipificação da conduta de constituir, integrar ou financiar organização criminosa quanto pela de associar-se para exercer o tráfico de drogas, residindo nesse ponto uma lacuna que terá o condão de gerar a indecidibilidade e a necessidade de decisão.

No que tange ao caráter decisório, no caso de uma organização criminosa exercer o tráfico de drogas, as autoridades policial, ministerial e judiciária estarão compelidas a definir se estão diante de uma organização ou de uma associação criminosa para, então, decidir sobre qual crivo persecutório estará sujeita tal instituição ilícita.

Na primeira hipótese, diante de uma reconhecida organização criminosa de grande porte, tal como o PCC ou o Comando Vermelho, por exemplo, eventual dúvida decisória se reduz.

1 CAPEL FILHO, Hélio. “Antinomias jurídicas.” Jus Navigandi, Teresina, ano 9. Disponível em: <https://scholar.google.com.br/scholar?start=10&q=antinomia+jur%C3%ADdica+penal&hl=pt-BR&as_sdt=0,5>. Acesso em: 21.03.2017.

Todavia, o que se quer refletir com o presente estudo é que grande parte das organizações criminosas brasileiras atuantes no narcotráfico costumeiramente é caracterizada como associação criminosa, estando sujeita, assim, à persecução penal relativa ao crime de associação criminosa, previsto na Lei n.º 11.343/06.

Subsistindo indícios de que quatro ou mais pessoas, de forma estruturalmente ordenada e mediante divisão de tarefas, exerçam o tráfico de drogas, devem os órgãos responsáveis pela persecução penal, indubitavelmente, aplicar os meios investigativos e de obtenção de provas previstos na Lei n.º 12.850/13, os quais se tornam imprescindíveis, uma vez que resta caracterizada uma organização criminosa.

Depreende-se, portanto, que as normas previstas nos §§ 1º e 2º do artigo 1º da Lei n.º 12.850/13 e no artigo 35, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 podem ser consideradas antinômicas.

Com o advento da Lei n.º 12.850/13, inaugurou-se um conflito entre esta e a Lei n.º 11.343/06, na hipótese de uma organização criminosa se dedicar ao tráfico de drogas, sendo a antinomia, portanto, consubstanciada pela coexistência, no ordenamento jurídico – que, por ser aberto, está sujeito à presença de lacunas –, de duas leis conflitantes, válidas e emanadas de autoridade competente, não sendo possível especificar-se qual delas deverá ser aplicada no caso concreto.

Analisando-se as duas leis especiais acima destacadas, verifica-se que, quando quatro ou mais pessoas, de forma estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, associarem-se com o objetivo de comercializar substâncias entorpecentes, estará inegavelmente constituída uma organização criminosa, gerando, portanto, os aspectos de indecidibilidade e necessidade de decisão, os quais somente poderão ser dirimidos quando se apontar qual lei tem o caráter geral e qual tenha o caráter específico, que deverá preponderar.

Assim, diante de tal magnitude criminógena, não se revela razoável que uma organização criminosa, constituída para exercer o narcotráfico, não seja submetida à persecução penal consoante os diversos e eficazes meios de obtenção de prova previstos na Lei n.º 12.850/13.

A hipótese objeto do presente estudo constitui-se, inegavelmente, em uma antinomia aparente, uma vez que, conforme salientado anteriormente, as duas normas colidentes – previstas nas Leis n.ºs 11.343/06 e 12.850/13 – não são incompatíveis, não sendo, portanto, o caso de revogar-se qualquer delas, razão por que o manifesto conflito deve ser solucionado pelo viés interpretativo, mesmo porque ambas possuem enfoques de aplicação distintos e, portanto, devem permanecer vigentes.

A antinomia parcial, portanto, assoberba-se na medida em que, atualmente, uma organização criminosa que exercer o narcotráfico poderá sofrer a persecução penal nos moldes preconizados pela Lei n.º 11.343/06, cujos meios de investigação e de obtenção de prova não possuem a eficácia dos previstos na Lei n.º 12.850/13.

Nesse prisma, sob o âmbito de atuação das duas normas conflitantes, apesar de o artigo 35, *caput*, da Lei n.º 11.343/06 constituir-se em uma norma especial com objeto persecutório relativo ao tráfico de drogas, tem-se que o propósito do artigo 1º, § 1º, da Lei n.º 12.850/13, associação para constituição de organização criminosa, encontra-se previsto em ambas as leis especiais, motivo pelo qual essa última norma deve ser considerada mais abrangente.

Portanto, a associação de quatro ou mais indivíduos para a prática de crimes puníveis com penas máximas acima do patamar de quatro anos, de forma estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, independentemente do tipo de infração penal a ser perpetrada, incide na definição de organização criminosa, prevista no artigo 1º, § 1º, da Lei n.º 12.850/13.

Caberá ao *dominus litis* da ação penal, ao se deparar com a hipótese de uma organização criminosa com objeto ilícito voltado para o narcotráfico, interpretar o sentido das normas previstas pelas Leis n.ºs 11.343/06 e 12.850/13, as questões formais de eliminação de antinomias e da integração de lacunas para, então, requerer a aplicação dos meios investigativos e de obtenção de provas previstos no artigo 3º da Lei n.º 12.850/13 e oferecer a respectiva denúncia, capitulando o fato no artigo 2º da Lei de Combate às Organizações Criminosas.

3 DA APLICAÇÃO EXTENSIVA DAS NORMAS PROCESSUAIS PENAIS

Consoante preconiza o artigo 2º do Código de Processo Penal, as normas processuais possuem aplicabilidade imediata; contudo, por força do artigo 1º, §§ 1º e 2º, da Lei n.º 12.850/13, essa lei, em tese, seria aplicável tão somente às organizações criminosas consubstanciadas pela associação de quatro ou mais pessoas de forma estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos, ou que sejam de caráter transnacional.

A Lei de Combate às Organizações Criminosas seria também aplicável às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tivesse ou devesse ter ocorrido no estrangeiro ou, reciprocamente, às organizações terroristas, entendidas como aquelas voltadas para a prática dos atos de terrorismo legalmente definidos.

A aplicabilidade dos meios investigativos e de obtenção de provas previsto na Lei n.º 12.850/13, sob o prisma da antinomia, foi objeto de abordagem anterior, devendo ser agora objeto de debate a hipótese da aplicação extensiva das normas processuais em casos distintos dos previstos no artigo 1º, §§ 1º e 2º, da Lei n.º 12.850/13.

As normas previstas no artigo 3º da Lei n.º 12.850/13, por versarem sobre procedimento, investigação e meios de obtenção de provas, possuem natureza intrinsecamente processual, visto não influenciarem, de modo direto ou indireto, o aspecto protetivo dos direitos fundamentais dos indiciados e acusados.

É importante salientar que, em se tratando de norma de cunho processual penal com abrangência restrita à persecução penal das organizações criminosas, para a perfeita aplicação do que enuncia a Lei n.º 12.850/13, deve ser delimitada, com segurança, a amplitude de seu alcance, mediante o escopo do *mens legis*.

Apesar de o princípio da subsidiariedade demonstrar que a Lei n.º 11.343/06 seria subsidiária à Lei n.º 12.850/13, interpretando-se extensivamente o conteúdo dessa última, tem-se que a definição de organização criminosa prevista em seu artigo 1º, § 1º, abrange todas as instituições ilícitas que preenchem os respectivos requisitos, não importando o objeto de atuação.

Consoante o artigo 3º do Código de Processo Penal, a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito. Nesse sentido, é oportuno o destaque da lição de Grinover e Cintra (1998, p. 71/72):

O preenchimento das lacunas da lei faz-se através da analogia e dos princípios gerais do direito. Consiste a analogia em resolver um caso não previsto em lei, mediante a utilização de regra jurídica relativa a hipótese semelhante. Fundamenta-se o método analógico na ideia de que, num ordenamento jurídico, a coerência leva à formulação de regras idênticas onde se verifica a identidade da razão jurídica: *ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositio*. Distingue-se a interpretação extensiva da analogia, no sentido de que a primeira é extensiva do significado textual da norma e a última é extensiva da intenção do legislador, isto é, da própria disposição. Quando ainda a analogia não permite a solução do problema, deve-se recorrer aos princípios gerais do direito, que compreendem não apenas os princípios decorrentes do próprio ordenamento jurídico, como ainda aqueles que o informam e lhe são anteriores e transcendentais. Na utilização dos princípios gerais do direito é de ser percorrido o caminho do crescente grau de abstração, partindo dos princípios gerais atinentes ao ramo do direito em foco. No desempenho de sua função interpretativa, o intérprete frequentemente desliza de maneira quase imperceptível para a atividade própria da integração. Interpretação e integração comunicam-se funcionalmente e se completam mutuamente para os fins de revelação do direito. Ambas têm caráter criador, no campo jurídico, pondo em contato direto as regras de direito e a vida social e assim extraindo das fontes a norma com que regem os casos submetidos a exame.

Nesse prisma, o uso da analogia não seria cabível no impasse aqui proposto, porquanto a lacuna existente não se consubstancia na inexistência de norma reguladora, pois, na hipótese em questão, coexistem duas leis especiais que regulam parcialmente o mesmo tema, não obstante nenhuma delas, especificamente, disponha acerca da organização criminosa com objeto ilícito voltado para o narcotráfico.

Nesse enfoque, ainda conforme o escólio de Grinover (1998), a interpretação extensiva distingue-se da analogia, porquanto aquela suplanta o significado textual da norma e essa última estende a intenção do legislador no que se refere à própria disposição.

Desse modo, não se revela possível definir-se, mediante a utilização da analogia, qual lei aplicar-se na hipótese de uma organização criminosa exercer o narcotráfico.

Em outro aspecto, analisando-se a conduta consistente no tráfico de drogas por organização criminosas, tem-se que, ao contraporem-se as normas previstas no art. 1º, §§ 1º e 2º, da Lei n.º 12.850/13 e no art. 35, *caput*, da Lei n.º 11.343/06, à luz do princípio da subsidiariedade, é possível perceber que o grau de violação previsto na conduta tipificada na última norma é inferior ao previsto na primeira, sendo, portanto, a constituição de uma organização criminosa voltada para o tráfico de drogas uma conduta bem mais gravosa do que uma simples associação instituída para esse mesmo fim.

Nessa linha de raciocínio, por mais que o princípio da subsidiariedade, em tese, chancelaria a aplicação dos §§ 1º e 2º do artigo 1º da Lei n.º 12.850/13 ao caso de organização criminosa que exerça o narcotráfico, tem-se que é possível aplicar-se extensivamente as normas processuais penais insculpidas na Lei de Combate às Organizações Criminosas.

Desse modo, com o recrudescimento do crime organizado em âmbito mundial e consoante a evolução legislativa brasileira que

culminou com a edição da Lei n.º 12.850/13, obviamente o legislador objetivou capacitar os órgãos responsáveis pela persecução penal para o combate às organizações criminosas brasileiras e às internacionais que exercessem o seu ofício ilícito no Brasil.

Assim, tal como o princípio da paridade de armas preconiza a aceitação das diferenças entre as situações dos sujeitos no processo penal, com o advento da Lei n.º 12.850/13 tem-se que a reconhecida magnitude financeira e logística das organizações criminosas, o que lhes propiciava a manutenção da ocultação de suas atividades ilícitas, passou a ser contraposta pelos eficazes meios de investigação e de obtenção de provas introduzidos no ordenamento jurídico pela referida lei.

Em outra vertente, as Polícias Judiciária e Administrativa, que dependem de recursos públicos na maioria das vezes malversados pelos respectivos gestores, cada vez mais se colocam em uma posição de mitigação de seu poderio de enfrentamento da criminalidade. Tal circunstância se constata pela ausência da evolução dos aspectos estruturais das polícias e pela reconhecida incapacidade dos meios de obtenção de provas até então previstos para descortinar as ações ilícitas perpetradas pelas organizações criminosas, circunstância que perdurou até o advento da Lei n.º 12.850/13.

Por ser a Lei n.º 12.850/13 posterior à Lei n.º 11.343/06, é possível raciocinar-se extensivamente no sentido de que, restando comprovada a presença dos requisitos que configuram a existência de uma organização criminosa, mesmo que tal instituição dedique-se ao narcotráfico, tal fato não terá o condão de permitir que tal organização sofra a persecução penal em tese mais branda e destinada aos elementos que se associem para a prática do tráfico de drogas.

Deve ser admitida a interpretação extensiva da Lei n.º 12.850/13 no sentido de prever que tal comando normativo não faz distinção entre as eventuais modalidades de organizações criminosas e a finalidade de suas atividades ilícitas, razão por que, mesmo quando tais instituições se dedicarem ao narcotráfico, deverão estar sujeitas à persecução penal consoante os ditames da referida lei, reconhecidamente mais benéfica aos agentes.

4 CONCLUSÃO

O presente artigo científico abordou a globalização organizacional da criminalidade como um fator plenamente influenciador da expansão da macrocriminalidade no Brasil, cujo maior elemento difusor são as organizações criminosas com objeto de atuação voltado para o tráfico de drogas. Ao se analisar tal circunstância, notadamente abaladora dos pilares da segurança e da ordem públicas, sob o prisma do Ministério Público e do Novo Constitucionalismo, constatou-se que o combate à macrocriminalidade deve perpassar pela submissão das organizações criminosas com objeto de atuação voltado para o narcotráfico aos meios investigativos e de obtenção de provas previstos na Lei n.º 12.850/13. Presentes os requisitos elencados nessa lei, diversas associações criminosas que, na verdade, nada mais são do que organizações criminosas, serão submetidas a uma persecução penal mais eficaz e capaz de propiciar resultados bem mais efetivos. Em uma persecução penal levada a efeito sob a égide da Lei n.º 12.850/13, revela-se ampla a possibilidade do descortinamento das ações ilícitas perpetradas pelas organizações criminosas mediante a revelação de suas estruturas hierárquicas e de divisão de tarefas, propiciando, assim, a prevenção de infrações penais decorrentes de suas atividades e a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais deflagradas por tais instituições ilícitas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei 12.850** de 2 de agosto de 2013. Disponível em< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 20 de junho 2017.

BRASIL. **Lei n.º 11.343/06**, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 20 de junho 2017.

CAPEL FILHO, Hélio. “Antinomias jurídicas.” **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9. Disponível em:<https://scholar.google.com.br/scholar?start=10&q=antinomia+jur%C3%ADica+penal&hl=pt-BR&as_sdt=0,5>. Acesso em: 21 de março de 2017.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 14. ed. Malheiros Editores Ltda.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Criminal n.º 1.0005.16.000382-7/001**, 7ª Câmara Criminal. Relator: Desembargador Marcílio Eustáquio, j. em 30.08.2017, publicação da súmula em 08 de setembro de 2017.

ABORDAGEM CRÍTICA DO COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO

Fábio Reis de Nazareth

1 A FINALIDADE DO DIREITO PENAL NO CONTEXTO DA SOCIEDADE DE RISCOS: O DIREITO PENAL DE DUAS (OU TRÊS) VELOCIDADES E O DISCURSO DA EFICIÊNCIA

O advento de uma moderna criminalidade econômica e organizada, para a qual o direito penal clássico não está devidamente adaptado, sobretudo diante da ocorrência de novos bens jurídicos e do caráter transnacional dos delitos, impõe a constatação, com base em Silva Sanches, de duas espécies de criminalidades distintas: a) criminalidade de massa ou *callejera*, que também é referida como *crimes of the powerless* e b) criminalidade organizada ou econômica, nominada como *crimes of the powerfull*.¹

Silva Sanches sugere a criação de uma gradação do direito penal através do que convencionou chamar de ‘velocidades do direito penal’. A primeira velocidade seria a tradicional, garantista, aplicada à *criminalidad callejera*, através da qual a obrigação do jurista deve ser sempre de buscar a limitação do poder do Estado sobre o indivíduo diante do já inevitável etiquetamento. Nessa ‘velocidade’, o direito penal deveria manter-se fragmentário e seletivo, garantindo-se ao suspeito o respeito a todos os direitos e garantias individuais.

Todavia, a segunda velocidade do direito penal seria aplicável à criminalidade econômica, moderna, permitindo-se uma certa relativização das garantias e a ‘administrativização’ do direito penal, através da criminalização de condutas que originariamente não seriam propriamente ofensivas a bens jurídicos relevantes, como a lavagem de dinheiro. A segunda velocidade, para Silva Sanches, parte do reconhecimento da existência de situações sociais reais e inevitáveis, como a existência de riscos sociais modernos, a vitimização da sociedade e a necessidade de ampliação do direito penal para se buscar uma resposta mínima a esses fatos. No entanto, adverte o jurista espanhol que essa ‘relativização’ de garantias somente deve ser aplicada quando tratar-se de sanções penais não privativas da liberdade.

En efecto, la disminución de garantías y de rigor dogmático podrían explicarse (e incluso legitimarse) en el Derecho penal contemporáneo si ello fuera el correlato de la generalización de sanciones pecuniarias o privativas de derechos, o – más aún – de la reparación penal (en los casos en que esta pudiera acogerse) en lugar de las penas privativas de libertad.²

Apenas em casos extremos, quando caracterizado o elemento subjetivo que Jakobs nominou como inimigo³, seria possível uma

1 SILVA SANCHES, Jesus-Maria. Op. Cit. p. 93.

2 SILVA SANCHES, Jesus-Maria. Op. Cit. p. 154.

3 Segundo a tradução feita por Silva Sanches do manuscrito de Jakobs, “el enemigo es un individuo que, mediante su comportamiento, su ocupación profesional o, principalmente, mediante su vinculación a una organización, há abandonado el Derecho de modo supuestamente duradero y no sólo de manera incidental. Em todo caso, es algien que no garantiza la mínima seguridad cognitiva de su comportamiento personal y manifiesta este déficit a través de su conducta. Las características del Derecho penal de enemigos serían entonces, siempre según Jakobs, la amplia anticipación de la protección penal, esto es, el cambio de perspectiva del hecho pasado a

relativização maior de garantias, redundando numa ‘terceira velocidade do direito penal’.

A essa relativização de garantias fundamentais Hassemer dissentiu profundamente. Sem negar a necessidade de se empregar um caráter funcionalista ao direito penal, orientado pela política criminal moderna, o doutrinador alemão critica veementemente a forma como se vem utilizando o direito penal contra o perigo. Escrevendo sobre o tema do medo no Estado Democrático de Direito, Hassemer reconheceu que a sociedade atual se caracteriza pela desorientação normativa e pelo medo do crime, o que provoca uma necessidade de controle do risco pelo direito penal. No entanto, mesmo sendo a prevenção finalidade da pena, o tratamento penal da moderna criminalidade não poderia abdicar da totalidade das garantias penais e dos limites da intervenção, por ser o crime, em última análise, uma desvalorização social-ética.⁴

Hassemer, Silva Sanches e Jakobs, ainda que discordem quanto ao resultado, acordam sobre o motivo. Reconhecem o medo enquanto elemento indissociável da sociedade moderna e o fato de que o direito penal não pode simplesmente fechar os olhos para essa realidade. A demanda social por segurança deve ser objetivo do direito penal. Citando Hassemer,

(...) uma teoria, que negligencia realidades, porque crê que estas são irracionais e inadequadas, não vale nada, mas principalmente porque a promoção de segurança sem dúvida é um objetivo do direito penal até quando esse direito penal se dedica ao paradigma preventivo; melhoramento de criminosos, esgarçamento e estabilização de normas da generalidade servem para minimizar crimes e entendem como objetivos indiscutíveis da pena o direito penal também como produtos de segurança. Em seu geral rumo à segurança, o direito penal moderno e o direito de defesa contra o perigo, portanto, não divergem.⁵

Noutro diapasão, Zaffaroni, Alessandro Baratta⁶ e Frankenberg⁷

uno venidero; la ausencia de una reducción de pena correspondiente a tal anticipación; el tránsito de la legislación jurídico-penal a la legislación de lucha; y el socavamiento de garantías procesales”. (SILVA SANCHES, Jesus-Maria. Op. Cit. p. 164.)

4 HASSEMER, Winfried. Op. Cit. p. 6.

5 Complementando, Hassemer afirma que “os meios, porém, de como realizar isto fazem a diferença e afetam o *proprium* (garantias penais e limites de intervenção) do direito penal; enquanto um direito de defesa contra o perigo faz da criação de segurança o seu objetivo diretamente, o direito penal pode criar a segurança só indiretamente: por trás da resposta constante e adequada ao crime, na esfera da reação que mantém liberdade e proporção”. (HASSEMER, Winfried. Op. Cit. p. 7).

6 Para o criminólogo espanhol, “esta visão universalizante do delito e da reação punitiva é um elemento constante de toda a criminologia liberal contemporânea. Os fenômenos, historicamente condicionados, do desvio e do controle penal deste, antes de serem interpretados, no seu real conteúdo, à luz de determinadas relações socioeconômicas em que se inscrevem, são hipostatizados como elementos de uma concepção genérica e formal da sociedade”. (BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal. Rio de Janeiro: ed. Revan. 6ª edição. 2016. P. 57.)

7 FRANKENBERG, Gunter. De volta ao assunto: medo no estado de direito.

não consideram real o sentimento de medo que grassa a sociedade atual, culpando elementos incidentais como os meios de comunicação e os grupos terroristas por difundirem uma sensação de insegurança que não corresponde a um aumento da criminalidade que justifique alteração na dogmática penal. Adotando uma postura criminológica crítica⁸, os autores advogam a desnecessidade de qualquer expansão do direito penal e, ao contrário, a reafirmação de sua natureza fragmentária e de *ultima ratio*.

Entre o expansionismo e o reducionismo, diante do contexto atual, deve-se privilegiar o primeiro, haja vista que o direito penal moderno não pode mais andar em descompasso com a política criminal. A antiga noção liberal, reverberada por Von Listz, de que o limite da política criminal seria o direito penal já não encontra respaldo na ideia de funcionalismo penal. Coube a Roxin, na clássica palestra proferida na Universidade de Berlim, em 13 de maio de 1970, posteriormente transformada em livro, demonstrar que

(...) deve ser reconhecido também no direito penal – mantendo intactas e completamente íntegras todas as exigências garantísticas – que problemas político-criminais constituem o conteúdo próprio da teoria geral do delito. O próprio princípio *nullum crimen* possui, ao lado de sua função liberal de proteção, a finalidade de fornecer diretrizes de comportamento; através disto, torna-se ele um significativo instrumento de regulação social.⁹

Deveras, o direito penal não pode cerrar os olhos para o anseio social por uma resposta penal mais efetiva do Estado, o que não significa, em nenhuma hipótese, relativização de garantias e de limites de intervenção, nem mesmo nas hipóteses de sanções diversas da prisão. O direito penal clássico e sua função garantística são uma conquista histórica da sociedade e não podem, em hipótese alguma, ser mitigados, ainda que sob o pretexto da defesa ou da proteção contra o inimigo, sob pena de se restaurar regimes de ofensas a direitos fundamentais anteriores ao Iluminismo.

Entretanto, não pode o direito penal ficar alheio às transformações sociais, devendo receber e tratar, no contexto de um direito penal constitucional¹⁰, a demanda por maior segurança. Trata-se da utilização do direito penal enquanto mecanismo de defesa da sociedade. O que se convencionou chamar de direito penal utilitarista. O fundamento dessa assertiva é o caráter funcionalista do direito penal, trazendo a este trabalho, ainda que brevemente, a discussão sobre a finalidade da pena.

Revista de Estudos Criminais. Vol. 55. Out/dez 201. P. 20.

8 A criminologia crítica desenvolveu-se a partir do movimento sobre o direito crítico, cuja principal finalidade seria contestar o positivismo, demonstrando que o direito não pode estar desconectado de outros ramos do conhecimento. Kelsen, quando escreveu a Teoria Pura do Direito, baseado na separação feita por Kant entre direito e moral, buscou desenvolver uma teoria que demonstrasse a autonomia da ciência jurídica, cujos princípios e postulados seriam próprios, não tendo que buscar elementos em ciências sociais como sociologia ou filosofia. O fundamento de validade das normas era a constituição, e não o substrato social. Nesse contexto, a teoria crítica do direito, sob inspiração do marxismo, buscou romper com esse absolutismo kelseniano. Sobretudo no Brasil dos anos 70, com Luiz Fernando Coelho, a teoria crítica transformou o positivismo em algo negativo. Sob esse prisma, a criminologia crítica, também inspirada por ideologia marxista, foi construída sob o alicerce do *labelling approach*, buscando demonstrar que na verdade o crime não existe, sendo a norma penal um instrumento da elite que detém o poder legiferante para manter o *status quo* e a dominação sobre as camadas mais pobres da população.

9 ROXIN, Claus. Política criminal e sistema jurídico-penal. Rio de Janeiro: Ed. Renovar. 2ª Tiragem. 2012. p. 14-15.

10 HASSEMER, Winfried. Op. Cit.

Afirma-se que o direito penal deve agir de maneira preventiva para garantir segurança (ou ao menos reduzir a sensação de insegurança) à sociedade. O descrédito da pena de prisão, causado pela notória incapacidade de ressocialização da maioria dos sistemas penitenciários do mundo, provocou a superação do direito penal liberal e do próprio finalismo de Hans Welzel. Hodiernamente, pode-se afirmar que a doutrina diverge entre a finalidade de estabilização da norma de Jakobs e a pretensão de proteção de bens jurídicos de Roxin, para justificar a intervenção penal. Em ambas as hipóteses, diga-se desde logo, tem-se concepções funcionalistas do direito penal, entendendo o sistema jurídico-criminal e social como um todo, cuja finalidade da pena, em última análise, deve ser buscada nos efeitos causados enquanto meio de modulação de condutas sociais.¹¹

Silva Sanches e Rogério Felippetto adotam a corrente de Jakobs para justificação da pena, segundo a qual a missão do direito penal e, por conseguinte, da pena privativa de liberdade, seria garantir a estabilidade do próprio sistema jurídico penal, ampliando-se o conceito tradicional de prevenção geral. Por essa corrente, sob uma perspectiva sistêmica, Jakobs afirma que “não se pode considerar missão da pena evitar lesões de bens jurídicos. Sua missão é, na verdade, reafirmar a vigência da norma devendo equiparar-se, a tal efeito, vigência e reconhecimento”.¹²

Neste trabalho, contudo, adota-se a teoria majoritária, de Claus Roxin, que advoga o funcionalismo penal para proteção de bens jurídicos relevantes. Segundo o penalista alemão

a tarefa do direito penal se situa na proteção da liberdade e da segurança social do indivíduo assim como nas condições de existência da sociedade; dito de forma gráfica: o pressuposto de cada sanção penal não surge da contravenção à moral, mas de um dano à sociedade não evitável de outro modo. A tarefa do direito penal foi limitada, como frequentemente se diz hoje, à proteção subsidiária de bens jurídicos.¹³

Justifica-se a adoção da teoria de Roxin por ser uma concepção de direito penal que dialoga com a real finalidade da pena, em consonância com a construção histórica da criminologia e sem limitação ao direito formal. Enquanto a tese de Jakobs acaba por focar muito mais o caráter formal do direito penal, permitindo a ampliação e sedimentação do *labelling approach*, à primeira vista, a tese de Roxin pressupõe necessariamente uma fragmentariedade do direito penal, cuja necessidade da pena deve ser apurada de acordo com a relevância do bem jurídico e o grau de agressão da conduta.

Ainda que não se trate necessariamente de uma abordagem crítica do direito penal, a tese de Roxin permite uma releitura criminológica e o diálogo de diversas fontes para a produção e hermenêutica da norma penal. O caráter funcional da pena, numa roupagem pós-positivista ou neoconstitucional do direito penal, é melhor fundamentado quando voltado à proteção de bens jurídicos, impondo uma necessária conexão entre direito penal e política criminal. Sobretudo diante do fenômeno da macrocriminalidade,

11 Não se adota, aqui, o postulado abolicionista da criminologia crítica, cujos autores, como Alessandro Baratta, sustentam que a única finalidade do direito penal seria manter o estrato social inalterado e o poderio dos ricos sobre os mais pobres. A principal razão para se afastar, nesse trabalho, esse postulado está no fato de que na criminalidade econômica, em regra, o sujeito objeto da tutela penal não se enquadra no conceito de *labelling approach*, fugindo à abordagem crítica da criminologia de meados do século XX, muito alinhada ao pensamento crítico e à ideologia marxista.

12 Para Jakobs, “missão da pena é a manutenção da norma como modelo de orientação para os contatos sociais. Conteúdo da pena é uma réplica, que tem lugar à custa do infrator, frente ao questionamento da norma”. (in BUSATTO, Paulo. Direito penal: parte geral. 8ª edição. São Paulo: Ed. Atlas. 2017. P. 12).

13 In BUSATTO, Paulo. Op. Cit. p. 09.

que foge à disciplina tradicional do direito penal, a complexidade dos modernos bens jurídicos, difusos, abstratos, imateriais, impõe uma construção dogmática e normativa direcionada a essas especificidades. Não se pode querer tutelar penalmente o bem jurídico da economia transnacional com o finalismo puro e simples de Hans Welzel. Basta, como exemplo, o crime de lavagem de dinheiro, que pode ser praticado, dentro do contexto de uma organização criminosa, através de uma pessoa jurídica regular, aparentemente lícita, e cujo real beneficiário dos delitos antecedentes não pratica absolutamente nenhuma conduta típica.

No entanto, não se pode lançar mão desses argumentos para apreçoar um eficientismo penal através da expansão pura e simples do direito penal, mediante imperativos de lei e ordem. Conforme adverte Felipe Dantas Araújo, “para a criminologia crítica, o eficientismo penal seria uma nova forma de direito penal de emergência”.¹⁴ A dita expansão ou modernização do direito penal deve ser realizada sob o atento olhar da criminologia crítica, mediante o estudo aprofundado do fenômeno da criminalidade econômica e organizada, sem retrocessos garantísticos.

Nessa toada, atenta à abordagem crítica, a expansão penal que provocou a incriminação das condutas de aproveitamento do produto do crime, sob a denominação de lavagem de dinheiro, deve ser estudada pormenorizadamente, partindo-se do seu pressuposto básico: o bem jurídico.

2 A LAVAGEM DE DINHEIRO COMO ELEMENTO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS: NECESSIDADE DE CRIMINALIZAÇÃO

Apresentadas, em linhas gerais, as razões da necessária expansão do direito penal e o respectivo marco teórico norteador, cumpre estudar o motivo pelo qual a doutrina penal enveredou para a criminalização da conduta de lavagem de dinheiro como forma de garantir o combate eficiente à macrocriminalidade.

A conduta em si de esconder e dissimular a origem ilícita de bens é bastante antiga e decorre da própria natureza do ser humano, cujo aparelho psíquico é responsável por ativar mecanismos de defesa após cada transgressão a normas.¹⁵ Na opinião de Carla Veríssimo de Carli, “a lavagem de dinheiro é, na verdade, uma prática muito antiga – que poderia inclusive ser chamada de o segundo crime mais antigo do mundo”.¹⁶ Contudo, é apenas em meados do século XX que a conduta torna-se penalmente relevante, após as verificações empíricas do mecanismo de atuação das máfias nos

14 ARAÚJO, Felipe. Op. Cit. p. 13.

15 Carla Veríssimo de Carli, fazendo um paralelo entre a prática da lavagem de dinheiro e a psicanálise, ensina que “dentro da psicanálise, o funcionamento da mente humana é atualmente explicado com base no conceito de ‘aparelho psíquico’ (...), como uma de suas premissas básicas. A partir dos estudos de FREUD, que deram novo significado à noção de inconsciente, passou-se a conceber a mente (um modelo estrutural), como formada por três estruturas ou instâncias: o id, o ego e o superego. O id contém basicamente os instintos ou pulsões, e é uma instância totalmente independente. O ego é inconsciente e, em parte, consciente – está em contato com a realidade externa pela sua função de percepção. Contém os mecanismos de defesa – que são inconscientes – e buscam proteção contra a angústia, que resulta de impulsos sexuais (libido) e agressivos, vindos do id, inaceitáveis para a consciência. (...) O superego – instância que contém as normas morais, valores e ideais familiares e culturais – é formado por identificações inconscientes com os pais e pessoas importantes. A vida mental é predominantemente inconsciente, e, no mundo interno, forças, afetos, desejos e pensamentos encontram-se em contradição, ou seja, em conflito. (...) Para proteger-se, o indivíduo recorre aos mecanismos de defesa do ego, tais como a repressão, negação, deslocamentos e outros. A função, pois, da defesa é prevenir, diminuir a ansiedade e o sofrimento, seguindo o princípio do prazer” (CARLI, Carla V. Lavagem de Dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso. Porto Alegre: 2006. P. 68).

16 CARLI, Carla V. op. Cit. p. 70.

Estados Unidos e na Itália¹⁷.

A constatação de que a finalidade última da moderna criminalidade organizada transnacional é o lucro econômico¹⁸, desperta o interesse da comunidade internacional por esse delito, até então entendido como mero exaurimento da conduta criminosa principal.

Mais do que a verificação do intuito de lucro nas organizações criminosas, a frustrada ‘guerra’ contra os cartéis colombianos pelos meios tradicionais de punição impôs a busca por um direito penal mais efetivo, de cunho utilitarista, que procura ‘aumentar’ o custo do delito como forma de desmotivar a prática do crime antecedente.

Diante disso, a expansão do direito penal com vistas à lavagem de dinheiro se deu como forma de ampliar e tornar mais efetivo o combate às organizações criminosas. Por essa razão, aliás, a primeira previsão normativa internacional sobre o tema foi na Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas – Convenção de Viena.

A necessidade de expansão do direito penal impôs-se em razão dos novos riscos e do real e crescente sentimento de medo na sociedade moderna, devendo-se, no entanto, manter a integridade do sistema de garantias, conforme preconiza Hassemer, em contraponto a Jakobs e Silva-Sanches. A questão que ora se coloca é se essa expansão deve-se voltar à conduta de lavagem de dinheiro. A princípio pode parecer sem sentido a discussão, haja vista que já existe um ‘caminho sem volta’ quanto à criminalização da conduta, mas do ponto de vista hermenêutico, as normas penais deverão ser aplicadas e orientadas a partir da constatação de que o crime de branqueamento ostenta a proteção de um bem jurídico em si ou é apenas um instrumento a mais para aumentar a proteção ao bem jurídico do crime antecedente.

Em outras palavras, sendo a finalidade da pena a proteção de bens jurídicos, qual o bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora da conduta de lavagem de dinheiro?

3 BEM JURÍDICO TUTELADO PELA NORMA PENAL INCRIMINADORA DA LAVAGEM DE DINHEIRO

Sob a inspiração da teoria dos bens jurídicos de Roxin, não se pode concluir a abordagem criminológica do delito de lavagem de dinheiro sem referência às teorias atuais que buscam identificar o bem jurídico protegido pela norma penal incriminadora.

Colhe-se na doutrina divergência acerca do bem jurídico tutelado pelo delito de lavagem de dinheiro, principalmente se existiria um bem jurídico próprio ou se a finalidade seria a proteção do bem jurídico do delito antecedente. Sob o ponto de vista do direito internacional, inspirado pelo utilitarismo norte-americano, pode-se afirmar que na sua origem a doutrina penal da lavagem de dinheiro desenvolveu-se sob a inspiração da ampliação da proteção ao bem jurídico antecedente, principalmente os delitos de tráfico de drogas e terrorismo. Dessa forma, na concepção de Rogério Felippetto, “a realização da lavagem de dinheiro representaria um grau mais grave de vulneração do bem jurídico, e, por isso, justificaria a incriminação que resulta no acúmulo de penas”.¹⁹

17 Os primeiros ordenamentos jurídicos a tipificarem a conduta de lavagem de dinheiro foram o italiano, em 1978, e o norteamericano, em 1984.

18 Guaracy Minguardi diferencia organizações criminosas de quadrilhas em razão da existência de elementos organizacionais próprios de empresa, como previsão de lucro, planejamento empresarial e simbiose com o Estado. Sobre a previsão de lucros das organizações criminosas, afirma o autor que numa quadrilha de ladrões, por exemplo, “é impossível prever a lucratividade do mês seguinte. Já numa organização de jogo ou tráfico, por exemplo, existe uma rotina que permite prever o próximo mês tendo como base os anteriores”. (MINGUARDI, Guaracy. Op. Cit. p. 56.)

19 FELIPPETTO, Rogério. Op. Cit. p. 111.

A natureza acessória do delito, que orientou sua origem normativa, justificaria essa corrente. No entanto, aponta Rogerio Felippetto que essa é uma teoria já superada, tendo em vista o estágio atual de identificação do crime de branqueamento como um delito autônomo.

Uma segunda corrente afirma que o bem jurídico tutelado pela lavagem de dinheiro seria a administração da justiça, “pois o comportamento afeta a capacidade da Justiça de exercer suas funções de investigação, processamento, julgamento e recuperação do produto do delito”.²⁰ Nesse caso, a lavagem seria uma modalidade qualificada de favorecimento real, o que justificaria o cúmulo de penas com o delito antecedente sem risco de alegação de *bis in idem*.

Para uma terceira corrente, menos expressiva, inspirada na luta contra o crime organizado, o bem jurídico tutelado pelo crime de reciclagem seria a paz social. No entanto, essa interpretação restringiria a ocorrência do crime de lavagem apenas nas hipóteses de organização criminosa, o que não parece ser a inspiração da normatização internacional.

A corrente que melhor se adapta às transformações sociais e o surgimento dessa moderna criminalidade é a que advoga que o bem jurídico da lavagem de dinheiro é a ordem econômica. Trata-se de bem de natureza difusa e, portanto, fora da disciplina tradicional do direito penal do século XX, por essa razão a enorme dificuldade de se adaptar diversos conceitos da teoria do tipo, havendo aqueles que acreditam na futura superação da teoria do tipo, como Silva Sanchés.

Giulia Jaeger, em dissertação sobre o tema, asseverou que

a lavagem de dinheiro afeta além das relações interpessoais e o patrimônio individual, sendo tal atividade desenvolvida em grande escala, com moldes empresariais, efetivando-se em grandes atuações envolvendo na sua maioria diversos países, e com isso, atingindo negativamente o sistema econômico. O financiamento ilegal acaba contaminando a economia nacional, pois produz desigualdade de condições entre os investidores lícitos causando uma concorrência desleal com efeito sobre as bases da economia, comprometendo a estabilidade econômica e a estabilidade política derivada dela.²¹

Complementando, Wilson Ballão explica os efeitos da lavagem nos sistemas financeiros dos países em desenvolvimento:

Os efeitos econômicos da lavagem de dinheiro são mais intensos sobre o sistema financeiro dos países em desenvolvimento. O motivo disso é que esses países são mais dependentes do capital externo. Quando o envolvimento do sistema financeiro de um país com a lavagem de dinheiro é significativo, os investidores optam por outros mercados. Logo, o interesse dos investidores em investir seus recursos em países em desenvolvimento é diretamente proporcional à confiança no sistema financeiro desses países. Por sua vez, a confiança no sistema financeiro de um país é inversamente proporcional à influência de seu sistema financeiro ao crime organizado.²²

Luiz Regis Prado, comentando sobre o caráter autônomo do delito previsto na Lei 9.613/98, conceitua o bem jurídico da lavagem de dinheiro como sendo

a ordem econômico-financeira, o sistema econômico e suas instituições ou a ordem socioeconômica em seu conjunto (bem jurídico categorial), em especial a licitude do ciclo ou tráfego econômico-financeiro (estabilidade, regularidade e credibilidade do mercado econômico), que propicia a circulação e

a concorrência de forma livre e legal de bens, valores ou capitais (bem jurídico em sentido técnico).²³

Apesar de ter seu próprio bem jurídico, autônomo e definido, sustenta-se que em respeito à construção histórica do delito pode-se falar na existência de um bem jurídico subsidiário, relacionado ao crime antecedente. Parece ser mais razoável a tese que advoga tratar-se de um tipo pluriofensivo, sendo a ordem socioeconômica, a administração da Justiça e o reforço à proteção do delito antecedente os bens jurídicos tutelados.²⁴

REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Sofia A. de M. **Branqueamento de capitais**. Lisboa, 2013. Disponível em: <<http://repositorio.ual.pt/handle/11144/444>> Acesso em: 14 fev. 2017.

BADARÓ, Gustavo H. e BOTTINI, Pierpaolo C. **Lavagem de Dinheiro – aspectos penais e processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

BALLÃO, Wilson José S. A. **O Papel da Financial Action Task Force on Money Laundering no Combate Internacional à Lavagem de Dinheiro**. Florianópolis, 2007. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp033448.pdf>> Acesso em: 01 de março de 2017.

CARLI, Carla V. **Lavagem de Dinheiro: Ideologia da Criminalização e Análise do Discurso**. Porto Alegre:2006. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp020509.pdf>> Acesso em: 01 de março de 2017.

FILIPETTO, Rogério. **Lavagem de Dinheiro: crime econômico na pós modernidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

GRECO, Luís. **Introdução à dogmática funcionalista do delito – em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal”, de Claus Roxin**. Disponível em: <<http://felipebambirra.com.br/wp-content/uploads/2016/05/FuncionalismoPenal-Greco.pdf>> Acesso em: 25 de março de 2017.

HASSEMER, Winfried. **Defesa contra o perigo pelo direito penal – uma resposta para as atuais necessidades de segurança?**. Revista de Estudos Criminais, volume 55, dezembro de 2014.

JAEGER, Giulia. **O Crime de Lavagem de Dinheiro e os seus Reflexos na Ordem Econômica Nacional**. Canoas/RS, 2008. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp076164.pdf>> Acesso em: 01 de março de 2017.

MORO, Sergio F. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

PRADO, Luiz R. **Delito de Lavagem de capitais: um estudo introdutório**. Disponível em: <http://www.professorregisprado.com/resources/Artigos/Luiz_Regis_Prado/Delito%20de%20lavagem%20de%20capitais.pdf> Acesso em: 14 fev 2017.

ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. São Paulo: Renovar, 2012.

SILVA SANCHES, Jesus-María. **La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal em las sociedades post-industriales**. Madria: Cuadernos Civitas; Civitas Ediciones, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio R.. **Globalización y crimen organizado**. In: Primeira Conferência Mundial de Direito Penal. 2007. Guadalajara. Disponível em: <http://www.alfonsozabrano.com/doctrina_penal/globalizacion_crimen_organizado.pdf> Acesso em: 14 fev. 2017.

20 BADARÓ, Gustavo e PIERPAOLO, Cruz B. op. Cit. p. 55.

21 JAEGER, Giulia. O crime de lavagem de dinheiro e os seus reflexos na ordem econômica nacional. Canoas: 2008, p. 98

22 BALLÃO, Wilson. O papel da Financial Action Task Force on Money Laundering no combate internacional à lavagem de dinheiro. Florianópolis: 2007. P. 39.

23 PRADO, Luis R. op. Cit. p. 10.

24 FELIPETTO, Rogerio. Op. Cit. p. 126/127.

DIREITOS FUNDAMENTAIS E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DE DIREITO INDIVIDUAL À SAÚDE

Mariana De Mattia Rocha

A maior parte da doutrina reconhece os direitos fundamentais, denominação extraída Título II da Constituição Federal de 1988, como os direitos básicos reconhecidos e positivados constitucionalmente por um determinado Estado. São direitos que expressam princípios e resumem a concepção ideológica política de cada ordenamento jurídico, consagrando premissas como a dignidade humana e garantindo a limitação do poder estatal (SILVA, 2007).

Gregório Assagra de Almeida, ao discorrer sobre a Teoria dos Direitos e Garantias Fundamentais, conclui que:

Direitos fundamentais são todos os direitos, individuais ou coletivos, previstos expressa ou implicitamente em determinada ordem jurídica e que representam valores maiores nas conquistas históricas dos indivíduos e das sociedades, os quais giram em torno de um núcleo fundante do próprio Estado Democrático de Direito, que é justamente o direito à vida e sua existência com dignidade (ALMEIDA apud REZENDE, 2013, p. 230)

Nesse contexto, os direitos e garantias fundamentais são o núcleo da Constituição democrática e são dotados de uma dimensão subjetiva, ligada aos indivíduos e coletividades titulares de direitos, e outra objetiva, enquanto parâmetro básico para interpretação e concretização da ordem jurídica (ALMEIDA, 2013).

Inegável a imprescindibilidade dos direitos fundamentais para se alcançar os objetivos da República Federativa do Brasil, a qual visa uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo-se o desenvolvimento nacional, buscando erradicar a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais, e promovendo o bem de todos (art. 3º, CF/88).

A Constituição Federal divide o Título relativo aos Direitos Fundamentais em cinco capítulos, quais sejam: direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais, direitos da nacionalidade, direitos políticos e direitos dos partidos políticos.

Dentre os direitos fundamentais, destacamos os direitos sociais, previstos em sua maioria no artigo 6º, CF/88, e que visam garantir liberdades positivas aos indivíduos, impondo ao Estado o dever de garantir direitos relativos à educação, ao trabalho, à saúde, à previdência social, à segurança e ao lazer.

Ao tratar dos direitos sociais em seu art. 6º, a Constituição Federal de 1988 o faz de forma genérica, o que impõe ao Estado o dever de garanti-los e regulá-los através de políticas públicas específicas, voltadas à diminuição das desigualdades sociais, através da justiça distributiva (SILVA, 2007).

Tais direitos, tidos como direitos fundamentais de segunda dimensão, têm como pressupostos os direitos econômicos e visam garantir aos indivíduos as condições materiais imprescindíveis ao gozo de seus direitos, facultando-lhes exigir do Estado uma prestação positiva que assegure o acesso às condições mínimas de dignidade através das políticas públicas, razão pela qual podem ser classificados como prestacionais.

Possuem um caráter essencialmente positivo, impondo ao Estado o dever de agir. Objetivam a realização de condutas ativas por parte dos poderes públicos, seja para a proteção de certos bens jurídicos contra terceiros, seja para a promoção ou garantia das condições de fruição desses bens. (NOVELINO apud PRADO, 2012, p. 223)

Os direitos sociais possuem grande relevância na vida dos indivíduos e na organização da sociedade, pois além de serem fundamentais por si só, permitem o exercício dos demais direitos fundamentais, uma vez que criam condições materiais e sociais inclusivas.

O direito social à saúde, conforme definição expressa no art. 2º da Lei nº 8.080/90 é “um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”. Por estar diretamente relacionado à vida e à existência digna, sua tutela se divide em duas vertentes, uma de preservação e outra de proteção. Esse é o direito fundamental objeto do nosso estudo e sobre o qual discorreremos.

A saúde, enquanto direito fundamental social previsto no artigo 6º da CF/88, visa garantir condições mínimas de sobrevivência digna aos indivíduos, impondo ao Estado o dever de garanti-la e regulá-la através de políticas públicas específicas, voltadas à diminuição das desigualdades sociais, através da justiça distributiva.

Assim, o conceito de saúde abrange, não só a medicina curativa, mas também a preventiva, além de questões relativas à vigilância da saúde e às políticas públicas de promoção da saúde, garantindo condições de vida digna à população.

A Seção II, do Capítulo II, do Título VII, da Constituição Federal trata especificamente da saúde e em seu art. 196 prevê que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas.

Por estar intimamente ligado ao direito à vida e à dignidade humana, a Constituição brasileira expressa, em diversos artigos, sua preocupação com o direito à saúde, prevendo normas para proteção e garantia desse direito, como em seu art. 23, II, que prevê a imposição de responsabilidade solidária dos entes federados.

Extrai-se do texto constitucional que a saúde foi reconhecida como dever do Estado a quem cabe assegurar a prevenção, proteção e recuperação da saúde, de forma gratuita, universal e integral, seja através de políticas públicas de redução do risco de doenças, seja garantindo o acesso aos tratamentos necessários. Desse modo, o direito à saúde é dotado de dupla função, pois é um direito de defesa, expresso através da proteção da integridade física das pessoas, ao mesmo tempo em que é um direito positivo e impõe ao Estado a realização de políticas públicas (OHLAND, 2010).

A saúde é, portanto, um direito público subjetivo, constitucionalmente tutelado, sendo artigo 196, CF/88 uma norma de caráter programático que vincula todos os entes da federação, garantindo-a mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A universalidade vincula a Administração Pública, a quem cabe oferecer políticas públicas que assegurem a toda a população o acesso aos serviços de saúde (REZENDE, 2003). Assim, em casos de inércia e omissão do Estado, em qualquer de suas esferas, poderão os indivíduos, individual ou coletivamente, requerer ao Judiciário sua efetivação.

Há relação direta entre o princípio da universalidade e a gratuidade dos serviços e programas de saúde, oferecidos sem distinção de renda ou qualquer outro critério pelo SUS. Assim, a universalidade está diretamente relacionada ao princípio da igualdade, que visa garantir a todos, independentemente de condições sociais ou financeiras o acesso à saúde. Contudo, ainda que não haja distinção entre os usuários, as políticas públicas devem prestigiar a diversidade local adotando, tanto medidas genéricas, como medidas específicas de promoção da saúde em âmbito local.

Com a Constituição Federal de 1988, a saúde passou a ser direito de todos e dever do Estado e o Sistema Único de Saúde (SUS) foi uma das formas encontradas pelo constituinte para a viabilizar o direito à saúde, por meio de conjunto articulado de ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos.

Contudo, apesar dos esforços legislativos na instituição e regulamentação, nem sempre a sistemática do (SUS) atende às necessidades do paciente, seja pelas peculiaridades do caso, pela ineficácia do medicamento no paciente ou por falha na atualização da (RENAME). Questões administrativas e entraves na aquisição e distribuição dos medicamentos também influenciam na efetivação do direito à saúde e levam à judicialização de demandas.

Ademais, a dimensão econômica do Estado possui grande influência sobre o direito à saúde, uma vez que as políticas públicas dependem diretamente da existência de recursos financeiros, o que impõe limite fático à sua efetivação. Assim, a disponibilidade financeira dos entes é um grande empecilho encontrado na efetivação do direito à saúde e faz surgir embates principiológicos, por exemplo, com o princípio da reserva do possível.

Conforme leciona Sarlet e Figueiredo (2008), tal princípio deve ser encarado com parcimônia, para que não se torne uma desculpa para omissão estatal na efetivação de direitos. Nesse sentido, os Tribunais Superiores vêm entendendo que é ônus do poder público comprovar a inexistência dos recursos necessários ao cumprimento da prestação exigida.

Dessa forma, qualquer omissão do Estado pode levar à propositura de ações judiciais, não somente nas situações em que ele não garantir o direito à saúde, mas também quando o assegurar de forma ineficiente.

Assim, a insuficiência dos serviços prestados pelo Estado e a crescente demanda da população, que há muito superou o aparato estatal disponível, levam à propositura de ações para garantir o acesso à saúde, as quais objetivam desde a implementação de políticas públicas até o fornecimento de medicamentos, realização de exames, cirurgias e tratamentos diversos. Assim, diante do contexto fático atual, o Poder Judiciário brasileiro tem adotado uma postura ativa na concretização de direitos fundamentais, em especial do direito à saúde.

Dispõe o art. 5º, XXXV, CF/88 que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” e, considerando o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, são amplas as possibilidades de concretização judicial da saúde.

A judicialização da saúde envolve, não só os magistrados e os membros do Ministério Público, mas também profissionais da saúde, entes públicos e os próprios cidadãos, que transformaram o Poder Judiciário no meio para a solução dos conflitos advindos de questões políticas da saúde (PRADO, 2012).

Dentro deste contexto, o Poder Judiciário assume o papel de concretizador dos direitos fundamentais, visando afastar lesão ou ameaça a esses direitos. Tal intervenção é legítima, pois, como vimos, ainda que não caiba ao Poder Judiciário, por força do princípio da separação dos poderes, a formulação e implementação de políticas públicas, tal fato não impede o controle judicial na garantia do direito social à saúde em hipóteses de inércia e omissão do ente estatal.

Como se observa, muitas são as normas constitucionais que tratam diretamente da saúde, o que demonstra a preocupação do constituinte, inclusive o derivado, em dar plena efetividade às ações e programas nessa área. Todas essas normas possuem, em maior ou menor grau, eficácia jurídica e podem ser utilizadas para fundamentar ações judiciais ou decisões em que esteja em jogo a realização do direito à saúde.

Essa intervenção judicial na busca pela concretização dos valores normativos constitucionais, através da hermenêutica jurídica, é denominada pela doutrina de Ativismo Judicial. Busca-se suprir judicialmente a lentidão e omissão dos Poderes Legislativo e Executivo, garantindo às partes seu direito constitucionalmente previsto de forma célere (MEIRELLIS, 2012).

Há grande discussão na doutrina acerca da possibilidade de se exigir do Estado o cumprimento de uma norma fundamental social, com base no art. 5º, §1º, CF/88, em virtude de sua natureza programática.

Ferreira Filho (1999) sustenta que não seria possível a aplicação imediata dos direitos sociais de cunho programático por não serem autoexecutáveis. Lado outro, Sarlet (2002) defende ser possível a aplicação imediata de todos os direitos fundamentais, até das normas de caráter programático, as quais possuem certo grau de eficácia, uma vez que vinculam o legislador em caso de omissão e permitem a fiscalização pelo judiciário. Ainda de acordo com o autor, os direitos sociais não podem ficar à mercê da vontade do legislador infraconstitucional.

Assim, “a norma programática passou a ser vista não apenas como uma norma que direciona a produção legislativa ou a administração estatal, mas como uma norma que interfere nas relações jurídicas individualizadas” (CARNEIRO, 2002, p.7).

Neste sentido, cabe ao intérprete imprimir às normas de direitos sociais a maior eficácia possível em respeito ao princípio da máxima efetividade de seus ditames. Ademais, a eficácia imediata das normas referentes à saúde é extremamente importante, “uma vez que possibilita ao cidadão todos os meios e remédios jurídicos existentes para a proteção desse direito” (SCHWARTZ, 2004, p.135).

A ausência de norma regulamentadora ou o fato de ser a norma de caráter programático não são obstáculos à aplicação imediata dos direitos sociais e, somente impedimentos amparados em circunstâncias e elementos fáticos, desde que devidamente sopesados, teriam esse poder (ALMEIDA, 2013)

Conforme jurisprudência assentada, o atendimento médico é dever constitucional do Poder Público (art. 196 c/c art. 5º, *caput*, CF/88), porquanto o direito à saúde constitui consequência indissociável do direito à vida, ambos garantidos pela Carta Magna. Assim, o STF tem admitido a autoaplicabilidade do artigo 196 da Constituição Federal (Ag. RE n.º 271.286-RS, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ 24.11.2000; Ag.Rg. n.º 238.328-RS, Rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, DJ 18.02.2000; AgRg n.º 255.627-RS, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 23.02.2001).

Nesse contexto, a hipossuficiência inerente à sociedade brasileira e a constante inércia do Estado, somadas à insuficiência das defensorias públicas, em especial em Comarcas menores, têm levado os órgãos de execução a atuarem cada vez mais na defesa dos interesses fundamentais individuais de pessoa

individualmente considerada, sem prejuízo da priorização da atuação coletiva.

A Constituição Federal de 1988 ampliou as atribuições do Ministério Público, disponibilizando diversos instrumentos jurídicos para a defesa da cidadania, dos quais se destacam a Ação Civil Pública, o Inquérito Civil e o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC). Tais instrumentos, somados à liberdade que a instituição possui para definir suas prioridades e conduzi-las, contribuíram para o protagonismo institucional.

Porém, quando se trata do ajuizamento de ações civis públicas pelo Ministério Público para a defesa de direitos individuais isolados, há grande impasse entre os estudiosos.

O protagonismo ministerial se justifica pela redefinição do seu papel constitucional como instituição permanente e essencial à justiça e como agente na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

O novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15), em conformidade com o artigo 127, CF, dispõe que o Ministério Público atuará na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis (art. 176). A lei processual civil prevê ainda a intervenção ministerial como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal (art. 178).

No contexto do sistema jurídico brasileiro atual, a dicotomia Direito Público e Direito Privado não mais se sustenta e o Ministério Público atua na defesa da Constituição e dos dois planos da nova *summa divisio*, pois além de guardião da Constituição, atua na defesa de todos os direitos coletivos em geral, bem como na defesa dos direitos individuais indisponíveis (art. 127, caput, e art. 129, III, da CF/88) (ALMEIDA, 2013).

Com o neoconstitucionalismo, o Ministério Público abandona o papel de mero fiscal da lei (*custos legis*) e passa a ser também guardião da sociedade (*custos societatis*), sendo dotado de função promocional, o que permitiu a atuação mais efetiva na defesa dos interesses difusos e coletivos (ALMEIDA, 2013).

É inegável a necessidade de atuação judicial do órgão ministerial para proteção e efetivação dos direitos sociais, contudo a resolutividade vem se mostrando extremamente importante no contexto atual, no qual o volume de demandas judiciais cresce exponencialmente e o Poder Judiciário não consegue resolver de forma célere e efetiva as questões que lhe são postas. (GOULART, 1998).

A atuação extrajudicial, pautada pela priorização da atuação preventiva, visa, além da defesa do Estado Democrático de Direito, evitar a violação dos direitos sociais. Demanda o fortalecimento da autonomia funcional da instituição, com o incentivo à utilização de instrumentos como o inquérito civil, o termo de ajustamento de conduta, as recomendações e as audiências públicas (ALMEIDA, 2013). Já a atuação judicial caracteriza-se pelo uso das demandas judiciais, na esfera cível e criminal, na forma ativa, enquanto autor ou substituto processual, ou na forma interventiva, enquanto fiscal da ordem jurídica (*custos legis*) (MACÊDO, 2013).

É certo que a Constituição Federal possibilita que o Ministério Público utilize os instrumentos postos à sua disposição, como as ações coletivas com reflexos individuais, para a defesa desses direitos. Da mesma forma, não pairam dúvidas acerca de sua legitimidade para a defesa de direitos individuais indisponíveis da criança e do adolescente, dos idosos e das pessoas com necessidades especiais. Assim, pode o Ministério Público instaurar procedimentos administrativos para assegurar o direito individual à saúde, da mesma forma que pode intervir e acompanhar processos judiciais em que esteja sendo discutido o direito à saúde, independentemente da qualidade do titular do direito.

Já em relação à tutela do direito à saúde de pessoa individualmente considerada, ainda que existam defensores da ilegitimidade ministerial, sob o argumento de que não basta a previsão genérica da Constituição Federal para atribuir a legitimidade ativa ao Ministério Público, cabendo à advocacia privada e à Defensoria Pública as ações de natureza individual, é certo que a saúde é um direito fundamental indisponível.

O fundamento da atribuição ministerial para a defesa do direito individual à saúde está no artigo 127, CF/88, o qual dispõe que incumbe ao Ministério Público a defesa dos interesses individuais indisponíveis.

A legislação brasileira atribui ao Ministério Público a legitimidade necessária ao ajuizamento da ação civil pública em defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis, fato que, somado à essencialidade e indisponibilidade do direito à saúde, legitima a atuação do Ministério Público em hipóteses de omissão estatal, mesmo quando se tratar de pessoa individualmente considerada.

A essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte o qualificasse como prestação de relevância pública (art. 197 CF/88), fato que legitima a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário nas hipóteses em que os órgãos estatais deixam de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante (STF – AgRg no RE n. 271.286-8-RS, 2ª Turma, Rel. Min. Celso Melo, j. 12.09.2000 – RT 786/210-216).

Essa essencialidade do direito à saúde o qualifica como indisponível o que, nos termos do artigo 127 da CF/88, leva à legitimidade ativa do Ministério Público para promover sua defesa mesmo em casos de pacientes individualmente considerados.

Assim, o direito à saúde, além de indisponível, é de relevância pública (arts. 196 e 197, CF/88), conforme entendimento do STJ (REsp 688052 / RS, DJ 17.08.2006; REsp 822712 / RS, DJ 17.04.2006; REsp 819010 / SP, DJ 02.05.2006).

Somado ao exposto, o texto constitucional não diferencia a legitimidade do Ministério Público para a defesa dos valores que compõem o núcleo do Estado Democrático de Direito, o que nos leva a crer que abarca todas as hipóteses.

Outro ponto relevante é o art. 6º, VII, “d”, da Lei Complementar n.º 75/93, que contém o estatuto do Ministério Público da União, aplicável subsidiariamente aos Ministérios Públicos estaduais por força do art. 80 da Lei n.º 8.625/93, o qual diz expressamente competir ao Ministério Público a promoção da ação civil pública para a proteção de “outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos”.

A Recomendação Geral da Corregedoria Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais nº01/2017, em seu art. 4º, reconhece a legitimação ministerial pautada na indisponibilidade, acrescentando que independe da natureza da indisponibilidade, podendo ela ser objetiva ou subjetiva. No mesmo sentido, o Plano Nacional de Atuação Ministerial em Saúde Pública, elaborado pelo Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais do Ministério Público, Ato nº03 de 03 de março de 2017, da Corregedoria Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, e a Recomendação Geral da Corregedoria Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais nº01/2017 prezam pela atuação prioritariamente coletiva dos órgãos ministeriais, sem excluir a atuação na defesa individual.

A Câmara de Procuradores de Justiça da Rede-Saúde do Ministério Público mineiro, seguindo a mesma linha, aprovou diretrizes que visam a ação institucional que priorize a tutela coletiva do direito

à saúde, mas ressaltou que cabe ao Promotor de Justiça atender a todos, inclusive em caso de interesse individual, adotando as medidas administrativas adequadas. O Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa da Saúde do MPMG (CAO-Saúde), no Pareceres Técnicos Jurídicos n.º 29/2009 e n.º 17/2010, reconheceu a relevância da atuação ministerial na defesa do interesse individual indisponível, devendo ser priorizada a abordagem coletiva do direito à saúde, sem deixar de atender aos casos individuais, ao afirmar que “dificilmente serão encontradas ‘demandas individuais’ que não tragam em sua essência, pelo menos, uma carga individual homogênea com repercussão social”.

Seguindo essa vertente, o Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo editou a Súmula de Entendimento nº 45, a qual prevê que o “Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública visando que o Poder Público forneça tratamento médico ou medicamentos, ainda que só para uma pessoa”.

É fato que o ajuizamento de ações individuais abarrotou o judiciário com demandas semelhantes que poderiam ser solucionadas em conjunto, sendo inegável que a atuação prioritariamente coletiva é o mais aconselhável. Essa é, inclusive, a recomendação dos órgãos internos dos Ministérios Públicos Estaduais, mas isso não exclui a possibilidade de ajuizamento de demandas individuais quando não for possível a solução extrajudicial da questão ou a coletivização do pedido.

Ainda que o Ministério Público possua elevado volume de atribuições e seja insuficiente o aparato disponível ao adequado atendimento do grande número de demandas individuais, negar a possibilidade de defesa do direito à pessoa individualmente considerada é negar o acesso à justiça em si, sobretudo para pessoas carentes e que residem em comarcas onde não há o adequado atendimento das Defensorias Públicas, pois a defesa dos direitos indisponíveis é uma das atribuições constitucionais do órgão ministerial.

Dessa forma, ainda que alguns defendam que não há legitimidade extraordinária conferida ao Ministério Público para a tutela do direito à saúde de pessoa individualmente considerada, é certo que a saúde é um direito individual indisponível e, portanto, por força constitucional, pode o Ministério Público promover sua defesa judicialmente, enquanto substituto processual.

De acordo com os estudos da Procuradora de Justiça Éliada de Freitas Rezende, os Tribunais superiores durante anos oscilaram entre reconhecer a legitimidade ministerial e afastá-la, atrelando seus julgados, muitas vezes, às condições financeiras dos titulares dos direitos. Destaca que os Tribunais legitimam a atuação ministerial em defesa dos direitos indisponíveis ou de relevância social, qualidades inerentes aos direitos fundamentais (2013).

O STJ e o STF em seus julgados recentes admitem a legitimidade ministerial ao argumento de que a legitimidade decorre da natureza jurídica do direito-base postulado que é indisponível.

No ano de 2018, STJ julgou o Tema 766, colocando fim à discussão e admitindo que o Ministério Público é parte legítima para pleitear tratamento médico ou entrega de medicamentos nas demandas de saúde propostas contra os entes federativos, mesmo quando se tratar de feitos contendo beneficiários individualizados, porque se refere a direitos individuais indisponíveis.

Portanto, não restam dúvidas de que, em se tratando do direito fundamental à saúde, o Ministério Público é legitimado tanto na defesa do indivíduo, o que inclui tanto a pessoa adulta e capaz, como da coletividade, pois saúde é questão relativa à vida e a sua existência com dignidade.

Assim, cabe ao Ministério Público promover as ações necessárias, judicial e extrajudicialmente, a fim de garantir o devido acesso à saúde a todos os indivíduos. Da mesma forma, os membros do Ministério Público devem buscar a autocomposição sempre

que essa se mostrar o meio mais adequado ao caso. Esse é o grande desafio atual: tornar real a autocomposição pacífica dos conflitos, tão presente no CPC/15, através da atuação conjunta e multidisciplinar das diversas esferas, pois reduzir a judicialização excessiva é o caminho para garantirmos o adequado acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual de Ações Constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007

ALMEIDA, Gregório Assagra de; GONCALVES, S. A. **Legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando vise à tutela de pessoa individualmente considerada**. v. 8. Belo Horizonte: De Jure, 2007.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social**. In: CHAVES, Cristiano; MOREIRA ALVES, Leonardo Barreto; ROSENVALD, Nelson. (Org.). *Temas Atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de; SOARES JUNIOR, J. (Org.) . **Teoria Geral do Ministério Público**. In ‘ **Coleção Ministério Público e Direitos Fundamentais**’. 1ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

ALMEIDA, Gregório Assagra de; SOARES JUNIOR, J. (Org.); ASSIS, G. (Org.). **Saúde**. In ‘Coleção Ministério Público e Direitos Fundamentais’. 1ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direitos Fundamentais e o Principais Fatores de Legitimação Social do Ministério Público no Neoconstitucionalismo**. In: Gregório Assagra de Almeida; Jarbas Soares Júnior. (Org.). *Teoria Geral do Ministério Público*. In ‘ **Coleção Ministério Público e Direitos Fundamentais**’. 1ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Objeto Material da Ação Civil Pública: algumas questões polêmicas**. In: Édis Milaré. (Org.). *Ação Civil Pública: após 30 anos*. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078/90. Promulgada em 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 26 de outubro de 2017.

_____. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105/15. Promulgada em 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 26 de outubro de 2017.

_____. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 de outubro de 2017.

_____. **Lei n.º 7.347, de 24.07.85**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 26 de outubro de 2017.

_____. **Lei n.º 8.080/1990**, de 19.09.1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a

organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/l8080.htm>>. Acesso em: 26 de outubro de 2017.

_____. Lei n.º 8.069/1990, de 13.07.1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 26 de outubro de 2017.

_____. **Lei n.º 8.625/1993**, de 12.02.1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm>. Acesso em: 26 de outubro de 2017.

BRASIL. **Lei Complementar n.º 75** de 20 de maio de 93. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm>. Acesso em: 26 de outubro de 2017

_____. **Lei n.º 9.787**, de 10.02.1999. Altera a Lei no 6.360, de 23 de setembro de 1976, que dispõe sobre a vigilância sanitária, estabelece o medicamento genérico, dispõe sobre a utilização de nomes genéricos em produtos farmacêuticos e dá outras providências. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9787.htm>. Acesso em: 26 de outubro de 2017.

_____. **Lei n.º 10.741/03** de 01.10.2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília, 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 26 de outubro de 2017.

_____. **Lei n.º 13.146/15** de 06.07.2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 26 de outubro de 2017.

_____. Ministério da Saúde. Portaria nº 3916 de 30.10.1998. Aprova a Política Nacional de Medicamentos. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 10 de novembro de 1998.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no AgRg no RE n. 271.286-8-RS, 2ª Turma, Rel. Min. Celso Melo, j. 12.09.2000 – RT 786/210-216. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825415/recurso-extraordinario-re-271286-rs-stf>. Acesso em: 26 de outubro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 393175-0/RS, Segunda Turma, Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 12/12/2006, publicado 02/02/2007. Acesso em: 26 de outubro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão ARE 1014959 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 20/04/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-089 DIVULG 28-04-2017 PUBLIC 02-05-2017 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12816514>> Acesso em: 26 de outubro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão RE 271286 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJ 24-11-2000 PP-00101 EMENT VOL-02013-07 PP-01409 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.aspx?1=000103463&base=baseAcordaos>> Acesso em: 26 de outubro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Arguição de

Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45, Rel. Min. Celso Mello, j. 29.04.2004 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>> Acesso em: 26 de outubro de 2017.

_____. Superior Tribunal Justiça. Acórdão REsp 817710/RS; RECURSO ESPECIAL 2006/0027536-2; Relator(a) Ministro LUIZ FUX (1122); Órgão Julgador - T1 - PRIMEIRA TURMA; Data do Julgamento - 17/05/2007; Data da Publicação/Fonte - DJ 31.05.2007. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8930320/recurso-especial-resp-817710-rs-2006-0027536-2/inteiro-teor-14096206>> Acesso em: 26 de outubro de 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e a Teoria da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Almedina, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos Sobre Direitos Fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindadade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf> Acesso em: 26 de outubro de 2017

CARNEIRO, Wálber Araújo. **Escassez, eficácia e direitos sociais: em busca de novos paradigmas**. Salvador: Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFBA, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CORREGEDORIA GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Carta de Brasília. 22 de setembro de 2016. Disponível em: <http://www.cmp.mp.br/portal/institucional/corregedoria/carta-de-brasilia>. Acesso em: 26 de outubro de 2017.

FRNANDES, Antônio Joaquim Schellenberger. **Direito à saúde: tutela coletiva e mediação sanitária**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e democracia: teoria e práxis**. São Paulo: Editora de Direito, 1998.

GOULART, Marcelo Pedroso. **Princípios institucionais do Ministério Público: a necessária revisão conceitual da unidade institucional e da independência funcional**. In: Livro de Teses XVII e democracia: teoria e práxis. São Paulo: Editora de Direito, 1998.

HAMACHER, Flávio Jordão. **A Atuação do Ministério Público na Defesa do Direito Individual à Saúde**. Disponível em: <www.amp.org.br/smmaster/inst/artigo/Artigo-25.doc> Acesso em: 26 de outubro de 2017

KRELL, Andréa Joachin. **A Constituição Concretizada, construindo pontes com o público e o privado/Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na Base dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2000.

MACÊDO, Marcus Paulo Queiroz. **Ministério Público e as novas técnicas de atuação na defesa dos direitos individuais fundamentais**. In: Gregório Assagra de Almeida; Jarbas Soares Júnior. (Org.). Teoria Geral do Ministério Público. In ' Coleção Ministério Público e Direitos Fundamentais'. 1ed Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013;

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O acesso à justiça e o Ministério Público**. 5. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**. 3ed., rev. E atual. Coimbra: Coimbra Editora, Tomo IV, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MPMG. Informativo da Procuradoria-Geral de Justiça de Minas Gerais - Ano XIII - n.º 211 - julho e agosto de 2013.

OHLAND, Luciana. **Responsabilidade solidária dos entes da Federação no fornecimento de medicamentos**. v. 36. n. 1. Porto Alegre: Direito & Justiça, 2010.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em 26 de outubro de 2017.

OMS. Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) - 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswwho.html>>. Acesso em: 26 de outubro de 2017.

Parecer Técnico Jurídico CAO-Saúde MPMG n.º 29/2009

Parecer Técnico Jurídico CAO-Saúde MPMG n.º 17/2010

Plano Nacional de Atuação Ministerial em Saúde Pública (Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais do Ministério Público)

PRADO, Ana Paula Barroso de Salles Paiva. **Direito fundamental à saúde: direito social tratado como direito individual no Brasil**. 2012. 128 f. Dissertação- Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pouso Alegre, 2012.

REZENDE, Conceição Aparecida Pereira. **Dos princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde - SUS**. In: MINISTÉRIO DA SAÚDE. Direito sanitário e saúde pública: manual de atuação jurídica em saúde pública e coletânea de leis e julgados em saúde. Brasília: Síntese, 2003.

REZENDE, Éli de Freitas. **Ministério Público e a defesa dos direitos individuais indisponíveis**. In: Gregório Assagra de Almeida; Jarbas Soares Júnior. (Org.). Teoria Geral do Ministério Público. In ' Coleção Ministério Público e Direitos Fundamentais'. 1ed Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 2ª Ed. Revista e Ampliada. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, in Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCHWARTZ, Germano. **O tratamento jurídico do risco no direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

EFICIÊNCIA DO COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA COMO INSTRUMENTO DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS NA DEFESA DA SAÚDE: ANÁLISE A PARTIR DOS DADOS DO SISTEMA DE REGISTRO ÚNICO

Talita Cristina Carvalho de Melo Ribeiro¹

A Constituição da República de 1988 inaugurou, no Brasil, o Estado Democrático de Direito, que tem como fim precípuo garantir a dignidade do ser humano em todos os aspectos. Assim, o Ministério Público assumiu o papel de agente transformador, guardião dos direitos assegurados na Constituição Democrática.

É de se destacar que a localização das disposições da CR/88 referentes ao Ministério Público já demonstra a importância dada à instituição, notadamente porque não está inserida dentro de nenhum outro Poder do Estado, mas no mesmo nível, sendo igualmente essencial às funções do Estado.

O art. 129 da Constituição Federal prevê as funções institucionais do Ministério Público, das quais se depreende que tanto a atuação judicial, quanto a extrajudicial, são formas de realização do acesso à justiça, que deve ser entendido como o direito de acesso a todos os meios legítimos de proteção, bem como o atendimento das necessidades dos direitos individuais e coletivos.

Segundo as previsões constitucionais, verifica-se a existência de dois modelos de Ministério Público. O primeiro, denominado Ministério Público Demandista, destaca-se pelo papel de agente processual e assim, seja no âmbito das ações penais, seja na esfera civil enquanto fiscal da lei ou como autor, sua atuação depende das decisões judiciais; por sua vez, o segundo modelo, o Ministério Público Resolutivo, supera a perspectiva processual e busca esgotar as possibilidades de soluções por meio da negociação e formulação de políticas públicas. Assim, neste modelo, a atuação perante o Poder Judiciário assume caráter excepcional (GOULART, 1998).

Assim, o Ministério Público Resolutivo representa um elo entre a sociedade e a ordem jurídica, assumindo o papel de guardião da sociedade (*custos societatis*) e guardião do direito (*custos legis*). (ALMEIDA, PARISE, 2005).

Em muitos casos, por meio da atuação jurídica preventiva, o dano pode ser evitado e, por consequência, evita-se também a atuação repressiva. Destaca-se que essa atuação preventiva também deve ser priorizada pelo Ministério Público Demandista, por meio da tutela inibitória nas ações civis públicas (ALMEIDA; PARISE, 2005).

Nesse ponto, cumpre destacar que, no âmbito do Direito Administrativo, eram inquestionáveis e limitadas as tradicionais características da atividade administrativa, como a supremacia do interesse público sobre o particular e os atos administrativos imperativos, autoexecutórios e unilaterais (SCHIRATO, 2011).

Contudo, no Direito Administrativo Contemporâneo, verificou-se a necessidade de o Estado adaptar a sua forma de atuar para exercer a sua função garantidora de direitos fundamentais. Desse modo, o Estado assume também o lugar de mediador, interagindo

com o indivíduo e com grupos sociais. Nesse contexto, emerge a Administração Pública consensual, com a principal função de compor conflitos nos quais estejam presentes interesses estatais e privados (SCHIRATO, 2011).

É cediço que o Ministério Público recebeu da Constituição o papel de agente transformador, devendo atuar de forma ativa para que o direito material seja alcançado. Para que seja mais eficiente, mostra-se necessário o desenvolvimento de ações que aproximem a instituição da população, o que se mostra possível por meio da atuação extraprocessual.

Em novembro de 2014, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), por meio da Escola Nacional de Mediação e Negociação (ENAM), lançou o Manual de Negociação e Mediação para membros do Ministério Público, com o objetivo de fomentar o uso de métodos autocompositivos de solução das controvérsias. Destaca-se, ainda, a Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014, do Conselho Nacional do Ministério Público, a qual dispõe sobre a política nacional de incentivo à autocomposição no âmbito do Ministério Público.

A citada resolução determinou competências do Conselho Nacional do Ministério Público e dos Ministérios Públicos, todas elas pautadas na instituição de programas e ações que busquem a autocomposição. Dessa forma, previu a negociação, a mediação, a conciliação, práticas restaurativas e convenções processuais como práticas autocompositivas.

Nesse sentido, durante o 7º Congresso de Gestão do Conselho Nacional do Ministério Público, realizado em 22 de setembro de 2016, foi celebrado um acordo entre a Corregedoria Nacional e as Corregedorias dos Estados e União, com o fim precípuo de fomentar a atuação resolutiva do Ministério Público Brasileiro. Esse acordo foi denominado Carta de Brasília e, entre as diversas ponderações nele ressaltadas, é nítido o objetivo de se evitar a judicialização quando for possível a resolução extrajudicial. Assim, foram traçadas diretrizes no aspecto estrutural do Ministério Público, na atuação dos membros e no âmbito das Corregedorias- Gerais.

Com efeito, o acordo destaca, nos aspectos da atuação do membro, a preferência pela atuação preventiva e, diante da impossibilidade dessa, a adoção de postura resolutiva.

A Constituição da República de 1988 previu, entre as funções do Ministério Público, a de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia. Assim, considerando que o direito à saúde é um direito fundamental, bem como os serviços de saúde são dotados de relevância pública, é de suma importância o papel desempenhado pelo Ministério Público no ambiente sanitário.

Como resultado da ampliação da democracia, surgiu o fenômeno da justicialização das políticas públicas, que coincide com a admissão

¹ Analista do Ministério Público de Minas Gerais. E-mail: talitacristina@mpmg.mp.br.

pela doutrina e jurisprudência da ação popular para controlar as ações governamentais. Por política pública pode-se entender um fenômeno com duas facetas: a material, consubstanciada nas ações e decisões adotadas para solucionar problemas públicos; e a processual, que é formada pela relação entre agentes políticos, sendo a primeira fruto da segunda. (GOULART, 2013).

A regulamentação da área de saúde na CR/88 se deu com a promulgação das Leis nº 8.080/90 e nº 8.142/90, que formaram a chamada Lei Orgânica da Saúde. Posteriormente, foram criados decretos, leis, portarias e normas operacionais, construindo um sistema infraconstitucional de ações e serviços de saúde.

O direito à saúde se traduz em individual (bem-estar) e coletivo (políticas públicas), carecendo de atuação estratégica do Ministério Público, notadamente para que as ações efetivadoras desse direito se prolonguem no tempo, independentemente da mudança de governo. (ASENSI; PINHEIRO, 2009). Assim, passa-se a avaliar a forma como esse direito à saúde pode ser traduzido na saúde como um bem (bem saúde), o que, muitas vezes, não se alcança por meio da judicialização, conduzindo à busca por soluções extrajudiciais.

No âmbito do Ministério Público de Minas Gerais, é inquestionável o incentivo à atuação resolutiva na área da saúde. Isso se verifica não apenas na instituição da Mediação Sanitária, mas também no trabalho desenvolvido pelo Centro de Apoio Operacional na área da saúde (CAO-Saúde) – que, por meio de ofícios circulares, encaminha orientações aos Órgãos de Execução, incentivando a busca de soluções extrajudiciais –, e na formulação das políticas públicas.

Nesse sentido, é notável que o Poder Judiciário se mostra cada vez mais tendente a admitir demandas que se referem ao mérito das políticas públicas de saúde. Contudo, seja em razão da estrutura do SUS, seja pela previsão de participação da comunidade na formulação das políticas públicas, constata-se que a adoção de medidas consensuais tem-se apresentado como melhor alternativa na busca por solução dos conflitos.

Nesse cenário, mostra-se necessário o fortalecimento das instituições que são capazes de propiciar a mediação entre os entes da Federação, com o fim de aprimorar as políticas públicas. A consensualidade obtida por meio da ponderação de valores possibilita a composição de interesses e conduz à maior eficácia para a solução do problema e garantia do interesse público.

Nesse íterim é que o compromisso de ajustamento de conduta se destaca como um dos instrumentos que possibilitam a concretização do anseio institucional pela atuação extrajudicial, visto que concomitantemente ressalta a prerrogativa da autonomia funcional e evita a judicialização desnecessária. Além disso, a relevância desse instrumento de autocomposição responde a fatores que traduzem a fragilidade do sistema, notadamente a demora na prestação jurisdicional e o custo do processo.

Aliado a isso, as técnicas extraprocessuais dispensam o uso da força estatal, uma vez que a informalidade é utilizada para alcançar o consenso. Contudo, embora haja alguma liberdade na busca da solução consensual, certo é que a medida adotada deve estar prevista em lei.

Com efeito, o compromisso de ajustamento de conduta destaca-se por sua natureza consensual, como um instrumento que está em conformidade com os projetos traçados pela Escola Nacional de Mediação e de Conciliação (ENAM), criada em 2012, e também com o Código de Processo de Civil (Lei nº 13.105/2015). Nesse sentido é que o TAC, à primeira vista, melhor representa o

princípio da eficiência, seja pelo prisma da celeridade inerente a não judicialização, seja pela busca da solução consensual dos problemas apresentados.

Conforme previsto na Resolução Conjunta nº 1, de 10 de julho de 2017, do Procurador Geral de Justiça e do Corregedor-Geral do Ministério Público de Minas Gerais, o Sistema de Registro Único (SRU) é o sistema utilizado para registro das informações e movimentações referentes a feitos judiciais e extrajudiciais no âmbito do Ministério Público de Minas Gerais.

A partir dos dados disponíveis no SRU, é possível analisar a atuação do Ministério Público em todo o Estado de Minas Gerais, verificando, por meio de critérios de pesquisa, a quantidade de feitos, a movimentação e a solução jurídica dada, entre outras informações sobre questões administrativas dos procedimentos extrajudiciais. Em se tratando de feitos judiciais, a pesquisa utiliza parâmetros relativos à organização do Poder Judiciário, tais como: tipo de justiça, data de distribuição e Câmara/Vara.

Assim, com o objetivo de examinar a atuação extrajudicial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais na área da saúde e os instrumentos utilizados para tanto, foram solicitadas informações da Diretoria de Gestão de Sistemas da Atividade-Fim, responsável pela gestão do SRU.

Questionou-se a quantidade de procedimentos na área de saúde instaurados no período de 2011 a 2016, e que ainda estavam em tramitação em maio de 2017, e a quantidade de TACs celebrados nesses procedimentos. Além disso, indagou-se a quantidade de TACs encerrados, bem como as execuções propostas.

Conforme relatório encaminhado, no período de 2011 a 2016, do total de procedimentos extrajudiciais instaurados, 15.512 ainda estavam em tramitação, segundo dados fornecidos em maio de 2017.

Da análise dos dados obtidos, verifica-se que foram celebrados TACs em 2,75% dos procedimentos acima relacionados, e apenas 5 foram encerrados. Ressalte-se que essa informação sobre o encerramento do compromisso de ajustamento de conduta relaciona-se ao cumprimento das obrigações assumidas e à devida remessa do Inquérito Civil ao Conselho Superior do Ministério Público para homologação da promoção de arquivamento.

Nesse sentido, insta ressaltar a possibilidade de que em outros procedimentos tenha ocorrido o efetivo cumprimento das obrigações assumidas na celebração do TAC e que tal informação não tenha sido acrescentada nos dados disponibilizados em razão da forma de lançamento do arquivamento no SRU.

Por outro lado, no período de 2011 a 2016, foram registradas 482 execuções de TACs celebrados na área de saúde. Insta ressaltar que o número de execuções superior ao de compromissos firmados no mesmo período pode estar relacionado ao não cumprimento de obrigações assumidas em acordos anteriores a 2011. O descumprimento teria ensejado a posterior execução do título executivo.

A partir da análise dos dados apresentados, constata-se que o elevado número de TACs celebrados é acompanhado por uma altíssima margem de descumprimento, o que enseja a necessária execução do acordo.

Portanto, verificou-se, a partir da análise dos dados do SRU, que o elevado número de descumprimento indica que o TAC não é um instrumento eficiente nas demandas de saúde. Contudo, a partir

das diretrizes traçadas pelo Ministério Público Resolutivo, pode-se afirmar que a solução para as demandas coletivas encontra-se mais próxima da atuação extrajudicial do que da judicialização.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra. O ministério público no neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson. **Temas atuais do Ministério Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 17-59.

ALMEIDA, G. A.; PARISE, E. M. **Ministério Público e a priorização da atuação preventiva**: uma mudança de paradigma como necessidade do Estado Democrático de Direito. MPMG, Ano I, Edição 001 - Setembro de 2005. Edição comemorativa de lançamento. Disponível em: <<https://www.mpmg.mp.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A91CFA942729E930142991C55DB355>>. Acesso em: 14 jan. 2018.

ARANTES, Rogério Bastos. Direito e Política: O Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 14, n. 39, 1999. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v14n39/1723>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

ARANTES, Rogério Bastos. Ministério Público na fronteira entre a justiça e a política. **Justitia**, São Paulo, v. 64, nº 197, jul./dez., 2007.

ASENSI, Felipe Dutra. A atuação extraprocessual do ministério público para a garantia de direitos: um estudo sobre o direito à saúde. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. VIII, n. 23, out. 2005. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=286>. Acesso em: 04 fev. 2017.

ASENSI, Felipe Dutra. **Indo além da judicialização**: O Ministério Público e a saúde no Brasil. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Centro de Justiça e Sociedade, 2010.

ASENSI, Felipe Dutra. A juridicização da saúde e o Ministério Público. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 69, p. 113-149, maio/set. 2009. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1259071580.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2017.

BARBOSA, Osório Silva Sobrinho. **Direito Constitucional de Petição**: exercício da cidadania. Brasília: ESMPU, 2016. p. 201-227.

BRANDÃO, Marcella Araújo da Nova. **A consensualidade e a administração pública em juízo. 2009. 108 f. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito, Fundação Getúlio Vargas**, Rio de Janeiro. 2009.

BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei do Senado nº 174, de 2011. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para modificar o art. 36, que institui regras sobre a elaboração dos planos de saúde, e para inserir dispositivos que regulam a responsabilidade sanitária dos gestores no âmbito do Sistema Único de Saúde. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/99951>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

BRASIL. Congresso. Senado Projeto de Lei 7585/2014, de 20 de maio de 2014. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para inserir dispositivos que regulam a responsabilidade sanitária dos gestores no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarinte

gra;jsessionid=42FF81F1CE99BB9D65C0F6B365ED94EA.proposicoesWebExterno2?codteor=1255085&filename=PL+7585/2014 >. Acesso em: 08 jan. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014. Dispõe sobre a política nacional de incentivo à autocomposição no âmbito do ministério público e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o_n%C2%BA_118_autocomposi%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 2 jan. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **As Conferências Nacionais de Saúde: Evolução e perspectivas**./ Conselho Nacional de Secretários de Saúde. – Brasília: CONASS, 2009. 100 p. (CONASS Documenta; 18). Disponível em: <http://www.conass.org.br/conassdocumenta/cd_18.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 6 fev. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. Escola Nacional de Mediação e Negociação (ENAM). **Manual de negociação e mediação para membros do Ministério Público**/ Ministério da Justiça. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. p. 41-76.

COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, n. 40, 2001. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1214>>. Acesso em: 2 fev. 2017. DAL POZZO, Antônio Araldo Ferraz. Atuação Extrajudicial do Ministério Público: Dever ou Faculdade de Agir? In: RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves Ribeiro. **Ministério Público: Reflexões sobre Princípios e Funções Institucionais**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 305-316.

DALLARI, S.G. Direito Sanitário: Fundamentos, Teoria e Efetivação. In: AITH, F., SATURNINO, L.T.M, DINIZ, M.G.A., MONTEIRO, T.M. et al. (Org.). **Direito Sanitário: Saúde e Direito, um diálogo possível**. Belo Horizonte: ESP-MG, 2010. p. 43-73.

FERNANDES, Antônio Joaquim Schellenberger. **Direito à saúde**: tutela coletiva e mediação sanitária. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. p. 25-87.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva**: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GOULART, Marcelo Pedrosa. **Ministério Público e democracia**: teoria e práxis. São Paulo: LED – Editora de Direito, 1998.

GOULART, Marcelo Pedrosa. **Elementos para uma teoria geral do Ministério Público**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. GOULART, Marcelo Pedrosa. Ministério Público e Políticas Públicas. In: SABELLA, Walter Paulo; DAL POZZO, Antônio Araldo Ferraz; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Ministério Público Vinte e cinco anos do novo perfil constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 285-308.

GOULART, Marcelo Pedrosa. [set. 2016]. Entrevista concedida a Carta Forense. Disponível em: <<http://www.carteforense.com>

br/conteudo/entrevistas/ministerio-publico-resolutivo/16918>. Acesso em: 21 jan. 2018.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MAGALHÃES JÚNIOR., A. A. A.; SANTOS, A. L. Instrumentos de atuação extrajudicial do Ministério Público. In: SABELLA, Walter Paulo; DAL POZZO, Antônio Araldo Ferraz; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Ministério Público Vinte e cinco anos do novo perfil constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 673-698.

MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo. Ministério Público: atuação na área da saúde. In: SABELLA, Walter Paulo; DAL POZZO, Antônio Araldo Ferraz; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Ministério Público Vinte e cinco anos do novo perfil constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 457-484.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MINAS GERAIS. Ministério Público de Minas Gerais. Resolução Conjunta PGJ CGMP nº1, de 10 de julho de 2017. Dispõe sobre o Sistema de Registro Único (SRU) como o sistema de registro de informações, movimentações e prática de atos processuais nos feitos judiciais e extrajudiciais, inclusive eletrônicos no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <https://mpnormas.mpmg.mp.br/files/1/1/1-1-C9DA-28-resconj_pgj_cgmp_01_2017.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2018.

OLIVEIRA, G. J.; SCHWANKA, C. A Administração consensual como a nova fase da Administração Pública no Séc XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 104, p. 303-322, jan./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67859/70467>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

OLIVEIRA, Luciano Moreira de. **Ministério Público e políticas de saúde**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

RODRIGUES, João Gaspar. **Ministério Público Resolutivo: um novo perfil institucional**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2012.

SADEK, Maria Tereza. A construção de um novo Ministério Público Resolutivo. In: SEMANA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS, 2008, Belo Horizonte. **Anais eletrônicos**. Belo Horizonte: Ministério Público de Minas Gerais, 2008. p. 130-139. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/135/constru%C3%A7ao%20novo%20mp_Sadek.pdf?sequence=1>. Acesso em: 11 fev. 2017.

SANTOS, Marcelo Henrique dos. **O Ministério Público e seu papel articulador junto ao SUS: manual operacional básico**. Goiânia: Ministério Público do Estado de Goiás, ESMP, 2011.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Consenso e Legalidade: Vinculação da atividade administrativa consensual ao direito. **Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado**, Salvador, n. 24, dez./jan./fev. 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-24-DEZEMBRO-JANEIRO-FEVEREIRO-2011-VITOR-JULIANA.PDF>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. A construção das políticas públicas de saúde: competências, solidariedade processual e desafios para

o fortalecimento do SUS. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 16, n. 2, 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/106887>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

ENQUADRAMENTO DA SITUAÇÃO JURÍDICA DOS CATADORES DE RECICLÁVEIS SOB A ÓTICA DA LEI Nº 12.305/2010

Pollyanna Flávia Mesquita de Queiroz 1

1. INTRODUÇÃO

Há algum tempo, vem-se construindo uma sociedade que produz resíduos sem cessar por um motivo óbvio: o estilo de vida apregoado como ideal encontrou, no consumo, a busca incessante pela felicidade. Para se ter uma ideia da quantidade de resíduos sólidos que são acumulados, diariamente, no planeta, basta mencionar alguns dados registrados na pesquisa realizada pelo grupo de trabalho em Saneamento do Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura de Minas Gerais - CREA/MG, acerca da coleta seletiva com inclusão social: cada cidadão americano produz mais de um quilo de resíduo por dia. Os japoneses construíram uma ilha para acumular, sobre ela, uma plataforma de resíduos que eles produzem – cerca de 52 milhões de toneladas vindas apenas de domicílios.

No Brasil, a produção crescente de resíduos é igualmente preocupante. Até a década de 1950, produzia-se menos de meio quilo de resíduos por habitante, na quase totalidade orgânico e facilmente absorvido pela natureza. Hoje, a produção per capita, segundo estudos do CREA, já ultrapassa a quantidade de 900 gramas diários e com material que demora séculos para ser absorvido pela natureza.

Com efeito, devido ao crescimento aviltante, os resíduos são um dos maiores problemas ambientais da atualidade, haja vista a ausência de um sistema que trate, eficazmente, 100% dos resíduos produzidos.

A Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), instituída pela Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, como um marco regulatório para a melhor gestão dos resíduos sólidos no país, traduz novas alternativas para viabilizar a destinação adequada dos resíduos, considerando o bem-estar social e ambiental e, ao mesmo tempo, o trabalho dos catadores de materiais recicláveis, os quais realizam uma atividade de utilidade pública muito importante no contexto atual das cidades, atuando na coleta de materiais para reciclagem que, caso fossem descartados, ocupariam maior espaço em aterros sanitários e lixões.

Nesse passo, o objeto do presente artigo é abordar o enquadramento jurídico dos catadores de materiais recicláveis a partir do marco legal estabelecido na Lei nº 12.305/2010, que reconheceu a necessidade da integração dos catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis, seja individualmente ou, principalmente, por meio das associações e cooperativas, nos programas de coleta seletiva.

2. A ESCASSEZ DE LOCAIS APROPRIADOS PARA DISPOSIÇÃO FINAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS NO BRASIL E O ADVENTO DA LEI Nº 12.305/2010

Segundo o IBGE (2004), cerca de 70% dos municípios brasileiros dispõem seus resíduos em “lixões” a céu aberto; essa prática impacta gravemente o solo, o ar, os recursos hídricos e a saúde pública.

Ademais, como observa Gouveia (1996), os índices de reciclagem no Brasil são muito baixos, sendo necessário, pois, o incentivo à coleta seletiva com adequada separação dos diversos materiais, tanto no momento da geração do resíduo quanto nas centrais de triagem.

A coleta seletiva deve, assim, promover a sensibilização da sociedade geradora de desperdício, para uma mudança de padrão de produção e consumo.

O componente de inclusão social dos catadores de material reciclável nos programas de coleta seletiva tem potencial para contribuir na redução das desigualdades sociais, já que a relação direta com o catador poderá viabilizar um vínculo de solidariedade, ampliando significativamente a participação da população nos programas de coleta seletiva.

Consoante estabelece a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), a implantação da coleta seletiva é obrigação dos municípios. Nesse propósito, metas para ampliar e melhor gerir essa coleta são elementares e indissociáveis, devendo-se, pois, constar nos planos municipais de gestão integrada de resíduos sólidos urbanos.

Com efeito, muito além de estabelecer diretrizes para o gerenciamento de resíduos sólidos, a Lei nº 12.305/2010 conferiu mecanismos para maior emancipação econômica e ascensão social dos catadores de recicláveis. Não se podem construir políticas públicas eficientes apenas com a edição de uma lei, é preciso que haja mudança de paradigmas e quebra de alguns padrões comportamentais quanto à forma de tratar com o acúmulo de resíduos sólidos urbanos em todo o país.

Em 1981, foi promulgada a Lei nº 6.938, a qual dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA). Tal marco regulatório instituiu princípios e traçou objetivos em relação ao meio ambiente no Brasil, além de criar o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA). A PNMA é um dos principais diplomas legais a respeito do meio ambiente no país e, mesmo anterior à Constituição Federal de 1988, mantém-se como um importante marco regulatório, uma vez que consagrou princípios e regras de grande importância para o direito ambiental brasileiro.

1 Analista com especialização em Direito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, lotada na 15ª Promotoria de Justiça de Defesa do Meio Ambiente de Belo Horizonte. Especialista em Pós-graduação em O Ministério Público e o Novo Constitucionalismo pela Faculdade de Direito Milton Campos/Procuradoria-Geral de Justiça.

Em 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil dedicou um capítulo específico à tutela do meio ambiente (capítulo VI do título VIII).

O artigo 225 é o núcleo da proteção ambiental no texto constitucional. Todavia, existem várias outras menções ao meio ambiente na Constituição. O texto constitucional de 1988 é considerado ambientalista. (SILVA FILHO, 2010, p. 46).

Nesse diapasão, considerando a mudança de paradigma do ponto de vista legislativo, com o advento da Constituição de 1988 e com o Estado mais atento à diversidade de demandas ambientais existentes na sociedade brasileira, promulgou-se, em 2010, após quase vinte anos de tramitação no congresso Nacional, a Lei nº 12.305, de agosto de 2010, a qual institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos.

Considerando a ausência de uma gestão integrada apta a disciplinar a disposição final de resíduos e a necessidade iminente de uma lei que disciplinasse a situação dos resíduos sólidos, foi proposto, na Câmara dos Deputados, o projeto de Lei nº 203/1991, relativo à gestão de resíduos sólidos, o qual tramitou por quase vinte anos até a sua aprovação em 2010.

Vale destacar que, anteriormente à promulgação da Lei nº 12.305/2010, o descarte adequado de resíduos sólidos era disciplinado pela Lei nº 11.445/2007, legislação criada para as diretrizes nacionais para o saneamento básico.

A Lei nº 11.445/2007 e algumas resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente versavam sobre o gerenciamento de resíduos sólidos, contemplando a previsão da obrigatoriedade de apresentação de Plano de Gerenciamento para determinados resíduos, os quais reclamam um tratamento diferenciado em razão da periculosidade.

Assim, a Política Nacional de Resíduos Sólidos traz em seu bojo um novo viés que amplia a visão meramente utilitarista e singular vinculada à preocupação focada na disposição final de resíduos domiciliares, para uma visão paradigmática realçada nas inovações da logística reversa, na responsabilidade compartilhada e no incentivo à integração dos catadores de materiais no ciclo de reutilização e reciclagem, considerando o reconhecimento dos resíduos sólidos como bens econômicos e propulsores de transferência de renda para esses trabalhadores.

Contudo, é notório que a Política Nacional de Resíduos Sólidos determina prioridades para a gestão e o gerenciamento desses resíduos, quais sejam: não geração, redução, reutilização, reciclagem, tratamento dos resíduos e disposição final ambientalmente adequada. Todos esses aspectos vinculam a previsão de responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos.

É certo que o artigo 7º da Lei nº 12.305/2010 elenca diversos objetivos da Política Nacional de Resíduos Sólidos, entre eles, destaca-se o inciso XII, que prevê a integração dos catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis nas ações que envolvam a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos.

A PNRS estimula, também, a prioridade no acesso aos recursos financeiros da União àqueles municípios que implantarem a coleta seletiva com a participação de cooperativas ou outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis, formadas por pessoas físicas de baixa renda, além de programas para a participação dos catadores no processo de implementação da PNRS.

3. A POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS E A PARTICIPAÇÃO DOS CATADORES DE MATERIAIS RECICLÁVEIS

A Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos, conforme já mencionado, obriga todas as cidades a se adequarem à cadeia de produção, coleta, triagem e tratamento dos resíduos, ou seja, a organizar um sistema integrado de gestão de resíduos sólidos (art. 3º, X da Lei nº 12.305/2010).

Assim sendo, a mencionada lei cuidou, também, de estabelecer diretrizes para o fomento dos Catadores de Materiais Recicláveis, objetivando incentivá-los a fortalecer a dignidade pessoal.

A evolução prevista na lei é benéfica à classe dos trabalhadores que laboram manuseando tudo aquilo que ninguém mais quer – os resíduos, trabalho este, até então, sem reconhecimento e sem garantia para um trabalho organizado, detentor de direitos e garantias.

A Lei nº 12.305/2010 coloca o catador de resíduos sólidos como um agente de promoção ambiental. De acordo com a Pesquisa Nacional de Saneamento Básico realizada pelo IBGE em 2008, existiam, no Brasil, 70.449 catadores em área urbana, sendo 5.636 com idade de até 14 anos e 64.813 com idade acima da mencionada.

Esses trabalhadores tiveram sua categoria incluída, em 2002, no Código de Ocupações elaborado pelo Ministério do Trabalho, sob a denominação catador de material reciclável, código 5192-058. Com essa inclusão, esses tipos de trabalhadores poderão ter acesso à carteira assinada quando trabalharem como empregados, por exemplo, assim como inscrição no Instituto Nacional de Seguridade Social, dentre outros direitos.

A realidade é que os catadores de materiais recicláveis normalmente trabalham autonomamente, em condições subumanas de trabalho, como efetivos empregados, sem que tenham qualquer tipo de direito trabalhista ou previdenciário.

Tais trabalhadores exercem atividade em péssimas condições, visto que manuseiam resíduos sem utilizar qualquer equipamento de proteção individual, o que os deixa sujeitos a diversos tipos de doenças, uma vez que o local é propício para infestação de roedores, insetos, e pode haver materiais que não são adequadamente descartados, como vidros e seringas; afastando, ainda mais, essas pessoas de um trabalho digno, pois o direito à saúde do trabalhador implica um ambiente laboral salubre e em condições dignas.

Assim sendo, os catadores são pessoas totalmente discriminadas em face da atividade que executam. Trabalham na informalidade, sem qualquer garantia.

Intermediando a mão de obra dos catadores de materiais recicláveis existe, geralmente, o sucateiro, que explora essas pessoas, comprando o que coletam a preço vil e vendendo por um preço muito mais alto à indústria da reciclagem.

Sobre o assunto, aduz Magera (2003):

A rotina diária do catador muitas vezes ultrapassa doze horas ininterruptas; um trabalho exaustivo, visto as condições a que estes indivíduos se submetem, como seus carrinhos puxados pela tração humana, carregando por dia mais de 200 quilos de lixo (cerca de 4 toneladas por mês), e percorrendo mais de vinte quilômetros por dia, sendo, no final, muitas vezes explorados pelos donos dos depósitos

de lixo (sucateiros) que, num gesto de paternalismo, trocam os resíduos coletados do dia por bebida alcoólica ou pagam-lhe um valor simbólico insuficiente para sua própria reprodução como catador de lixo. (MAGERA, 2003, p. 34).

A Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos demonstra uma clara intenção de mudar esse panorama. Em diversas oportunidades, preconiza a possibilidade de os catadores terem os seus direitos, como trabalhadores, garantidos. Como exemplo, um dos instrumentos da mencionada lei é o incentivo à criação e ao desenvolvimento de cooperativas ou de outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis.

A União e Estados serão responsáveis, conforme previsão na lei, pela elaboração de um plano de resíduos sólidos e, em todos os casos, verifica-se a preocupação com a situação dos catadores de materiais recicláveis, pois tais planos têm como conteúdo mínimo, dentre outras situações, metas para a eliminação e recuperação de lixões, associadas à inclusão social e à emancipação econômica de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis.

4. A COLETA SELETIVA COMO INSTRUMENTO DE INCLUSÃO SOCIAL

A coleta de materiais recicláveis é um processo relativamente novo no Brasil e no mundo, a qual surgiu como resposta ao aumento exponencial da geração de resíduos urbanos nas últimas décadas. O crescimento significativo de produtos de baixa durabilidade e de embalagens faz com que a quantidade de resíduos seja cada dia maior.

Os impactos ambientais decorrentes da destinação inadequada dos resíduos e a pressão sobre os recursos naturais pelo consumo e desperdício crescentes levaram à busca de alternativas de gestão dos resíduos que incorporassem os princípios da minimização, reutilização e reciclagem dos materiais.

Reciclagem é um tema que tem sido muito debatido, transformando-se, às vezes, quase num modismo, visto como uma possibilidade concreta, ao alcance de todos para reduzir os graves problemas ambientais que ameaçam o planeta.

A coleta seletiva, que é o primeiro passo para reciclagem, é um processo aparentemente simples, do qual todos podem participar.

Em algumas situações, a coleta seletiva é proposta por “marketing” político ou até mesmo na expectativa de retorno financeiro imediato. Há, também, casos em que um município propõe a implantação desse serviço sem mesmo ter solucionado a coleta regular de resíduo e seu destino adequado.

De acordo com Besen (2006), vários artigos e trabalhos acadêmicos foram publicados ao longo dos últimos anos a partir da observação de experiências brasileiras de coleta seletiva. Constatou-se a importância da implementação de programas municipais em parceria com catadores organizados em associações e cooperativas, o que traz benefícios econômicos, ambientais e sociais. No entanto, esses trabalhos identificaram, também, a fragilidade de ordem econômica, legal, gerencial e organizacional, além da precariedade das condições de trabalho dos catadores.

O que se observa é que as publicações, embora numerosas, não têm sido suficientes para subsidiar tecnicamente a implantação de programas exitosos.

Segundo dados da pesquisa Ciclosoft do CEMPRE — Compromisso Empresarial para a Reciclagem (CEMPRE 2008), 405 municípios

têm programas de coleta seletiva, correspondendo 7% do total dos municípios brasileiros. Ainda conforme a mesma pesquisa do CEMPRE, o custo médio da coleta (R\$376,00/t) é cinco vezes maior do que o da coleta convencional (R\$73,00/t).

É importante lembrar que, no Brasil, a coleta seletiva tem também um forte componente social de combate à pobreza, pela necessidade de apoiar o trabalho dos catadores de materiais recicláveis que ficam nas ruas e nos “lixões” das cidades, de forma a melhorar suas condições de trabalho e aumentar a renda auferida.

A implantação ou fortalecimento de um programa de coleta seletiva em um município trata-se, portanto, de uma questão muito mais complexa do que normalmente se imagina. Demanda uma abordagem intersetorial que integre as áreas de engenharia, departamento ambiental, assistência social e setor econômico. Exige também uma forte atuação educativa para promover a revisão de valores culturais relacionados ao desperdício, que possibilitem a introdução de novas práticas no caso do resíduo gerado cotidianamente.

5. OS CATADORES DE RECICLÁVEIS EM FACE DO PLANO NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS

Embora os catadores desempenhem um papel fundamental na implementação do Plano Nacional de Resíduos Sólidos, eles ainda não possuem o reconhecimento merecido. Conforme registros do Movimento Nacional dos Catadores de Recicláveis, desde meados de 1950, época do possível surgimento da profissão catador de reciclável, até os dias atuais, poucos foram os avanços no que se refere à efetiva valorização desses trabalhadores. Tanto é real o preconceito enfrentado por eles, que o corpo da Lei nº 12.305/2010 prevê a inclusão social, por meio da valorização de seu trabalho, como mecanismo de empoderamento, na tentativa de conferir maior dignidade aos catadores.

Cumprir esclarecer que, às custas de muitas reivindicações, atualmente, a profissão é reconhecida pela Classificação Brasileira de Ocupações.

Na concepção de Gonçalves (2003), há quatro tipos de catadores: os Trecheiros, que vivem no trecho entre uma cidade e outra, e catam resíduos, basicamente latas, para comprar alimentos; os Catadores de Lixão, que se instalam nos lixões ou vazadouros, não possuem jornada fixa de trabalho e muitos deles possuem outras atividades temporárias na construção civil; os Catadores Individuais, que catam por conta própria e preferem trabalhar de maneira independente, percorrendo as ruas das cidades puxando carrinhos, muitas vezes emprestados pelos sucateiros; e os Catadores Organizados, que se estruturam em cooperativas ou ONGs.

De acordo com dados do IBGE (2008), existem, no Brasil, cerca de 70.449 catadores de material reciclável na zona urbana. Destes, 5.636 estão na faixa etária abaixo dos 14 anos e 64.813 estão acima dessa idade. Com base nos dados levantados, não é difícil traçar um perfil para esse trabalhador: pessoas de baixa renda, detentores de pouco ou nenhum grau de estudo e sem qualificação profissional. Trata-se de mulheres, homens, crianças e adolescente, famílias inteiras buscando seu sustento no recolhimento de recicláveis. Estima-se que cerca de 89% do trabalho de produção da matéria-prima que é encaminhada para a indústria é realizado pelos catadores.

6. CONCLUSÃO

A sociedade contemporânea, adaptada ao consumo massivo, tem encontrado dificuldades em acatar a necessária mudança de hábitos em razão da atual situação ambiental do planeta. Considerando a “descoberta” de que os recursos ambientais são finitos e em prol da sobrevivência desta e das próximas gerações, é urgente trabalharmos por uma mudança de paradigmas na forma de nos relacionarmos e de nos colocarmos no mundo.

É urgente este novo olhar para a situação dos resíduos sólidos, sendo certo que, sem o envolvimento de todos - poder público, empresas, sociedade - as perspectivas de redução dos malefícios ambientais, sociais e econômicos trazidos pela disposição inadequada dos resíduos não são positivas. Malgrado o cenário delineado, temos a Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos, instrumento valioso para se organizar o sistema e contribuir para a mudança que se espera.

Para aqueles que laboram com resíduos sólidos, não é diferente, pois a lei demonstra a preocupação, em vários de seus artigos, com a melhoria da qualidade de vida desses trabalhadores, a fim de que deixem de ser explorados no desempenho do trabalho a que se propõem, com subordinação subumana aos atravessadores de mão de obra, e passem a ser estimulados a se associarem, formando cooperativas de trabalho – verdadeiras cooperativas -, a fim de que tenham direitos garantidos.

Ao associar-se, o catador terá oportunidade de gerar sua própria renda, inserindo-se socialmente, tendo condições de proporcionar à sua família uma melhor qualidade de vida, com direito a melhores condições de trabalho, melhor refeição à mesa, melhor educação, mais saúde e acesso a lazer.

7. REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 8. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Júris, 2004.

BESSEN, Gina Rizpah. **Coleta seletiva com inclusão de catadores**: construção participativa de indicadores e índices de sustentabilidade. São Paulo: Faculdade de Saúde Pública/USP, 2011.

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. **Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 22 dez. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. p. 292.

BRASIL. Lei nº 12.305, de 02 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm>. Acesso em: 22 dez. 2017.

CEMPRE. **Guia da coleta seletiva de lixo**. Disponível em: <<http://www.cempre.org.br/>>. Acesso em: 22 dez. 2017.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Pólitá. **A Reciclagem Integradora dos Aspectos Ambientais, Sociais e Econômicos**. Série Economia Solidária, v. 5, Editora Fase, 2003.

GOUVEIA, Nelson. **Saúde e meio ambiente nas cidades**: os desafios da saúde ambiental. 21. ed. World Healthy Organization, 1996.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa Nacional de Saneamento Básico - 2008**. Rio de Janeiro: IBGE, 2008.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Conheça cidade e estados do Brasil**. Disponível em: <<http://cidades.ibge.gov.br/>>. Acesso em: 27 out. 2017.

Lista da Classificação Brasileira de Ocupações, p. 65. Disponível em: <<http://www.mtecbo.gov.br/cbsite/pages/downloads.jsf>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

MAGERA, Márcio. **O caminho do lixo**. São Paulo: Átomo, 2013.

SILVA FILHO, Carlos Roberto Vieira da; SOLER, Fabrício Dorado. **Gestão de Resíduos Sólidos**: o que diz a lei. 3. ed. São Paulo: Trevisan Editora, 2015.

INTERNAÇÕES PSIQUIÁTRICAS DOS DEPENDENTES QUÍMICOS: ATUAÇÃO RESOLUTIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DOS DIREITOS E GARANTIAS DOS USUÁRIOS DE DROGAS

Nayara Arantes da Silva Andrade¹

O aumento significativo do consumo de drogas lícitas e ilícitas no país, com a proliferação das chamadas “cracolândias”, associado à cronicidade dos casos de dependência química, por vezes agravados por outros fatores de vulnerabilidade, como o envolvimento com a prática de delitos, o abandono do emprego, o rompimento de vínculos sociais e familiares, tem provocado crescentes discussões sobre as estratégias de enfrentamento do problema.

No âmbito da saúde, as políticas públicas de saúde mental, fundamentadas em novos pilares a partir das reformas sanitária e psiquiátrica, bem como orientadas pelas diretrizes constitucionais atinentes à garantia dos direitos humanos, em especial a dignidade da pessoa humana, privilegiaram a adoção de medidas extra-hospitalares de tratamento da pessoa com sofrimento ou transtorno mental decorrente do uso de drogas, sendo a medida de internação prevista como último recurso terapêutico para casos agudos, que demandem uma intervenção em um nível de complexidade superior.

Entretanto, não obstante a estruturação de uma complexa rede de atenção psicossocial, as solicitações de medidas de internação psiquiátrica do dependente químico têm se apresentado com frequência cada vez maior ao Ministério Público e ao Judiciário, lançando controvérsia sobre o cabimento e adequação desse recurso, bem como sobre a atuação ministerial resolutiva, nesses casos, de modo a responder aos anseios sociais e a cumprir os objetivos constitucionais e institucionais atinentes à concretização do projeto democrático sustentado pelo princípio da transformação social a partir da concretização dos direitos fundamentais, com ênfase na dignidade da pessoa humana.

1. MEDIDAS DE INTERNAÇÃO PSIQUIÁTRICA: DIRETRIZES DA LEI Nº 10.216/2001

No âmbito da Lei nº 10.216/2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental, estão previstas três modalidades de internação psiquiátrica: voluntária, involuntária e compulsória.

Na internação voluntária, o paciente manifesta, expressamente e por escrito, a opção por esse recurso, o qual deve ser indicado por laudo médico fundamentado, devendo a vaga em hospital geral ou em leito especializado de psiquiatria ser disponibilizada pelo gestor de saúde, com responsabilidade sanitária sobre os serviços de leitos hospitalares.

A internação involuntária, por sua vez, ocorre nos casos em que há laudo médico fundamentado, concordância do responsável pelo paciente em relação à medida, não aceitação do usuário pelo tratamento ou impossibilidade deste de expressar o seu consentimento e disponibilização de vaga pelo gestor de saúde.

Cumpra salientar que tanto a internação voluntária quanto a involuntária devem ser autorizadas por médico registrado no Conselho Regional de Medicina do Estado onde se localize o estabelecimento de tratamento, conforme exigência do art. 8º, *caput*, da Lei nº 10.216/2001.

Além disso, a internação involuntária deve ser comunicada ao Ministério Público no prazo de 72 horas, e o seu término pode se dar por solicitação escrita do familiar responsável ou quando indicado pelo especialista responsável pelo tratamento, devendo o mesmo procedimento ser observado por ocasião da alta médica (art. 8º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 10.216/2011).

Por sua vez, a internação compulsória independe da vontade do paciente e de seu responsável legal; requer a existência de ação judicial que obedeça ao devido processo legal e não está vinculada à disponibilização prévia de vaga pelo gestor do SUS, sendo aplicada por decisão judicial “de acordo com legislação vigente”, consoante previsto no art. 9º da Lei nº 10.216/2001.

Neste ponto, convém lembrar e advertir que a medida de internação deve ocorrer somente quando esgotados os recursos extra-hospitalares disponíveis, objetivando o tratamento e a reinserção social do paciente, de modo a resguardar os direitos fundamentais das pessoas portadoras de transtornos mentais, em sintonia com o modelo assistencial previsto pela própria Lei nº 10.216/2011.

Nesse contexto, a opção pelo recurso de internação, seja na modalidade voluntária, seja na involuntária, em casos de consumo abusivo de drogas lícitas e ilícitas, é decisão privativa dos profissionais de saúde, que, avaliando a gravidade de cada caso, possuem condições de indicar a medida, não sendo plausível a interferência jurisdicional, a não ser nos casos de negativa de prestação de atendimento adequado ou de inexistência de leitos de internação, após autorização médica, quando podem ser adotadas providências para sanar a indevida omissão estatal, tanto na esfera judicial quanto na extrajudicial.

Desse modo, a internação involuntária não necessita de ordem judicial, podendo ser efetivada a requerimento de familiar ou responsável pelo paciente ou, em caso de impossibilidade de identificação dessas pessoas, por decisão dos profissionais de saúde, mediante a elaboração de laudo médico e disponibilização de vaga pelo gestor de saúde.

A compulsória, no entanto, é decretada pelo juízo, nos previstos e autorizados pela legislação vigente, os quais são: (I) Medida de Segurança: prevista no Código Penal e no Código de Processo Penal e determinada pelo juiz do processo criminal, nos casos de atos típicos e ilícitos cometidos por pessoa penalmente inimputável; (II) Medida de Segurança Intercorrente: descrita na Lei de Execuções Penais, aplicada na fase de execução da pena, pelo juízo de execução criminal; (III) Medida Socioeducativa: indicada no artigo 112, VII, cumulada com o artigo 101, V, do Estatuto da Criança e do

¹ Analista do Ministério Público de Minas Gerais.

Adolescente, para o caso de adolescente em conflito com a lei, a ser decretada pelo Juízo da Vara da Infância e Juventude, no processo de ato infracional; (IV) Medida de Proteção: prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 101, inciso V, na hipótese de criança ou adolescente em condição de risco social, a ser decretada pelo Juízo da Vara da Infância e Juventude; (VI) Medida de Proteção de Idoso, estabelecida no Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741/2003, nos artigos 43 e 45, inciso III, a ser decretada pelo juízo cível a requerimento do Ministério Público¹.

Com isso, evidencia-se que a internação compulsória não pode ser empregada como mecanismo de acesso à saúde, o que ofenderia os direitos fundamentais das pessoas, em especial o direito à liberdade, por caracterizar indevida privação de liberdade ou constrangimento ilegal, fora das hipóteses autorizadas pela legislação, além de contrariar a própria orientação das políticas públicas de saúde mental, que priorizam medidas extra-hospitalares e vinculam a internação à expressa indicação de um profissional de saúde, após o esgotamento das alternativas menos invasivas.

Do mesmo modo, conforme defende Luciano Moreira², a internação compulsória não é instrumento de admissão no sistema de assistência à saúde, e a sua utilização equivocada pode acarretar situações inusitadas e graves:

Admitindo-se a orientação de que a internação compulsória pode ser utilizada como forma de assegurar assistência à saúde pode-se chegar a situações inusitadas e graves. De início, se a internação psiquiátrica depende de indicação médica e se esta já existe – seja obtida pelo paciente, por pessoa de sua família ou após o contato dele com o sistema de saúde – não há necessidade de ordem judicial. Pode ser feita voluntária ou involuntariamente, conforme se obtenha ou não consentimento da pessoa. O ajuizamento de demanda nessa hipótese não atende a umas das condições da ação e leva à extinção do processo, sem resolução de mérito, por ausência de pressuposto processual (artigo 267, VI, do CPC). De outro lado, admitindo-se a internação compulsória para tratamento, a alta do paciente fica sujeita a uma ordem ou alvará de desinternação? Ora, referida situação, novamente, transgredir de forma frontal os direitos do usuário, pois se abre a possibilidade de existência de decisão médica de alta hospitalar da pessoa, que não pode ser efetivada por falta de autorização judicial. Esta, sim, seria situação de constrangimento ilegal, passível de correção por via de *habeas corpus* (artigo 5º, LXVIII, da Constituição), assim como toda e qualquer internação não consentida feita em desconformidade com o ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição) e o direito à liberdade (artigo 5º, *caput*, da Constituição).

Porém, em que pese o entendimento defendido, há diversos posicionamentos em sentido contrário, e muitos Promotores de Justiça são favoráveis ao ajuizamento de Ação Ordinária de Internação Compulsória para dependentes químicos.

As ações são ajuizadas com base na legitimidade do Ministério Público para atuar na defesa do direito individual indisponível do dependente químico, muitas vezes ao argumento de resguardar sua saúde e proteger sua vida e de sua família. Na maioria das

ações, a sentença é de procedência do pedido, que é confirmada pelos tribunais.

Cabe destacar que os entendimentos pontuados convergem no sentido de que a internação compulsória é medida excepcional, devendo ter sua necessidade e imprescindibilidade comprovadas quando frustradas as alternativas de tratamento ambulatorial, por tratar-se de medida coercitiva extrema.

2. MUDANÇA DE PARADIGMA: DE UM MINISTÉRIO PÚBLICO DEMANDISTA PARA UM MINISTÉRIO PÚBLICO RESOLUTIVO

A Constituição Federal de 1988 inseriu o Ministério Público no Título IV, intitulado “Da Organização dos Poderes”, em seção própria, dentro do capítulo denominado “Das Funções Essenciais à Justiça”, definindo-o, em seu artigo 127, como

instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Com efeito, para o cumprimento desse objetivo constitucional estratégico, de caráter geral, que norteia não só a atividade ministerial, como de todas as instituições estatais, a sociedade civil e os próprios indivíduos, bem como de sua missão institucional de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses individuais e coletivos, o Ministério Público precisa ir além da mera atuação jurisdicional, assumindo postura resolutiva no desempenho de suas atribuições, de modo a agir como verdadeiro agente político³ e como canal fundamental de acesso à justiça⁴, especialmente para aquela parcela da população mais carente e necessitada, a exemplo dos usuários de álcool e drogas.

Na nova ordem constitucional, foi reservado papel fundamental ao Ministério Público, enquanto instituição permanente de acesso à ordem jurídica justa. Neste cenário, o Ministério Público caracteriza-se como verdadeiro agente político canalizador das demandas sociais, e seus membros definem-se como trabalhadores sociais vinculados ao propósito de resgate da cidadania, aprofundamento da democracia e solução dos conflitos, a partir da recontextualização do direito posto pela nova visão de mundo e pelo novo projeto constitucional de cunho transformador⁵.

Entretanto, para o cumprimento de suas finalidades, é imprescindível a adoção de uma postura efetiva e correspondente à altura das atribuições conferidas, sob pena de culminar em fracasso da própria missão institucional. Diante disso, dentro do novo perfil constitucional, Marcelo Goulart destaca a existência de dois modelos distintos de Ministério Público: o demandista e o resolutivo.

No primeiro modelo (demandista), o Ministério Público tem como horizonte a atuação jurisdicional, ou seja, consiste em mero agente processual, que se limita ao ajuizamento de ações, à intervenção como *custus legis*, à instauração de procedimentos administrativos e inquéritos civis destinados à colheita de elementos para embasamento de futuras pretensões jurisdicionais, transferindo, portanto, ao Poder Judiciário, via

1 FERREIRA, Ângelo Mazzuchi Santana. **O Ministério Público diante da procura pelas internações psiquiátricas**. Disponível em: <http://www.mppr.mp.br/arquivos/File/Projeto_Semear/Materiais_de_Apoio/Doutrina/Artigo_O_MINISTERIO_PUBLICO_DIANTE_DA_PROCURA_POR_INTERN.pdf>. Acesso em: 16 set. 2017.

2 OLIVEIRA, Luciano Moreira. Atenção à saúde das pessoas usuárias de drogas e internações psiquiátricas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; ALMEIDA, Gregório Assagra; GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; LIMA, Paulo Cesar Vicente; IENACO, Rodrigo. **Direitos Fundamentais das Pessoas em Situação de Rua**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014, p. 491.

3 GOULART, Marcelo Pedroso. **Elementos para uma teoria geral do Ministério Público**. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 127.

4 ALMEIDA, Gregório Assagra. **O Ministério Público no Neoconstitucionalismo**: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. Disponível em: <http://www.mp.gov.br/portalweb/hp/10/docs/o_mp_no_neoconstitucionalismo1.pdf>. Acesso em: 20 set. 2017.

5 GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e democracia**: teoria e práxis. São Paulo: Editoria de Direito, 1998, p. 96.

ação, em especial a ação civil pública, as questões que lhe são apresentadas pela sociedade. E o resultado desse arquétipo ainda prevalente é desastroso, pois o Judiciário, em regra, não responde adequadamente às demandas, sobretudo aquelas que envolvem direitos/interesses difusos e coletivos, comprometendo a efetivação das normas constitucionais⁶.

Com efeito, em contraposição a esse modelo anacrônico e em processo de superação, apresenta-se o Ministério Público resolutivo, em fase de construção. Nesse novo paradigma, que deve levar às últimas consequências o princípio da autonomia funcional, o *Parquet* não pode ficar dependente das decisões judiciais, devendo atuar de forma direta nas questões referentes aos interesses sociais, coletivos, difusos e individuais homogêneos, lançando mão de todos os recursos extrajudiciais (políticos e administrativos) à sua disposição para a resolução dos casos e concretização dos direitos fundamentais⁷.

No mesmo sentido, Gregório Assagra de Almeida salienta a importância da atuação extrajudicial, com o emprego de instrumentos como o inquérito civil, o termo de ajustamento de conduta, as recomendações, as audiências públicas, entre outros, para a proteção e efetivação dos direitos e interesses fundamentais, advertindo que a transferência para o Poder Judiciário, por meio da judicialização, não tem se mostrado eficaz, pois, em muitos casos, este não tem atuado na forma e no rigor esperados pela sociedade⁸.

Portanto, o Ministério Público resolutivo é o canal fundamental para o acesso da sociedade, especialmente a camada menos favorecida, a uma ordem jurídica justa, de tutela efetiva dos direitos e garantias fundamentais.

Nessa sintonia, insta destacar que a mudança de paradigma de atuação ministerial foi objeto de amplos debates pela Corregedoria Nacional do Ministério Público, em conjunto com as Corregedorias-Gerais dos Estados e da União, culminando na adoção da Carta de Brasília, em 22 de setembro de 2016, a qual trouxe importantes diretrizes para a modernização do controle da atividade extrajudicial pelas Corregedorias, bem como para o fomento à atuação resolutiva do Ministério Público Brasileiro, evitando-se a propositura de ações judiciais.

Assim, dias após a aprovação da Carta de Brasília, em consonância com as diretrizes consagradas nesse documento, a Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado de Minas aprovou o seu novo Regimento Interno⁹, dispondo em seu artigo 204 que, nas atividades avaliativas dos membros, deve ser superada a priorização da atuação judicial, considerando a totalidade dos mecanismos de atuação extrajudicial (realização de audiências, palestras, reuniões e medidas de inserção social).

E, ainda, consolidando esse entendimento e já seguindo as orientações da Carta de Brasília, ressalta-se o recente Ato n° 3, de 3 de março de 2017, da Corregedoria-Geral do Ministério Público

6 GOULART, Marcelo Pedrosa. **Ministério Público e democracia**: teoria e práxis. São Paulo: Editoria de Direito, 1998, p. 119.

7 GOULART, Marcelo Pedrosa. **Ministério Público e democracia**: teoria e práxis. São Paulo: Editoria de Direito, 1998, p. 120-121.

8 ALMEIDA, Gregório Assagra. **O Ministério Público no Neoconstitucionalismo**: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. p. 13. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/10/docs/o_mp_no_neoconstitucionalismo1.pdf>. Acesso em: 20 set. 2017.

9 CORREGEDORIA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Regimento Interno da Corregedoria-Geral do Ministério Público**. 28 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://intranet.mppmg.mp.br/intranetmpmg/institucional/corregedoria-geral>>. Acesso em: 25 set. 2017.

de Minas Gerais, o qual trouxe novos parâmetros e métodos avaliativos, baseados em uma atuação ministerial resolutiva, a serem aplicados nas correições ordinárias, apontando, desse modo, para a superação do modelo demandista e a sua substituição pelo resolutivo.

3. ATUAÇÃO MINISTERIAL RESOLUTIVA DIANTE DA CRESCENTE DEMANDA POR INTERNAÇÕES PSIQUIÁTRICAS NOS CASOS DE DEPENDÊNCIA QUÍMICA

A partir desta nova ótica de atuação ministerial, conforme estudo realizado por Ângelo Mazzuchi, as seguintes situações são algumas das frequentemente levadas ao Ministério Público pelo usuário do SUS, seus familiares e/ou profissionais da rede, como hipóteses justificadoras dos pedidos de internação psiquiátrica dos dependentes químicos: (I) recusa do paciente em ir até o serviço de saúde; (II) negativa do paciente já avaliado em ir até o hospital psiquiátrico; (III) negativa do hospital psiquiátrico em aceitar paciente que não deseja a internação; e (IV) indisponibilidade de vaga em hospital psiquiátrico pelo gestor de saúde competente¹⁰.

Nesse sentido, podem ser utilizadas diversas estratégias extrajudiciais pelo órgão ministerial, em consonância com novo paradigma institucional resolutivo, possibilitando a resolução efetiva e democrática do conflito.

Em relação à recusa do paciente de comparecer à unidade de saúde para avaliação inicial e definição do tratamento, pode ser requisitado que as equipes de atenção básica realizem uma abordagem do paciente no local em que este se encontra. As equipes da Estratégia Saúde da Família (ESF) ou do serviço dos “consultórios de rua”, por exemplo, possuem condições de acesso a esses usuários, inclusive aqueles em situação de rua, podendo identificar suas necessidades, ofertando ações e cuidados de saúde, bem como possibilitando seu encaminhamento aos demais pontos da rede, conforme as particularidades de cada caso.

No tocante à negativa do paciente já avaliado em iniciar o tratamento hospitalar, conforme indicação médica, verificada em relatório circunstanciado que esclareça a imprescindibilidade da medida, diante da ineficácia dos recursos ambulatoriais, o *Parquet* pode atuar como agente de integração da rede, articulando com demais serviços e instituições, como o SAMU e a Polícia Militar, para a contenção e medicação, em caso de necessidade, com o devido encaminhamento do paciente à unidade hospitalar.

Outrossim, nos casos de recusa do hospital em receber o paciente que não deseja a internação, não obstante o cumprimento das exigências legais, dispõe o Ministério Público de recursos como: realização de reuniões, elaboração de recomendações, orientação, entre outros.

Ademais, na hipótese de recusa do gestor do SUS em disponibilizar vaga para a internação do paciente usuário de drogas, mesmo após o esgotamento das medidas extra-hospitalares, cabe ao Ministério Público a expedição de ofício ao gestor de saúde, municipal e/ou estadual, de acordo com pacto de gestão local, requisitando a liberação de leito hospitalar. Entretanto, caso não seja atendida a requisição ministerial e exauridas as ações em nível político-administrativo, não restaria alternativa senão o ajuizamento da demanda, em face do Poder Público, para a obrigação de fazer de disponibilização de vaga para internação psiquiátrica, seja ela

10 FERREIRA, Ângelo Mazzuchi Santana. **O Ministério Público diante da procura pelas internações psiquiátricas**. Disponível em: <http://www.mppr.mp.br/arquivos/File/Projeto_Semear/Materiais_de_Apoio/Doutrina/Artigo_O_MINISTERIO_PUBLICO_DIANTE_DA_PROCURA_POR_INTERN.pdf>. Acesso em: 16 set. 2017.

voluntária (com o consentimento expresso do paciente), seja ela involuntária (sem a concordância do paciente, a pedido de um terceiro, que pode ser tanto familiar como profissional de saúde – Lei nº 10.216/2001).

Nesse momento, deve-se esclarecer que o pedido judicial refere-se a uma obrigação de fazer (disponibilizar o leito) e não à ação ordinária de internação compulsória, a qual, conforme pontuado anteriormente, só é cabível nas hipóteses admitidas pela legislação, ou seja, nos casos de: (I) Medida de Segurança (Código Penal e Código de Processo Penal); (II) Medida de Segurança Intercorrente (Lei de Execuções Penais); (III) Medida Socioeducativa (art. 112, VII, cumulada com o artigo 101, V, do Estatuto da Criança e do Adolescente); (IV) Medida de Proteção (art. 101, inciso V, do Estatuto da Criança e do Adolescente); e (VI) Medida de Proteção de Idoso (Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741/2003, nos arts. 43 e 45, inciso III).

CONCLUSÃO

Diante das considerações expostas, são crescentes desafios ao Poder Público, à sociedade em geral e ao Ministério Público, na busca de estratégias adequadas para enfrentamento do problema, a partir de uma perspectiva resolutiva, alinhada às diretrizes constitucionais e à garantia dos direitos fundamentais da pessoa com sofrimento ou transtorno mental associado ao uso de substâncias psicoativas.

Nesse diapasão, deve-se reiterar que a medida de internação possui caráter excepcional, e o ajuizamento de ação, pelo Ministério Público, somente é possível em casos específicos, como *ultima ratio*, para a garantia dos direitos fundamentais do dependente químico, após o esgotamento das intervenções extra-hospitalares e mediante relatório médico circunstanciado demonstrando a necessidade desse mecanismo de tratamento.

Com efeito, para além das intervenções nos casos pontuais supramencionados, o Ministério Público, como instituição vocacionada para a defesa dos direitos individuais e coletivos, dentre eles a defesa da saúde, tem o dever de exigir dos Poderes Públicos a devida implementação da rede de atenção psicossocial, em todos os seus níveis (atenção básica, secundária e terciária), mobilizando a sociedade civil para participação no debate e possibilitando a concretização do projeto constitucional.

Cabe ainda ao Ministério Público a utilização de instrumentos adequados para atender as reais necessidades dos dependentes químicos e de seus familiares, valendo-se de uma atuação preventiva no meio social e junto às famílias, para evitar que ocorra a dependência geradora de problemas e de riscos para as pessoas nessa situação de degradação humana.

Uma atuação efetiva deve ser intersetorial e em rede, abrangendo: a prevenção, (orientação; palestras em escolas; mapeamento dos locais de maior incidência no consumo de drogas; elaboração de cartilhas educativas e articulação com as equipes de saúde e assistência social), a recuperação (garantindo o aperfeiçoamento e efetividade dos serviços socioassistenciais e especializados aos dependentes e às famílias, garantindo acesso aos tratamentos dos Centros de Atenção Psicossocial) e a repressão ao tráfico de drogas com o apoio da sociedade (estimular denúncias, buscar dados junto às autoridades policiais quanto aos locais de apreensões de drogas nos municípios com o fim de se planejar estratégias adequadas).

Para a concretização deste trabalho em rede, o membro do Ministério Público pode se valer da instauração de Procedimento para Implementação e Promoção de Projeto Social – PROPS, que

tem previsão na Resolução Conjunta PGJ CGMP nº 3, de 31 de março de 2011¹¹.

Assim, enfatizando o respeito à autonomia do dependente químico e pautando-se no caráter excepcional das internações psiquiátricas, é importante que o Ministério Público, de acordo com a realidade social apresentada, busque uma atuação criativa, assumindo uma postura verdadeiramente resolutiva. Nesse sentido, além da possibilidade de utilização do PROPS, a instituição vem mostrando essas preocupações, inclusive ao traçar o seu plano geral de atuação.

Nessa esteira, compete ao Ministério Público atuar como agente integrador e mediador, buscando identificar as deficiências da rede de atenção, construindo soluções, em conjunto com o Poder Público e a sociedade, com base do diálogo efetivo, de modo a possibilitar a concretização das políticas públicas de saúde mental e de materialização do projeto constitucional de transformação da realidade social.

Desse modo, deve-se superar a visão anacrônica de um Ministério Público demandista, limitado à atuação jurisdicional, seja como autor de demandas, seja como *custus legis*, em uma lógica de transferência ao Poder Judiciário que não tem se mostrado efetiva para a solução das demandas envolvendo direitos/interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Destarte, a atuação do Ministério Público diante da crescente demanda por internações psiquiátricas, em sintonia com o perfil resolutivo, deve primar pelo emprego de todos os recursos extrajudiciais disponíveis, recorrendo à esfera judicial somente de modo residual. Em outras palavras, o Ministério Público, no tocante à problemática apresentada, deve atuar como mediador na saúde e como agente de integração entre o usuário, a família, o Poder Público e a comunidade, de modo a promover a atenção adequada com a garantia do acesso integral à saúde do dependente químico e sua reinserção social, levando-se em consideração seus direitos fundamentais, sobretudo a dignidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo:** superação da “summa divisio” direito público e direito privado por uma nova “summa divisio” constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 135.

ALMEIDA, Gregório Assagra. **O Ministério Público no Neoconstitucionalismo:** perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/10/docs/o_mp_no_neoconstitucionalismo1.pdf>. Acesso em: 20 set. 2017.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Temas Atuais do Ministério Público.** 6. ed. Salvador: Juspodium, 2016, p. 55-120.

AMARANTE, Paulo Duarte de Carvalho. Saúde mental, desinstitucionalização e novas estratégias de cuidado. In: GIOVANELLA, Lígia; SCOREL, Sarah; LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa; NORONHA, José de Carvalho; CARVALHO, Antônio Ivo. **Políticas e Sistemas de Saúde no Brasil.** Rio de Janeiro: Editora FioCruz, 2008, p. 635-641.

¹¹ PROCURADORIA GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. CORREGEDORIA GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Resolução Conjunta PGJ/CGMP nº 3, de 31 de março de 2011. Disponível em: <<http://www-antigo.mpmg.mp.br/portal/public/interno/arquivo/id/26410>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

BRASIL. Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm>. Acesso em: 10 set. 2017.

BRASIL. Lei nº 10.708, de 31 de julho de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.708.htm>. Acesso em: 11 set. 2017.

BRASIL. Portaria GM/MS nº 336, de 19 de fevereiro de 2002. Disponível em: <http://www.saude.mg.gov.br/images/documentos/Portaria_336.pdf>. Acesso em: 11 set. 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Direitos dos Usuários dos Serviços e das Ações de Saúde no Brasil** - Legislação Compilada. Brasília: Ed. MS, 2007.

CAPEZ, Fernando. **Drogas: Internação Compulsória e Educação**. Disponível em: <http://capez.taisei.com.br/capezfinal/index.php?secao=27&con_id=5921>. Publicado com exclusividade no jornal Folha de S. Paulo. Acesso em: 2 fev. 2017.

COSTA, Augusto César de Faria. **Direito, Saúde Mental e Reforma Psiquiátrica, Direito Sanitário e Saúde Pública**. Brasília: Ministério da Saúde, 2003, v. I, p. 143-188.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça**. 15 de maio de 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENARIA_15_5_14_r.pdf>. Acesso em: 16 set. 2017.

CORREGEDORIA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Carta de Brasília**. 22 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/corregedoria/carta-de-brasilia>>. Acesso em: 21 set. 2017.

CORREGEDORIA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Ato CGMP nº 3, de 3 de março de 2017. Disponível em: <<https://www.mpmg.mp.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A91CFA95C77453B015C79801F8A40B5>>. Acesso em: 22 set. 2017.

CORREGEDORIA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Regimento Interno da Corregedoria-Geral do Ministério Público**. 28 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://intranet.mpmg.mp.br/intranetmpmg/institucional/corregedoria-geral>>. Acesso em: 25 set. 2017.

FERREIRA, Ângelo Mazzuchi Santana. **O Ministério Público diante da procura pelas internações psiquiátricas**. Disponível em: <http://www.mppr.mp.br/arquivos/File/Projeto_Semear/Materiais_de_Apoio/Doutrina/Artigo_O_MINISTERIO_PUBLICO_DIANTE_DA_PROCURA_POR_INTERN.pdf>. Acesso em: 16 set. 2017.

FERREIRA, Pablo Henrique de Abreu. **A Constitucionalidade da Internação Compulsória dos Usuários Dependentes Químicos de Drogas**. Distrito Federal, 2013. Disponível em: <<http://twingo.ucb.br/jspui/bitstream/10869/2342/1/Pablo%20Henrique%20de%20Abreu%20Ferreira.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2017.

GOULART, Marcelo Pedroso. **Elementos para uma teoria geral do Ministério Público**. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e democracia: teoria e práxis**. São Paulo: Editoria de Direito, 1998.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria GM/MG nº 3.088, de 23 de

dezembro de 2011. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt3088_23_12_2011_rep.html>. Acesso em: 15 set. 2017.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Relatório Final da VIII Conferência Nacional de Saúde**. 17 a 21 de março de 1986. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf>. Acesso em: 10 set. 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Lei Complementar nº 34/1994: Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <<https://www.mpmg.mp.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Plano Geral de Atuação Finalístico: 2016-2017**. Caderno I. Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <https://transparencia.mpmg.mp.br/arquivo/planejamento_estrategico/dados_gerais_de_acompanhamento/pga_finalistico/PGA-Finalistico-2016-2017-Caderno-II-Metodologia.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO. Lei n.8.625/1993: Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm>. Acesso em: 20 nov. 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO. Lei Complementar nº 75/1993. **Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp75.htm>. Acesso em: 20 nov. 2017.

OLIVEIRA, Luciano Moreira. Atenção à saúde das pessoas usuárias de drogas e internações psiquiátricas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; ALMEIDA, Gregório Assagra; GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; LIMA, Paulo Cesar Vicente; IENNACO, Rodrigo. **Direitos Fundamentais das Pessoas em Situação de Rua**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2. ed., 2014, p. 474.

PINHEIRO, Gustavo Henrique de Aguiar. **O Devido Processo Legal de Internação Psiquiátrica Involuntária na Ordem Jurídica Constitucional Brasileira**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20292/o-devido-processo-legal-de-internacao-psiquiatrica-involuntaria-na-ordem-juridica-constitucional-brasileira>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

PROCURADORIA GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. CORREGEDORIA GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Resolução Conjunta PGJ/CGMP nº 3, de 31 de março de 2011. Disponível em: <<http://www-antigo.mpmg.mp.br/portal/public/interno/arquivo/id/26410>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

SANTOS, Lenir. **Sistema Único de Saúde: os desafios da gestão interfederativa**. Campinas: Saberes Editora, 2013, p. 56-65.

SANTOS, Marcelo Henrique dos. **O Ministério Público e seu papel articulador junto ao SUS: manual operacional básico**. Goiânia: ESMP, 2011, p.105-107.

STRECK, Lenio Luiz. Superando os diversos tipos de positivismo: porque hermenêutica é applicatio? **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**. 2014.

VARELLA, Dráuzio. **Internação Compulsória**. Disponível em: <<http://drauziovarella.com.br/dependencia-quimica/internacao-compulsoria-2>>. Publicado em fevereiro de 2013. Acesso em: 6 dez. 2016.

LIMITAÇÕES À PUBLICIDADE DIRECIONADA AO PÚBLICO INFANTIL NO DIREITO BRASILEIRO

Chillen Peixoto de Moura

1. INTRODUÇÃO

A atividade publicitária faz parte do cotidiano, encontra-se presente em todos os lugares, utilizando-se de diversos meios. Trata-se de uma espécie de comunicação social que desperta a vinculação comercial entre fornecedor e consumidor, a partir da apresentação/divulgação de produtos/serviços no mercado de consumo, com intuito de vendê-los e, com isso, obter lucro.

Diante da situação de hipervulnerabilidade da criança, sendo esta constantemente atraída aos chamamentos publicitários, que visam tão somente à venda de produtos e à contratação de serviços e que, portanto, induzem o público infantil a consumir cada vez mais, faz-se necessária uma análise sobre o tema e sobre eventual regulação existente nesse sentido que vise a limitar tais práticas e, conseqüentemente, punir seus infratores com maior veemência.

Nesse contexto, o presente trabalho visa a fazer um estudo que verifique os limites impostos pelo Direito brasileiro à atividade publicitária direcionada ao público infantil. Para tanto, far-se-á um levantamento a respeito da normatização pertinente, especialmente a Lei nº 8.078/1990 - Código de Defesa do Consumidor (CDC), o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBAP) do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), a Resolução nº 163/2014 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) e o Projeto de Lei nº 5.921/2001.

Para justificar o presente estudo, poderia se utilizar de diversos argumentos, dentre eles, o fato de a sociedade se encontrar em meio a uma expansão tecnológica, que, não obstante ter trazido avanços para o conhecimento, facilitou aos fornecedores a apresentação de seus produtos/serviços no mercado de consumo, de forma avançada e estratégica, às vezes agressiva, influenciando as pessoas a consumirem, muitas vezes, sem necessidade. Aliado a isso, quando se trata da criança, ser ainda em formação e, portanto, sem discernimento suficiente para fazer suas escolhas, mas que se comporta de acordo com o que lhe é passado pelo meio onde vive (pais, amigos, meios de comunicação etc.), esta se torna alvo fácil do teor persuasivo da publicidade, que visa tão somente a concretizar a venda de produtos e/ou a contratação de serviços.

Nesse diapasão, o tema em estudo revela-se em extrema relevância social, posto que o direcionamento de informações publicitárias ao público infantil não somente influencia a criança ao consumo desenfreado, mas também pode trazer outras conseqüências negativas diversas.

Diante do exposto, a problemática que norteia este estudo é verificar quais as restrições e/ou os impedimentos impostos pelo Direito brasileiro à atividade publicitária direcionada ao público infantil e se estas são suficientes para controlar essa comunicação mercadológica e, caso não o sejam, sugerir como solução a aprovação do Projeto de Lei nº 5.921/2001 e/ou a criação de uma legislação específica.

2. RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA À ATIVIDADE PUBLICITÁRIA QUE TENHA COMO ALVO A CRIANÇA

Em consulta à legislação brasileira, com o intuito de verificar as limitações impostas à publicidade direcionada ao público infantil, constatou-se a existência de diversos dispositivos legais/infraconstitucionais que tratam o tema direta e/ou indiretamente, que serão citados a seguir, de forma cronológica, sendo, na sequência, comentados: Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, de 5 de maio de 1980 - CONAR; Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988; Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 - CDC; Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997 - estabelece as normas gerais de aplicação de sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078/1990 - CDC; Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - ECA; Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990 - Convenção dos Direitos da Criança; Resolução CNS nº 408, de 11 de dezembro de 2008; Resolução CONANDA nº 163, de 13 de março de 2014; e Projeto de Lei nº 5.921/2001 (em tramitação), que dispõe sobre a publicidade ou propaganda comercial dirigida a crianças e adolescentes.

2.1 Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, de 5 de maio de 1980

Em 5 de maio de 1980, foi criado o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR) (CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA, 1980). Nele, consta uma seção explícita e específica abordando a questão dos anúncios publicitários dirigidos a crianças e jovens (seção 11), vedando que os referidos anúncios, que visam ao chamamento para o consumo, sejam direcionados diretamente à criança.

Além disso, a publicidade deverá prezar pela segurança e bons hábitos da criança, respeitando suas características psicológicas (insuficiência de discernimento). O referido código veda, dentre outras,

a ação de merchandising ou publicidade indireta contratada que empregue crianças, elementos do universo infantil ou outros artifícios com a deliberada finalidade de captar a atenção desse público específico, qualquer que seja o veículo utilizado. (CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA, 1980).

Quanto às infrações, são previstas as penalidades de advertência, recomendação de alteração, correção ou sustação de divulgação do anúncio, e

divulgação da posição do CONAR com relação ao Anunciante, à Agência e ao Veículo, através de Veículos de comunicação, em face do não acatamento das medidas e providências preconizadas. (CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA, 1980).

Todavia, não obstante a importância do CONAR, este possui um foco corporativista, o que gera impunidade, sendo considerado uma espécie de “tribunal de exceção”:

O CONAR é um órgão privado que existe já há algum tempo no Brasil, que presta um serviço muito importante, mas é um órgão corporativo, é um órgão que foi criado e é mantido por representantes do setor publicitário.

Muitas vezes, o dano já é feito e, quando o CONAR determina que aquela peça saia do ar, a campanha já terminou, e nós temos aí uma impunidade, muitas vezes, no caso de uma publicidade que causou algum prejuízo para a sociedade.

Durante o regime militar, foram criados tribunais militares para julgar os militares, e isso era considerado um tribunal de exceção, um privilégio, e, de certa forma, o que o CONAR propõe hoje é isso (transcrição nossa) (GUIMARÃES, 2008, 41min23s).

Nesse sentido, Barros Filho (2008, 42min23s) critica, de forma irônica, a ação do CONAR ao afirmar que:

dispor que uma campanha vai sair do ar daqui quatro semanas é mais ou menos dizer: fique tranquilo, no momento que ela iria sair do ar, ela vai sair do ar mesmo, e nós, nesse momento, diremos para que ela se retire (transcrição nossa).

Em complemento à crítica acima, Dias (2009, p. 25) salienta que, por não possuir poder legal, a atuação do CONAR se torna “restrita e ineficiente”. Contextualizando, ele reflete sobre a publicidade de bebidas, posto que, não obstante a legislação proibir a venda de bebidas alcoólicas a menores de 18 anos, o código de autorregulamentação publicitária

prevê que publicidades de cerveja não podem ser atrativas para o público jovem. E quase todas elas são. Usam humor, linguagem juvenil e até símbolos e personalidades que atraem esse público. (DIAS, 2009, p. 29).

Quanto à publicidade de bebidas, não há uma norma brasileira que a restrinja, sendo que “o único controle é do CONAR”, o que é criticado por ele:

A minha visão crítica é a seguinte: as normas de autorregulamentação são limitadas, embora representem algum avanço. Mas a aplicação e a fiscalização dessas normas pelo Conar são totalmente falhas. O Conar não tem uma preocupação realmente efetiva em fiscalizar. Não tem poder porque não pode aplicar multas. Ele não pode, sequer, determinar alguma coisa. Ele apenas recomenda. E, mesmo assim, faz de maneira bastante tímida. Muitas vezes, o Conar fiscaliza a questão da concorrência – se alguma marca se sentiu lesada pela publicidade de outra. E quando recomenda a suspensão de uma campanha, ela já saiu do ar. Não faz sentido, fica uma coisa inútil. Na prática, essas empresas de cerveja fazem publicidade do jeito que querem. (DIAS, 2009, p. 30).

Diante desse quadro, Dias (2009) enfatiza que um dos principais desafios quanto à regulamentação da publicidade é fazer com que o Código de Autorregulamentação seja aplicado. E, para isso acontecer, é preciso que os órgãos públicos competentes se unam em prol da aplicabilidade dessa regulamentação.

2.2 Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988

Conforme já foi dito, a CF/88 não tratou especificamente a questão da publicidade abusiva, sendo que em seus dispositivos consta a garantia do exercício da atividade publicitária, que se encontra inserida implicitamente na livre iniciativa e na liberdade de informação, sem prever uma limitação expressa para o caso de publicidade abusiva (BRASIL, 1988).

De fato, ao tratar dos Princípios Fundamentais, a CF/88 (Título I, art. 1º) dispõe como fundamentos da República Federativa do

Brasil, entre outros, a dignidade de pessoa humana (inciso III) que, segundo Guimarães (2007), engloba a liberdade e a informação, que se encontram inseridas nos direitos da personalidade, sendo que a liberdade deve ser entendida amplamente, de forma a englobar também o consumidor. Contudo, conforme inciso XXXII, do art. 5º da CF/88, o Estado promoverá a defesa do consumidor.

Ainda em seu art. 1º, no inciso IV, consta como fundamentos, “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”, enfatizado no art. 170, que dispõe que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, dentre outros princípios, o da livre concorrência (IV) e o da defesa do consumidor (inciso V). Além disso, o parágrafo único do mencionado artigo dispõe que

é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização dos órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (BRASIL, 1988).

Conforme se depreende do artigo acima citado, a CF/88 faz uma ressalva quanto à liberdade da atividade econômica, mas esta somente sofrerá limitação caso haja outras normas nesse sentido (eficácia contida).

Em relação à publicidade direcionada ao público infantil, conforme já foi comentado, apesar de a CF/88 não tratar o tema de forma expressa, e o mencionado texto constitucional garantir a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, salientando que esta não sofrerá, em regra, restrição, consoante se denota dos artigos 5º, IX e 220, §2º; há ressalvas, inclusive, nos parágrafos 3º (inciso II) e 4º do mesmo art. 220.

Segundo o inciso II do § 3º, do art. 220, é competência da Lei Federal estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem os princípios da preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; da promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; da regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; e do respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família (art. 221); além de proteção em face da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

Por sua vez, o § 4º do art. 220 estabelece que haverá restrição legal quanto à propaganda comercial de determinados produtos nocivos à saúde (tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias), além da necessidade de o consumidor ser advertido quanto aos malefícios decorrentes de seu uso, sempre que necessário. A mencionada restrição foi regulamentada pela Lei nº 9.294/1996, que proíbe nacionalmente a propaganda comercial de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, com exceção apenas da exposição dos referidos produtos nos locais de vendas, desde que acompanhada das cláusulas de advertência (referidas nos parágrafos 2º, 3º e 4º do art. 3º) e da respectiva tabela de preços, que deve incluir o preço mínimo de venda no varejo de cigarros classificados no código 2402.20.00 da TIPI, vigente à época, conforme estabelecido pelo Poder Executivo (art. 3º). Ressalte-se que o inciso VI, do § 1º, do mencionado artigo estabelece que a propaganda comercial dos produtos fumígenos deverá se ajustar a alguns princípios, dentre estes, o de não incluir a participação de crianças ou adolescentes.

Ademais, o art. 227 da CF/88 estabelece que é dever de todos (família, sociedade e Estado), a proteção integral à criança, garantindo,

entre outros, o direito à educação (que pode ser extensiva à instrução para o consumo), além de protegê-la de qualquer forma de exploração, o que engloba a exploração mercadológica, consistente em aproveitar-se da hipervulnerabilidade da criança, com o fim de obter vantagens/lucro material.

2.3 Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990

O CDC (Lei nº 8.078/1990) assegura a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, informando que a mencionada proteção é considerada um dos direitos básicos do consumidor (art. 6º) (BRASIL, 1990c), sendo que o art. 37 do mencionado diploma legal, em complementação ao referido no art. 6º, veda qualquer publicidade enganosa ou abusiva, além de definir, distinguindo conceitualmente os termos (publicidade enganosa, enganosa por omissão e abusiva), em seus parágrafos 1º, 2º e 3º, enfatizando no § 2º a situação de vulnerabilidade que se encontra a criança devido à sua “deficiência de julgamento e experiência”, que a induza a ter um comportamento prejudicial a si mesma.

Conforme o art. 37, § 2º, do CDC, são consideradas abusivas as publicidades, dentre outras, que se aproveite da deficiência de julgamento e de experiência da criança. E, considerando que toda criança tem deficiência de julgamento (que, em tese, é superada quando o ser humano se torna jovem/adulto), qualquer publicidade destinada à criança é abusiva, devendo ser vedada.

Nesse sentido, no tópico das práticas abusivas, o art. 39 do CDC assevera que

é vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços. (BRASIL, 1990c).

Ainda, ao tratar das sanções administrativas (Capítulo VII), o CDC, em seu art. 55, parágrafo único, dispõe que compete a todos os entes da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) a fiscalização e o controle, dentre outros, da publicidade de produtos e serviços e do mercado de consumo, visando à preservação da vida, da saúde, da segurança, da informação e do bem-estar do consumidor; e, para tanto, baixando as normas que se fizerem necessárias.

Em continuidade, o art. 56 do mencionado código sujeita o infrator das normas de defesa do consumidor a diversas sanções administrativas, tais como multa e/ou imposição de contrapropaganda (estenda-se como contrária à publicidade), cominada esta quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva (art. 60), visando a desfazer o malefício desta, sem prejuízo das demais sanções cabíveis (civil, penal etc.).

Ressalte-se que o Título II do CDC, ao dispor sobre as infrações penais, cita quatro hipóteses em que a publicidade pode ser tipificada penalmente, com base nos artigos 63, 67, 68 e 69. Destes, merece destaque o art. 67, que prevê pena de detenção de três meses a um ano e multa, para quem “fizer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva”.

2.4 Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997

O Decreto nº 2.181/1997 estabelece normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078/1990, ou seja, o referido decreto a regulamenta. No art.14, § 2º desse decreto, há uma repetição do constante no art. 37, § 2º do CDC, posto que dispõe que

é abusiva, entre outras, a publicidade que [...] explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e da inexperiência da criança, [...] ou que viole normas legais ou regulamentares de controle da publicidade. (BRASIL, 1997).

Adiante, em seu art. 19, o referido decreto enfatiza que

toda pessoa física ou jurídica que fizer ou promover publicidade enganosa ou abusiva ficará sujeita à pena de multa, cumulada com aquelas previstas no artigo anterior [18], sem prejuízo da competência de outros órgãos administrativos. (BRASIL, 1997).

Em seu parágrafo único, elenca-se também a incidência de multa para o fornecedor que

deixar de organizar ou negar aos legítimos interessados os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem publicitária; e veicular publicidade de forma que o consumidor não possa, fácil e imediatamente, identificá-la como tal. (BRASIL, 1997).

Conforme se observa, o CDC prevê sanções administrativas, oriundas de normas concorrentes da União, dos Estados e do DF (Capítulo VII), sanções estas elencadas também no Decreto nº 2.181/1997, (Capítulo III, Seção III) (BRASIL, 1990); e penais - detenção e multa - (Capítulo VII, Título II, do CDC), inclusive para aqueles que fizerem ou promoverem publicidade enganosa ou abusiva (art. 67, do CDC).

2.5 Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e Adolescente - ECA

No ECA (Lei nº 8.069/1990), vislumbra-se, em seu art. 4º, a reprodução do art. 227, da CF/88, quanto ao dever de todos em garantir, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos básicos da criança, quais sejam: à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (BRASIL, 1990b).

No texto constitucional, o ECA não dispõe expressamente quanto à publicidade concentrada na criança, porém o art. 71 estabelece uma limitação mercadológica implícita ao afirmar que

a criança e o adolescente têm direito à informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços **que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.** (BRASIL, 1990b, grifo nosso).

Desse modo, caso haja desrespeito a essa condição, a atividade não deverá ser executada.

Ao tratar da Prevenção Especial da criança/adolescente - Capítulo II, em particular, na seção II - Da informação, Cultura, Lazer, Esportes, Diversões e Espectáculos, o ECA, basicamente, se preocupou em restringir as diversões e os espetáculos públicos inadequados para o público infantil, de acordo com sua natureza, a fim de evitar mensagens pornográficas ou obscenas e a divulgação de anúncios de bebidas alcoólicas, tabaco, armas e munições. Ressalte-se que o art. 76 da referida lei assevera que

as emissoras de rádio e televisão somente exibirão, no horário recomendado para o público infante juvenil (*sic*), programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas. (BRASIL, 1990b).

Contudo, não há uma restrição expressa quanto à publicidade abusiva, tendo o legislador outro foco, consoante se extrai do Parágrafo único deste artigo, que diz: “nenhum espetáculo será

apresentado ou anunciado sem aviso de sua classificação, antes de sua transmissão, apresentação ou exibição”.

Ainda quanto à Prevenção Especial, o ECA, no art. 81 da Seção II, proíbe a venda de determinados produtos/serviços à criança/adolescente, a saber: armas, munições e explosivos; bebidas alcoólicas; produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, ainda que por utilização indevida; fogos de estampido e de artifício, exceto aqueles que, pelo seu reduzido potencial, sejam incapazes de provocar qualquer dano físico em caso de utilização indevida; revistas e publicações contendo material impróprio ou inadequado a crianças e adolescentes; e bilhetes lotéricos e equivalentes.

2.6 Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990 - Convenção dos Direitos da Criança

Ainda em 1990, foi promulgada a Convenção sobre os Direitos da criança, por meio do Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990 (BRASIL, 1990a). Em seu Preâmbulo, a convenção reforça a necessidade de proteção, inclusive legal, da criança, devido à sua vulnerabilidade, mencionando a Declaração dos Direitos da Criança de 1959, que, em um de seus considerandos, diz que

a criança, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita de proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento. (UNITED NATIONS CHILDREN'S FUND, 1959).

A referida Convenção não trata especificamente a questão da publicidade de produtos e serviços, mas, em seu art. 13, aborda o direito à liberdade de expressão pela criança, consistente na

liberdade de procurar, receber e divulgar informações e idéias de todo tipo, independentemente de fronteiras, de forma oral, escrita ou impressa, por meio das artes ou por qualquer outro meio escolhido pela criança. (BRASIL, 1990a).

O exercício desse direito poderá sofrer restrições, desde que legais e consideradas necessárias, visando ao

respeito dos direitos ou da reputação dos demais, ou para a proteção da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger a saúde e a moral públicas. (UNITED NATIONS CHILDREN'S FUND, 1959).

Em seu art. 17, a Convenção dos Direitos da Criança reconhece a função desempenhada pelos meios de comunicação, sendo que os Estados Partes a define como importante e, por consequência, incentivarão tais meios e

zelarão para que a criança tenha acesso a informações e materiais procedentes de diversas fontes nacionais e internacionais, especialmente informações e materiais que visem a promover seu bem-estar social, espiritual e moral e sua saúde física e mental. (UNITED NATIONS CHILDREN'S FUND, 1959).

Depreende-se, também do art. 17, que a atuação dos meios de comunicação é tratada na Convenção de forma positiva, não havendo ressalva para o caso de suposta abusividade. Todavia, de forma geral, seu art. 16 garante a proteção da criança, pelos Estados Partes, em face de qualquer forma de exploração que seja prejudicial a qualquer aspecto de seu bem-estar.

2.7 Resolução do Conselho Nacional de Saúde nº 408, de 11 de dezembro de 2008

A Resolução CNS nº 408/2008 “aponta diretrizes para a promoção de alimentação saudável e para a prevenção de distúrbios

alimentares, sobrepeso e obesidade” (BRASIL, 2009). De início, um de seus considerandos apresenta pesquisas realizadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), Instituto Nacional de Câncer (INCA) e Ministério da Saúde, apontando que um em cada quatro adultos brasileiros encontrava-se com excesso de peso e um em cada 10 já estava obeso e **entre crianças e adolescentes a prevalência de excesso de peso chegava a 12% e de obesidade a 6%** (grifo nosso).

Ressalte-se, porém, que dados da ANVISA mostram um aumento nesse índice, em que “30% da população infantil brasileira já está com sobrepeso e 15% obesa” (CRIANÇA..., 2008, 36min). Nesse sentido, segundo reportagem da TV NBR (2013), “uma em cada 3 crianças, entre 5 e 9 anos, está acima do peso recomendado pela Organização Mundial de Saúde (OMS)”.

Voltando à Resolução CNS nº 408/2008 (BRASIL, 2009), ela destaca a situação de vulnerabilidade do público infantil aos chamamentos da publicidade, o denominado “marketing agressivo”, o que, segundo o Standing Committee on Nutrition (SCN) [Comitê de Nutrição das Nações Unidas], prejudica o bem-estar da criança, sendo que, em razão disso, houve recomendação da Força Tarefa Internacional de Obesidade no sentido de se elaborar um Código Internacional de Publicidade:

[...] considerando que o público infantil é o mais vulnerável aos apelos promocionais, que o Comitê de Nutrição das Nações Unidas (SCN) aponta que as práticas de marketing agressivo, principalmente aquelas apresentadas na programação televisiva destinada às crianças, se contrapõem ao direito a uma alimentação adequada e propicia à saúde e ao bem-estar (SCN, 2006) e que a Força Tarefa Internacional de Obesidade-IOTF recomenda a elaboração de Código Internacional de regulamentação da publicidade. (BRASIL, 2009).

Diante dessas e de outras observações e reflexões, o Plenário do Conselho Nacional de Saúde resolveu regulamentar tais práticas, aprovando diretrizes que visam a reverter os casos de obesidade infantil e prevenir doenças, com a promoção de uma alimentação saudável. Entre estas diretrizes, merecem destaque as previstas nos itens 8 e 9 da mencionada resolução, posto se tratar de publicidade de alimentos direcionada ao público infantil:

- 8) Regulamentação da publicidade, propaganda e informação sobre alimentos, direcionadas ao público em geral e em especial ao público infantil, coibindo práticas excessivas que levem esse público a padrões de consumo incompatíveis com a saúde e que violem seu direito à alimentação adequada;
- 9) Regulamentação das práticas de marketing de alimentos direcionadas ao público infantil, estabelecendo critérios que permitam a informação correta à população, a identificação de alimentos saudáveis, o limite de horários para veiculação de peças publicitárias, a proibição da oferta de brindes que possam induzir o consumo e o uso de frases de advertência sobre riscos de consumo excessivo, entre outros.

2.8 Resolução CONANDA nº 163, de 13 de março de 2014

Em 13 de março de 2014, o CONANDA criou a Resolução nº 163/2014, que “dispõe sobre a abusividade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e ao adolescente” (BRASIL, 2014).

Abre-se aqui parênteses a fim de definir o que vem a ser o CONANDA: trata-se de

um órgão colegiado de caráter normativo e deliberativo, vinculado à Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República. (CRIANÇA E CONSUMO, 2014).

Composto igualmente por

representantes da sociedade civil organizada ligados à promoção e proteção dos direitos da criança e por representantes dos ministérios do governo federal. (MIRAGEM, 2014).

Foi criado pela Lei nº 8.242, de 12 de outubro de 2001, com competências, entre outras, para, conforme o art. 2º desta lei, “elaborar as normas gerais da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, fiscalizando as ações de execução”, observada a Lei nº 8.069/1990; e para “zelar pela aplicação da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente” (BRASIL, 2001).

Como visto, o CONANDA desempenha um papel de grande importância, posto que

possui o dever e a competência constitucionalmente prevista de zelar pela devida e eficiente aplicação das normas de proteção às crianças e adolescentes no Brasil. Inclusive, para exercer tal dever, pode editar Resoluções, as quais são atos normativos previstos no art. 59 da Constituição Federal. (CRIANÇA E CONSUMO, 2014).

Quanto à Resolução nº 163/2014 (BRASIL, 2014), ela se baseia principalmente: no art. 227 da CF/88 (proteção integral e garantia dos direitos fundamentais da criança e do adolescente); na Lei nº 8.069/1990 (BRASIL, 1990b), especialmente nos artigos 2º (criança, pessoa até 12 anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre 12 e 18 anos de idade), 3º e 4º (complemento ao art. 227, da CF/88), e 86 (política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente); no disposto no § 2º do art. 37, da Lei nº 8.078/1990 (publicidade abusiva) (BRASIL, 1990c); e no Plano Decenal dos Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes, em particular o objetivo estratégico 3.8 –

Aperfeiçoar instrumentos de proteção e defesa de crianças e adolescentes para enfrentamento das ameaças ou violações de direitos facilitadas pelas Tecnologias de Informação e Comunicação. (BRASIL, 2014).

A mencionada resolução, de imediato, em seu art. 1º, discorre sobre a abusividade existente no direcionamento da publicidade ao público infantil, definindo nos parágrafos 1º e 2º, respectivamente, o conceito de “comunicação mercadológica” e sua abrangência. Em seu art. 2º, consta uma relação dos artifícios utilizados pela publicidade, cujo objetivo é persuadir a criança/adolescente para o consumo de determinado produto/serviço. Além dos princípios constantes na CF/88, no ECA e no CDC, o art. 3º lista outros princípios gerais que devem ser observados pela publicidade e pela comunicação mercadológica.

Como visto, a Resolução nº 163/2014 do CONANDA se preocupa especificamente com a questão da publicidade direcionada ao público infantil, todavia não prevê sanções administrativas para o caso de infrações perpetradas por fornecedores nesse sentido. Ademais, há um questionamento quanto ao poder regulamentar do CONANDA e à constitucionalidade da Resolução nº 163/2014.

Nesse sentido, Pasqualotto (2016), referindo-se à mencionada resolução, enfatiza que “houve uma polarização em torno da legalidade do ato administrativo”, em que uns se manifestaram contrariamente por acreditarem que se tratava de “invasão de competência legislativa (essa foi a posição do Conar e de entidades empresariais)”, ao passo que outros, com entendimento favorável, declararam a sua constitucionalidade, sob o fundamento de que

apenas foram explicitadas formas de abusividade que preenchem a fórmula abstrata de “se aproveitar da deficiência de julgamento e experiência da criança”, conforme a locução do artigo 37, parágrafo

2º, do Código de Defesa do Consumidor (nesse sentido, Bruno Miragem). (PASQUALOTTO, 2016).

Realmente, Miragem (2014, p. 26) entende que o CONANDA possui competência normativa, posto que se encontra inserido nas diretrizes da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, conforme previsto no art. 88, II, da lei nº 8.069/1990 e no art. 2º, I, da Lei nº 8.242/1991:

75. O CONANDA é órgão deliberativo (art. 88, II, do ECA), com competência normativa (art. 2º, I, da Lei 8.242/1991), vinculado à política de atendimento aos direitos da criança e o do adolescente. Esta política de atendimento, segundo se percebe, envolve prestações materiais do Estado, em especial para acolhimento, educação e formação de crianças e adolescentes, gestão dos respectivos fundos públicos de promoção dos direitos, bem como ações visando prevenir sua violação. (MIRAGEM, 2014).

Devido ao reconhecimento da competência do CONANDA e ao fato de a Resolução nº 163/2014 especificar métodos interpretativos e de aplicação do CDC (especialmente os arts. 37, § 2º e 39, IV) e da CF/88 (art. 227), Miragem (2014, p. 47) reconhece a constitucionalidade desta, expondo que:

134. Percebe-se, a meu ver, que não se tem demonstrado que a Resolução n. 163, do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA – tendo sido editada por órgão competente, regulamentando limites à atividade publicitária e negocial definidos em lei, extravasa a exigência de proporcionalidade que se exige da proporcionalidade em sentido estrito (adequação entre meios e fins – sentido que a lei confere à liberdade de iniciativa econômica e de expressão publicitária, cuja conciliação com a defesa do consumidor e dos direitos da criança e do adolescente é impositivo constitucional.

135. Desse modo, respondendo objetivamente à questão oferecida pelo Instituto ALANA, entendo que é constitucional a Resolução n. 163, do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, que definem critérios para a interpretação e aplicação dos arts. 37, § 2º e 39, IV, do Código de Defesa do Consumidor, em vista da proteção do interesse da criança e do adolescente, a serem assegurados com absoluta prioridade, nos termos do art. 227, da Constituição de 1988.

2.9 Tramitação do Projeto de Lei nº 5.921/2001, que dispõe sobre a publicidade ou propaganda comercial dirigida a crianças e adolescentes

Considerando a pertinência temática, cumpre ressaltar a existência do Projeto de Lei - PL nº 5.921/2001, de autoria do deputado Luiz Carlos Hauly, em tramitação desde o ano de 2001, cujo objeto consiste em proibir “a publicidade dirigida à criança e regulamenta a publicidade dirigida a adolescentes” (BRASIL, 2002a).

O referido PL foi apresentado ao Plenário da Câmara dos Deputados, em 12/12/2001, cuja ementa

acrescenta parágrafo ao art. 37, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (que veda a publicidade enganosa ou abusiva), com intuito de proibir a publicidade/propaganda para a venda de produtos infantis. Com isso visa a acrescentar o § 2ºA, ao art. 37, do CDC, que vigoraria com a seguinte redação: “É também proibida a publicidade destinada a promover a venda de produtos infantis, assim considerados aqueles destinados apenas à criança.

Em síntese, justifica-se o referido PL da seguinte forma:

[...] diante do que dispõe o Art. 21 da Carta Magna, uma das questões que precisa ser avaliada é a da relação entre publicidade e crianças, principalmente com envolvimento de ídolos da população infantil, com a veiculação de matérias que se transformam em verdadeira coação ou chantagem para a compra dos bens anunciados,

embora desnecessários, supérfluos ou até prejudiciais, além de incompatíveis com a renda familiar.

Em alguns países é terminantemente proibido que a publicidade se dirija a crianças e produza sua indução. Em outros países existem restrições importantes. Já em outros, como o Brasil, existe um liberalismo total em relação a esse tipo de prática. [...]

Registre-se que o mencionado PL se encontra em tramitação há mais de 16 anos, tendo passado por três comissões (Comissão de Defesa do Consumidor, Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio (CDEIC) e Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática (CCTCI)), com apresentação de 23 pareceres, substitutivos e votos, quatro emendas, oito despachos e 25 mensagens, ofícios e requerimentos.

Nesse contexto, aproveitando-se das palavras de Guimarães (2008), há dois empecilhos que impedem o avanço das propostas referentes à regulamentação da publicidade infantil, quais sejam: ausência de consciência da sociedade e dos formadores de opinião e resistência do setor econômico:

[...] Acho que falta uma consciência mais forte, mais efetiva por parte da sociedade, dos formadores de opinião e, por outro lado, haverá sempre uma resistência daqueles setores econômicos que se sentem atingidos por esse tipo de iniciativa e que trabalham de uma maneira muito firme para impedir o avanço de todas as propostas que procuram disciplinar ou mesmo proibir a publicidade dirigida às crianças (transcrição nossa) (GUIMARÃES, 2008, 43min10s).

Assim, Barros Filho (2008) enfatiza o fato de a criança ser o foco da publicidade, fazendo uma contraposição a pessoas maiores de 50 anos:

[...] proponha o fim da publicidade para pessoas com mais de 50 anos para você ver como o sistema absorve e, por quê? Porque pessoas com mais de 50 anos já estão absolutamente aculturadas para fazer o que elas têm que fazer, agora abrir mão da criança...”(transcrição nossa) (BARROS FILHO, 2008, 43min46s).

Em continuidade, Guimarães (2008) ressalta que “o discurso da publicidade é um discurso comercial, ele não pode gozar da mesma proteção de um discurso político, de um discurso religioso, de um discurso científico” (transcrição nossa) (GUIMARÃES, 2008, 44min07s).

Nessa lógica, Romão (2008) deduz que o publicitário que aproveitar da inexperiência da criança, além das regras do Direito, viola limites éticos e morais:

A criança não pode ser considerada, pela propaganda, um adulto, ou adulto em miniatura. O empresário, o publicitário que se vale da inexperiência da criança para transformá-la em uma produtora ou promotora de seus produtos dentro de casa, ele não só fere princípios claros, regras específicas do Direito, mas também viola limites éticos e morais fixados pela nossa sociedade, não se quer a utilização e manipulação a criança para nada, para nenhum efeito, por isso que nós defendemos que a criança deve brincar (transcrição nossa) (ROMÃO, 2008, 44min18s).

Diante da influência da publicidade direcionada ao público infantil, da falta de conscientização da sociedade, da resistência do setor econômico e da morosidade na tramitação do Projeto de Lei nº 5.921/2001, torna-se necessária a adoção de uma medida urgente e suficiente, por parte dos órgãos competentes, para regulamentar a questão.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término desse trabalho, no que pertine às limitações impostas pelo direito brasileiro à publicidade que tenha a criança/adolescente como seu público alvo, ficou evidenciado que:

Quanto ao CBAP, não obstante a importância do CONAR, este possui um foco corporativista, o que gera impunidade, sendo considerado uma espécie de “tribunal de exceção” (GUIMARÃES, 2008). Por não possuir poder legal, a atuação do CONAR se torna “restrita e ineficiente”, sendo que um dos principais desafios quanto à regulamentação da publicidade é fazer com que o Código de Autorregulamentação seja aplicado. E, para isso acontecer, é preciso que os órgãos públicos competentes se unam em prol da aplicabilidade dessa regulamentação. (DIAS, 2009).

Em relação à Resolução CONANDA nº 163/2014 (BRASIL, 2014), deduz-se que esta é constitucional, posto que

define critérios para a interpretação e aplicação dos arts. 37, § 2º e 39, IV, do Código de Defesa do Consumidor, em vista da proteção do interesse da criança e do adolescente, a serem assegurados com absoluta prioridade, nos termos do art. 227, da Constituição de 1988. (MIRAGEM, 2014, p. 47).

Quanto ao Projeto de Lei nº 5.921/2001 (BRASIL, 2000a), apesar de estar em andamento há mais de 16 anos, é provável que seja transformado em lei, não podendo precisar, porém, o momento em que o será.

Todavia, independente de sua aprovação, é possível afirmar que o Direito brasileiro estabelece limites à publicidade direcionada ao público infantil, por meio de seu acervo normativo, explícita e implicitamente. Nesse sentido, o art. 37, § 2º do CDC veda expressamente a publicidade abusiva, que se aproveite da deficiência de julgamento da criança. Considerando que, segundo Guimarães (2008), “qualquer publicidade dirigida à criança de certa forma se aproveita dessa inocência”, já que é considerada incapaz pela legislação, deverá, portanto, ser considerada abusiva.

Por fim, infere-se que, mesmo diante da existência de um acervo normativo brasileiro que restrinja/proíba a publicidade direcionada ao público infantil, ainda que indiretamente, aliada à ação dos órgãos competentes, esses recursos não se mostram suficientes para coibi-la, posto que são constantes as práticas abusivas nesse sentido, reiteradas por diversos fornecedores, mesmo que alguns destes tenham sido reprimidos por esse motivo. Ressalte-se que, apesar de a Resolução nº 163/2014 do CONANDA (BRASIL, 2014) tratar especificamente a questão da publicidade infantil e estar em consonância com o texto constitucional, esta não dispõe de sanções aos infratores; sendo que uma solução seria a aprovação do Projeto de Lei nº 5.921/2001 (BRASIL, 2000a) e/ou a criação de uma legislação específica que equilibre os interesses dos fornecedores de produtos/serviços e dos consumidores, especialmente quando se tratar de criança/adolescente, considerando sua situação de hipervulnerabilidade.

E ainda, pensando na atuação resolutiva do Ministério Público de Minas Gerais, principalmente por ser “responsável pela coordenação da Política Estadual das Relações de Consumo”, enquanto Procon-MG, sugere-se que este se mobilize no sentido de solicitar urgência na tramitação do Projeto de Lei nº 5.921/2001.

REFERÊNCIAS

BARROS FILHO, Clovis. Entrevistado. In: CRIANÇA, a alma do negócio. Direção: Estela Renner. Produção Executiva: Estela Renner, Marcos Nisti e Luana Lobo. Direção: Estela Renner. São Paulo; Rio de Janeiro: Maria Farinha Filmes e Produções Ltda., 2008. (49 min). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ur9llf4RaZ4>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA. Resolução RDC nº 24, de 15 de junho de 2010. Dispõe sobre a oferta, propaganda, publicidade, informação e outras práticas correlatas cujo objetivo seja a divulgação e a promoção comercial de alimentos considerados com quantidades elevadas de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio, e de bebidas com baixo teor nutricional, nos termos desta Resolução, e dá outras providências. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/33864/284972/RDC24_10_Publicidade%2Bde%2Balimentos.pdf/c406d0df-e88b-407a-9c0f-30da652f4a44>. Acesso em: 21 jan. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, 191-A, 5 out. 1988, p. 1.

BRASIL. Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997. Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto nº 861, de 9 julho de 1993, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 21 mar. 1997, p. 5.644. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2181.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. **Diário Oficial da União**, 22 nov. 1990a, p. 2. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 10 fev. 2017.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, 11 jan. 2002b, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 26 jan. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 16 jul. 1990b, p. 13.563. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 10 fev. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.242, de 12 de outubro de 2001. Cria o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda) e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 16 out. 1991, p. 22.589. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8242.htm>. Acesso em: 21 dez. 2017.

BRASIL. Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996. Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumígenos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, 16 jul. 1996, p. 13.074. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9294.htm>. Acesso em: 19 dez. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 12 set. 1990c, p. 1 (Suplemento). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

BRASIL. Projeto de Lei nº 5.921, de 12 de dezembro de 2001. Acrescenta parágrafo ao art. 37, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que “Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências”. **Diário da Câmara dos Deputados**, 3 abr. 2002a, p. 12.072-12.074. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=571215&filename=Tramitacao-PL+5921/2001>. Acesso em: 25 mar. 2017.

BRASIL. Resolução CNS nº 408, de 11 de dezembro de 2008. Aprova diretrizes para a promoção da alimentação saudável com impacto na reversão da epidemia de obesidade e prevenção das doenças crônicas não transmissíveis. **Diário Oficial da União**, 9 mar. 2009, n. 45. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2010/img/211_ro/reso408.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2018.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR). Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA). Resolução nº 163, de 13 de março de 2014. Dispõe sobre a abusividade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e ao adolescente. **Diário Oficial da União**, 4 abr. 2014, n. 65, p. 4. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=4&data=04/04/2014>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - CONANDA. Plano Decenal dos Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes. Brasília, 19 abr. 2011. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/download/plano_decenal_conanda.pdf>. Acesso em: 1º fev. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais. Processo n. 0054856-33.2016.4.01.3800. Sentença do Juiz Federal: Miguel Angelo de Alvarenga Lopes. Belo Horizonte, 14 set. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA - CONAR. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária**. São Paulo, 5 mai. 1980. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

CRIANÇA E CONSUMO. Notícias. Entenda a resolução que define a abusividade da publicidade infantil. Conanda - Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. **Projeto Criança e Consumo**, 17 abr. 2014. Disponível em: <<http://criancaeconsumo.org.br/noticias/entenda-a-resolucao-que-define-a-abusividade-da-publicidade-infantil/>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

CRIANÇA, a alma do negócio. Direção: Estela Renner. Produção Executiva: Estela Renner, Marcos Nisti e Luana Lobo. Direção: Estela Renner. São Paulo; Rio de Janeiro: Maria Farinha Filmes e Produções Ltda., 2008. (49 min). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ur9llf4RaZ4>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

DIAS, Fernando Lacerda. As empresas de cerveja fazem publicidade do jeito que querem. In: PROJETO CRIANÇA E CONSUMO. **Criança e Consumo Entrevistas**: Juventude e bebidas alcoólicas. São Paulo: Instituto Alana, 2009. p. 24-33. Disponível em: <<http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Crian%C3%A7a-e-Consumo-Entrevistas-Vol-4.pdf>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

GUIMARÃES, João Lopes. Entrevistado. In: CRIANÇA, a alma do negócio. Direção: Estela Renner. Produção Executiva: Estela Renner, Marcos Nisti e Luana Lobo. Direção: Estela Renner. São Paulo; Rio

de Janeiro: Maria Farinha Filmes e Produções Ltda., 2008. (49 min). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ur9llf4RaZ4>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIRAGEM, Bruno. A Constitucionalidade da Resolução 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA). Porto Alegre: Alana, 2014.

PASQUALOTTO, Adalberto. Publicidade infantil deve respeitar direitos do consumidor e da criança. **Revista Consultor Jurídico**, 11 mai. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mai-11/garantias-consumo-publicidade-infantil-respeitar-direitos-consumidor-crianca>>. Acesso em: 2 fev. 2018.

ROMÃO, José Eduardo. Entrevistado. In: CRIANÇA, a alma do negócio. Direção: Estela Renner. Produção Executiva: Estela Renner, Marcos Nisti e Luana Lobo. Direção: Estela Renner. São Paulo; Rio de Janeiro: Maria Farinha Filmes e Produções Ltda., 2008. (49 min). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ur9llf4RaZ4>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

TV NACIONAL DO BRASIL - TV NBR. Uma em cada 3 crianças, entre 5 e 9 anos, está acima do peso recomendado pela OMS. Brasília, 21 mar. 2013. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?time_continue=40&v=QDO3n41vmFQ>. Acesso em: 5 fev. 2018

UNITED NATIONS CHILDREN'S FUND - UNICEF. Declaração dos Direitos da Criança. Adotada pela Assembleia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959 e ratificada pelo Brasil; através do art. 84, inciso XXI, da Constituição, e tendo em vista o disposto nos arts. 1º da Lei nº 91, de 28 de agosto de 1935, e 1º do Decreto nº 50.517, de 2 de maio de 1961. New York: Unicef, 20 nov. 1959. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

O CONSELHO TUTELAR E O PROCEDIMENTO PARA APLICAÇÃO DE MEDIDAS PROTETIVAS NA VIOLÊNCIA SEXUAL: UMA ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS NO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE

Maria de Lurdes Rodrigues Santa Gema

INTRODUÇÃO

Este artigo pretende fazer um breve relato sobre a experiência da 23ª Promotoria de Justiça de Defesa dos Direitos de Crianças e Adolescentes Cível de Belo Horizonte no que pese a atuação do Conselho Tutelar no procedimento para aplicação de medidas protetivas no âmbito da violência sexual.

A violência contra crianças e adolescentes tem sido um tema complexo e permeado de “silêncios”, em especial a violência sexual. Afeta diretamente o processo de construção da identidade da criança e do adolescente, assim como os seus conceitos sobre si mesmos e sobre o mundo. Em muitos casos, ocorre a chamada “situação silenciosa”, violência que ocorre na esfera proximal do cotidiano das crianças, aquela que podemos caracterizar de violência familiar e maus tratos. Essa violência se reproduz, em sua maioria, em espaço privado, geralmente praticado pelos pais ou responsáveis diretos pela criança. Diante desse cenário, o escopo escolhido para este artigo vai ao encontro da inquietação de como os casos de violência sexual são abordados pelo Conselho Tutelar e como se dá a aplicação de medida de proteção quando necessário.

Será abordada, sucintamente, a trajetória da infância e adolescência sob o viés do legislador. Como eram vistas – ou não vistas – as crianças e adolescentes em nosso país, até chegar à Doutrina da Proteção Integral, marco na mudança de paradigma em que o “menor” passa a ser visto como criança e adolescente sujeitos de direitos.

Por último, será apresentada a experiência do Ministério Público de Minas Gerais, por intermédio da Promotoria de Justiça de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente Cível da capital mineira, na fiscalização dos Conselhos Tutelares de Belo Horizonte, mostrando possibilidades e obstáculos limitadores para o cumprimento das funções intrínsecas a este órgão na garantia de direitos de crianças e adolescentes vítimas de violência sexual.

INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA PELO VIÉS LEGISLATIVO

Para compreender a história da criança no Brasil, é preciso visitar o passado, desde o período colonial, e compreender suas raízes econômicas e sociais. A base da economia colonial era o engenho de açúcar, e o senhor do engenho, geralmente, era um grande fazendeiro que precisava de mão de obra para trabalhar. Essa mão de obra era oriunda da África; os navios negreiros traziam, em seus porões e de forma subumana, núcleos familiares.

No contexto histórico da época colonial, Ariès (2005), em seu estudo sobre a criança e a família, mesmo relatando a situação com um recorte no continente europeu, traduz o retrato da realidade brasileira:

Essa sociedade via mal a criança, e pior ainda o adolescente... um sentimento superficial da criança era reservado à criancinha em seus primeiros anos de vida, enquanto ela ainda era uma coisinha engraçadinha. As pessoas se divertiam com a criança pequena como um animalzinho, um macaquinho impudico. Se ela

morresse então, como muitas vezes acontecia, alguns podiam ficar desolados, mas a regra geral era não fazer muito caso, pois outra criança logo a substituiria. (ÁRIES, 2005, p. 74).

O atendimento às crianças pautava-se por normas definidas por Portugal. A Santa Casa de Misericórdia, instituição estreitamente ligada à Igreja Católica, passa a ser a entidade que inicia os primeiros atendimentos às crianças, junto às Câmaras Municipais, ambas faziam o atendimento às crianças abandonadas e enjeitadas. No período de 1726 a 1950, essas entidades e o sistema de Rodas dos Expostos eram as únicas formas de atendimento à criança em situação precária.

Somente após 1822, marco da Independência, começa a pulverização do atendimento por outras instituições. Rizzini (2006) aponta determinados períodos relativos ao atendimento da criança desvalida. Atividades destinadas aos “meninos desvalidos” surgem na época imperial, deixando, no entanto, de atender às meninas e às crianças escravas. É perceptível que não se fala em existência de violência contra a criança, mas sim sobre transgressão das regras e moral vigentes. A Igreja e o Estado se separam, aparecendo os primeiros sinais de ações estatais orientadas para as crianças, num período em que prevalece a doutrina da situação irregular, irregular no sentido de crianças e adolescentes que eram considerados potencialmente “delinquentes”.

Surge o primeiro Código de Menores, datado de 1927, que sedimenta a ideia de correção e diferencia o jovem delinquente e o menor carente, reservando ao primeiro internatos em reformatórios e casas de correção; e ao segundo, patronatos agrícolas e escola de arte e ofícios urbanos.

Em 1979, é alterado o Código de Menores, introduzindo-se o conceito de menor em situação irregular, conferindo à justiça dos menores grandes poderes quanto ao tratamento da população infantojuvenil. Nesse período, são criadas as Fundações Nacionais de Bem Estar do Menor – FUNABEM.

A grande mudança chega em 1988, com a promulgação da Constituição de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, que passa a ser um marco para o reconhecimento de novos valores, aparecendo então a Doutrina da Proteção Integral. Esse período é conhecido como o momento de grande participação da sociedade civil organizada e culmina na promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em 1990. A criança e o adolescente passam a ser considerados não apenas sujeitos de direitos, mas sujeitos em desenvolvimento, cabendo à família, à sociedade e ao Estado garantir o seu pleno desenvolvimento.

Segundo Jadir Cirqueira de Souza,

(...) a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em 1990, representou importante, porém silenciosa vitória da sociedade brasileira e, particularmente, das crianças e adolescentes pobres, vítimas do precário quadro social. Assim, o

importante instrumento legislativo, avançado para os modernos padrões internacionais, pontificou expressiva vitória da cidadania, uma vez que, a partir dele, iniciou-se um forte movimento pela real e efetiva proteção infanto-juvenil. (SOUZA, 2008, p. 63).

O artigo 227 da Constituição Federal traz:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, 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. (BRASIL, 1988, s/p).

Portanto, esse artigo promulga a Doutrina de Proteção Integral, que se baseia em três princípios: o conceito de criança como sujeito de direitos, o interesse superior da criança acima de qualquer outro interesse da sociedade e a indivisibilidade do direito da criança, ou seja, todos os direitos devem ser igualmente assegurados.

O ECA rompe com a divisão de infância/adolescência e menoridade, pois conceitua criança e adolescente como cidadãos; atribui responsabilidades à família, ao Estado e à sociedade; estabelece o atendimento mediante um conjunto articulado de políticas públicas com a participação da sociedade civil, por meio de Conselhos de Direitos da Criança; desjudicializa as questões sociais, criando Conselhos Tutelares; muda o foco da metodologia de atendimento para a prevalência de um processo socioeducativo.

O Conselho Tutelar, de acordo com o ECA, é um órgão comunitário que deve existir em cada um dos mais de 5570 municípios brasileiros (cada município devendo possuir pelo menos um), a quem cabe zelar pelo cumprimento dos direitos do público infantojuvenil, conforme artigo 131.

Edson Sêda ensina que o Conselho Tutelar

É uma autoridade pública colegiada (formada por cinco conselheiros escolhidos livremente pelas comunidades segundo regras definidas em lei municipal) encarregada de zelar (segundo regras de competência definidas em lei federal que é o Estatuto) pelos direitos de crianças e adolescentes. (SÊDA, 2002, p. 127).

Os conselhos criados a partir da Constituição de 1988, aponta Silva (2011), são diferentes. No lugar das características dos conselhos meramente opinativos ou consultivos vigentes em outros períodos, os conselhos pós-Constituição de 1988 (dentre os quais os Conselhos Tutelares) são verdadeiros canais de participação da sociedade civil que permeiam o Estado e funcionam como potenciais mecanismos para o exercício do controle social.

O PROTOCOLO DE HUMANIZAÇÃO PARA O ATENDIMENTO HUMANIZADO DA VÍTIMA DE VIOLÊNCIA SEXUAL EM BELO HORIZONTE

Diante da necessidade de se ter clara uma metodologia para o atendimento diferenciado de crianças e adolescentes, e encaminhamentos claros após a aplicação da medida protetiva pelos Conselheiros Tutelares, no ano de 2006, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, por meio da Promotoria de Justiça de Defesa dos Direitos das Crianças e Adolescentes Cível de Belo Horizonte, em parceria com o Programa de Ações Integradas e Referenciais de Enfrentamento à Violência Sexual Infanto-Juvenil no Território Brasileiro – PAIR, e o Fórum Interinstitucional de Enfrentamento à Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes do Estado de Minas Gerais – FEVCAMG, começaram a discutir a respeito das ações de defesa e de responsabilização que vinham

sendo desenvolvidas quando da notícia de uma situação de violência sexual contra crianças e adolescentes.

Percebia-se que a atuação dos órgãos que compõem o sistema de defesa e daqueles que compõem o sistema de segurança pública e o sistema de justiça estava balizada em ações isoladas e que não consideravam a importância de ações coordenadas e que levassem em conta todos os aspectos que envolvem a vitimização sexual infantojuvenil. Em razão disso, houve o grande esforço da Promotoria de Justiça em aliar traçados metodológicos junto aos sistemas de forma a integrá-los.

Diante dessa constatação, os atores que integram o PAIR e o FEVCAMG, juntamente com a Promotoria de Justiça, iniciaram uma discussão sobre como se poderiam evitar as ações fragmentadas que vinham ocasionando a revitimização de crianças e adolescentes, constituindo um grupo que culminou com a elaboração do Protocolo de Humanização no Atendimento às Vítimas de Violência Sexual.

Após diversas reuniões, formalizou-se o Protocolo de Humanização, que possui três etapas: o atendimento especializado às vítimas de violência sexual pelos Hospitais de Referência (Hospital Odilon Behrens, Maternidade Odete Valadares, Hospital das Clínicas e Hospital Júlia Kubitschek) a Cadeia de Custódia e o Depoimento Sem Dano/Depoimento Especial.

Desse modo, o primeiro lugar indicado para a vítima de violência sexual se dirigir é o hospital, invertendo-se a lógica de que se deve procurar primeiro uma Delegacia de Polícia ou, no caso de criança e adolescente, o Conselho Tutelar, isso para que seja preservada a prova material. Tem-se o entendimento de que a vítima precisa de cuidado para se fortalecer fisicamente e emocionalmente para conseguir enfrentar todo o percurso que envolve o processo de responsabilização do agressor. Nos Hospitais de Referência, é ofertado atendimento psicológico em um período de seis meses a um ano, além do acompanhamento social.

Na segunda etapa, a da Cadeia de Custódia, a vítima já passou pelo exame no Hospital de Referência, tendo amostra do material genético presente em seu corpo coletado. Tal material, para se constituir em prova, precisa ser devidamente acondicionado e transportado ao Instituto de Criminalística da Polícia Civil para a sua análise. Esse processo envolve uma série de procedimentos para que a prova seja considerada idônea. Os Hospitais de Referência em Belo Horizonte já estão desenvolvendo a cadeia de custódia, estando em fase de elaboração a certificação dos hospitais para coleta do material genético pela Polícia Civil do Estado de Minas Gerais.

Também foi expressiva a atuação da Promotoria de Justiça no que se refere à implantação do depoimento especial de crianças e adolescentes, conforme dispõe a Recomendação nº 33 do CNJ, de 23 de novembro de 2010; a sala para escuta especializada de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência nos processos judiciais deverá integrar o Centro Integrado de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente, na comarca de Belo Horizonte.

Esse Centro Integrado foi inaugurado em novembro de 2017 e conta com a Defensoria Pública, Polícia Civil, Polícia Militar e com a Vara Especializada em Crimes contra a Criança e o Adolescente. Essa vara criminal especializada tem sua criação e implementação respaldada por normativas expedidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, art. 59, III da Lei Complementar nº 105/2008 e Resoluções TJMG n. 729 de 2013 e 869 de 2018 e a Lei Federal nº 13.431, de 4 de abril de 2017.

Em suma, pela nova legislação, o Conselho Tutelar, ao se deparar com uma suspeita ou confirmação de violência sexual, deve comunicar o fato imediatamente à autoridade competente para que a criança seja ouvida uma única vez, conforme estabelecido pela nova legislação.

A comunicação imediata ao Ministério Público torna-se fundamental nesse processo, para que seja possível a agilização da oitiva da criança ou do adolescente com os fatos ainda latentes, que será realizada “em sede de produção antecipada de prova judicial”, conforme art. 11 da Lei nº 13.431/17.

A FISCALIZAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AOS CONSELHOS TUTELARES DO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE

Dentre várias atribuições do Ministério Público, uma delas é a fiscalização dos Conselhos Tutelares. Esta atuação incisiva da 23ª Promotoria de Justiça fez com que pudesse constatar diversas fragilidades nos Conselhos Tutelares e, a partir delas, foram traçadas etapas de melhoria com o executivo local.

Em 15 de junho de 2011, o Conselho Nacional do Ministério Público expediu a Resolução nº 71, que disciplina a fiscalização da medida protetiva de acolhimento institucional. Na referida recomendação, foi orientado no §2º do artigo 11:

Nos casos de procedimentos de natureza judicialiforme em trâmite perante os Juízos com competência para a matéria de infância e juventude versando exclusivamente sobre atribuições inerentes ao Conselho Tutelar, o membro do Ministério Público poderá requerer a extinção de tais procedimentos, com a remessa de cópia integral ao referido órgão municipal, caso ainda se verifique a hipótese de incidência do artigo 98 do ECA, a exigir o acompanhamento do caso. (BRASIL, 2011, s.p.).

Considerando-se a necessidade de dar cumprimento à citada Resolução nº 71, de acompanhar sistematicamente os Conselhos Tutelares, a partir do Plano de Metas da Promotoria de Justiça de Defesa dos Direitos das Crianças e Adolescentes Cível, foi lançado o projeto “Fiscalização dos Conselhos Tutelares de Belo Horizonte”, visando a um aprofundamento do conhecimento acerca da estrutura física, humana, de atendimento e, ainda, orçamentária, levando em consideração a garantia da prioridade à infância e juventude, estabelecida pelo ECA, que também inclui o órgão colegiado, compreendendo, também, a preferência na formulação de políticas sociais públicas

A partir do Plano de Metas, foram apresentados relatórios em cumprimento parcial à meta referente à Fiscalização e Acompanhamento dos Conselhos Tutelares de Belo Horizonte, do qual se extraem os dados para este estudo.

A dinâmica do trabalho de fiscalização foi estabelecida por meio de Projeto solicitado pela Promotora de Justiça de referência; sua execução contou com a participação desta, bem como dos Analistas dos Setores de Fiscalização e Acompanhamento de Políticas Públicas I, II e III, e Setor Técnico de Educação, além do apoio das estagiárias de Serviço Social da Especializada.

Em Belo Horizonte, por meio da Lei nº 8.502/2003, que dispõe sobre a política municipal de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, está assegurada a existência de, no mínimo, um Conselho Tutelar por região administrativa do Município e suporte administrativo constituído de uma secretaria que funcione em instalação e com servidores municipais, em cada unidade, e assessoria técnica. Sendo assim, existem nove Conselhos Tutelares,

distribuídos nas regiões administrativas do município, quais sejam: Barreiro, Centro-Sul, Leste, Nordeste, Noroeste, Norte, Oeste, Pampulha e Venda Nova.

OS CONSELHOS TUTELARES E A APLICAÇÃO DE MEDIDAS PROTETIVAS

Para discorrer sobre a questão do processo e do procedimento que o Conselho Tutelar deve observar para a aplicação da medida protetiva, fiquemos com a definição sucinta de Marçal Justen Filho, para quem o procedimento é “uma sucessão predeterminada de atos jurídicos”, enquanto o processo é “uma relação jurídica destinada a compor um litígio mediante a observância necessária de um procedimento” (2016, p. 196).

É da natureza do trabalho do integrante do Conselho Tutelar zelar para que os direitos de crianças e adolescentes previstos na Constituição Federal e na Lei 8069/1990 sejam garantidos para todos eles. Quando o Conselho se depara com uma denúncia de violação desses direitos, necessária se faz a instauração de um procedimento para averiguar a veracidade da comunicação. O Estatuto não traz um modelo de como deve se dar essa intervenção, apenas estabelece quais são as medidas que podem ser aplicadas tanto à criança e ao adolescente quanto aos pais e responsáveis (ver arts. 101, incisos de I a VII, e 129, de I a VII, do ECA).

Não são exigidos, para o Conselheiro Tutelar, cf. art. 133, conhecimentos jurídicos e de direito administrativo. Todavia, ele exerce uma função administrativa, sendo servidor público em sentido amplo, estando, portanto, adstrito às normas constitucionais e de direito administrativo aplicadas ao procedimento de sua competência.

A garantia de instauração de um procedimento, quando o Conselho Tutelar se depara com uma denúncia de suspeita ou confirmação de violação de direitos, destina-se a assegurar os princípios constitucionais do art. 37 da Constituição Federal, bem como os do art. 2º da Lei nº 9784/1999, em especial os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança pública, não apenas no que diz respeito às partes cuja denúncia foi levada ao conhecimento do órgão, como também para registrar a conformidade de aplicação da medida protetiva com a lei. O procedimento também deve estar em conformidade com a Lei nº 14.184/2002, do Estado de Minas Gerais, que dispõe sobre o processo administrativo no âmbito estadual.

O Conselho Tutelar não pode se arvorar autoridade policial para deflagrar um expediente de cunho investigativo com profundidade, mas o integrante do Conselho Tutelar precisa levantar um mínimo de informações para que sua intervenção não seja desastrosa. Ele deve dominar o modo de sua intervenção, que deve ser eficiente e eficaz na aplicação de medida de proteção e, para isso, deve ter à sua disposição dados básicos do fato que foi levado ao seu conhecimento. A aplicação de medida protetiva tem cunho decisório, razão pela qual a medida deve se revestir de todo fundamento que a ensejou.

A motivação deve ser expressa com as razões que justificaram a tomada da decisão, estando explícita a sua finalidade e o objetivo do ato concreto, e tendo em mente o melhor interesse da criança e do adolescente, ou seja, uma medida que, ao ser aplicada, respeite os seus direitos constitucionalmente previstos. Uma aplicação de medida não pode ser tomada de forma irracional, com base na intuição, mas sim em fatos, dados, escuta, testemunhos e outros elementos de convicção.

Bom senso e ponderação são também requisitos importantes, posto que o Conselho Tutelar, ao sopesar todas as questões, deve avaliar a opção que menos dano cause ou a que não cause dano algum, agindo de modo transparente, dando às partes envolvidas o conhecimento das razões de decidir. Ademais, todos os atos devem estar registrados, formando um verdadeiro histórico da intervenção, uma vez que podem, inclusive, passar pelo crivo do Poder Judiciário, conforme art. 137 do Estatuto.

Embora o tema Administração Pública e seus procedimentos não seja o objetivo deste trabalho, imprescindível que o Conselho Tutelar, como órgão que integra a administração do município, obedeça aos princípios e regras previstos tanto na Constituição Federal de 1988, quanto nas de Direito Administrativo no exercício cotidiano dos seus integrantes e principalmente quando da aplicação de medida protetiva.

Ademais, o art. 212 do ECA dispõe que, para salvaguardar os interesses das crianças e dos adolescentes, quaisquer tipos de ações podem ser empreendidas. Não entendemos “ação” no sentido estrito, mas no sentido de que podem ser aplicados institutos de outros ramos do Direito, mais especificamente os de Direito Administrativo elencados acima, sem esquecer, evidentemente, os imprescindíveis princípios constitucionais previstos no artigo 37 e em toda a Constituição Federal.

FORMALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO

Não obstante ser detentor de atribuições tão importantes, que ensejam, inclusive, a suspensão temporária do exercício do poder familiar e a colocação em família substituta, o ECA não estabelece um procedimento para aplicação dessas medidas pelo Conselho Tutelar, em que, como é ressaltado pelo artigo 137 do Estatuto, as medidas podem ser revistas pela autoridade judiciária.

Constata-se que a atuação do órgão é indispensável, sendo dele a atribuição para aplicação de medida protetiva, que só pode ser exercida pela autoridade judiciária quando inexistir o Conselho Tutelar no município (conforme previsão contida no artigo 262); as medidas têm previsão legal, todavia desconhece-se a existência de um roteiro, uma regulamentação de como se deve dar a aplicação dessas medidas, ou seja, não se tem conhecimento da existência de rito procedimental, tampouco, uma normativa, mesmo que simples, como se dá a aplicação de medida protetiva.

No caso de denúncia de violência sexual, a averiguação e a aplicação de medida protetiva devem se revestir de maiores cuidados, posto que a violência sexual pode se dar tanto de forma intrafamiliar como extrafamiliar, sendo que, em sua maioria, o que se leva ao conhecimento da autoridade é justamente a que ocorre no ambiente familiar. Nesses casos, o desafio é, além de proteger a criança e o adolescente vítimas da agressão, não os afastar do convívio familiar quando o agressor é um ente do núcleo familiar, devendo também serem resguardados o direito à defesa e ao devido processo legal, direitos constitucionais previstos na Constituição Brasileira, no artigo 5º, II e LV, ainda que diante da violação de direito infantojuvenil.

Para que a revisão de uma medida protetiva possa ser realizada pelo Poder Judiciário, é imprescindível a apresentação do procedimento que ensejou a aplicação da medida, com todas as justificativas e elementos que levaram à ação por parte do Conselho Tutelar, mesmo porque a parte contrária deverá saber dos fatos e da acusação para poder se defender.

Ressalte-se que deve haver o cuidado de que direitos constitucionais não sejam excluídos do procedimento, mas que

também não impeçam o Conselho Tutelar de agir com rapidez quando demandas urgentes surgirem.

O Conselho Tutelar pode, independentemente de comunicação de suspeita ou denúncia de atos atentatórios aos direitos de criança e adolescentes, deparar-se com situação que demande a sua atuação imediata, quando ele pode agir de ofício ou provocação do interessado nos termos do art. 13 do ECA. Nesse caso, o Conselho Tutelar deve providenciar a instauração de um procedimento para apuração e definição da medida a ser adotada, fazendo uso de uma Portaria, ainda que resumida, justificando a deflagração daquele ato.

Ele pode, além disso, coletar dados, como já mencionado, ou fazer uso de dados já existentes, acionando a Rede de Proteção à Criança e Adolescente, requisitando informações a respeito da criança e do seu núcleo familiar, diligenciar no sentido de fazer visitas *in loco*, formalizando todos esses atos. Pode expedir notificação para oitiva das partes envolvidas, sendo prudente, quando for possível, à oitiva da criança e do adolescente, pois qualquer decisão tem em vista o melhor interesse destes. Com base nos levantamentos, sopesando todos os dados, ele deve aplicar a medida e também, quando possível, ouvir os pais ou responsáveis, formando um juízo de valor e tendo em mente o superior interesse da criança e do adolescente. Posteriormente, ele deve estar apto a proferir a decisão aplicando a medida e determinando o seu cumprimento. Todo esse procedimento deve ser também numerado.

Saliente-se, neste ponto, a possibilidade de uma defesa prévia e/ou imediata, sem a necessidade de advogado, ao ser ouvido pelos integrantes do Conselho Tutelar acerca de acusações.

Registre-se, ainda, que toda a formalidade pode ser mitigada diante da urgência de tomada de decisão num caso concreto, contudo, na primeira oportunidade, a formalização deve ser providenciada.

CONCLUSÃO

Fica evidente que ainda há muito a ser feito para que existam soluções efetivas para casos de violência sexual contra crianças e adolescentes e em especial no que concerne ao papel do Conselho Tutelar nesses casos.

A partir das reflexões apresentadas, merece destaque a necessária melhoria da estrutura operacional para o desempenho satisfatório das atividades dos integrantes do órgão. No trabalho realizado pela Promotoria de Justiça de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente junto aos Conselhos Tutelares, foi observada a fragilidade de atuação do Órgão Colegiado no atendimento às vítimas de violência sexual, principalmente pela ausência de procedimentos normativos e fluxos claros para um atendimento mais qualificado. Tal constatação demonstra como os princípios da administração pública aqui tratados, como legalidade, motivação, e direito ao contraditório e ampla defesa, ficam prejudicados e frágeis.

Observa-se que a falta de instrumental apropriado de registro dos casos, em paralelo ao desconhecimento das normativas pelos profissionais, torna a alimentação do sistema existente nos conselhos no mínimo lacônica, prescindindo de informações fundamentais para melhor qualificação dos envolvidos e consequente tomada de decisões por órgãos do Sistema de Justiça.

A pesquisa empreendida, ainda que limitada por diversas questões, abre campo para uma variedade de questionamentos que podem ser objeto de futura investigação mais detalhada sobre a questão. Em especial a necessidade dos integrantes do Conselho Tutelar se

apropriarem de conhecimentos específicos tanto sobre a violência intrafamiliar, quanto a sua função/papel como agente público; a responsabilidade perante casos de violência sexual, para não revitimizar crianças e adolescentes, considerando que é preciso estar atento aos princípios da administração pública, aliado ao cuidado de que ouvir uma criança é diferente de ouvir um adulto, é preciso estar junto a ela e acolher sua dor de forma profissional, ética e cuidadosa.

Portanto, as questões de violência intrafamiliar devem ser vistas como uma patologia das relações, que envolve todo o sistema familiar e social. É preciso buscar caminhos e recursos que visem à intervenção desde o início do ciclo, levando os indivíduos envolvidos a recriarem seus próprios papéis originais de pais/responsáveis e filhos. É preciso lembrar principalmente de “ler nas entrelinhas”; no subjetivo, a violência psicológica que está oculta, mas que “quebra mentes”. Que tenhamos sensibilidade suficiente para percebermos além dos nossos olhos físicos e lutarmos contra a violência doméstica.

Enfatizamos a necessidade da compreensão do fenômeno da violência sexual e a propositura de pactuação de protocolos e fluxos permanentemente revistos, para garantir o atendimento das vítimas de forma ética e compromissada.

Também urge a necessidade da existência de diplomas legais que possam instrumentalizar o Conselho Tutelar no melhor atendimento da criança e do adolescente, garantindo a todos a observância aos princípios constitucionais vigentes em sintonia com o melhor interesse, colocando esses seres em desenvolvimento como foco da proteção integral e da prioridade absoluta insculpidos no artigo 227 da Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

ÀRIES, Philippe. **História Social da Criança**. São Paulo: LTC, 2005.
BELO HORIZONTE. Lei nº 8.502, de 6 de março de 2003. Dispõe sobre a política municipal de atendimento dos direitos da criança e do adolescente e dá outras providências.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 71, de 15 de junho de 2011. Dispõe sobre a atuação dos membros do Ministério Público na defesa do direito fundamental à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes em acolhimento e dá outras Providências.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 nov. 2017.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 11 nov. 2017.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

BRASIL. Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017.

MINAS GERAIS. Lei nº 14.184, de 30 de janeiro de 2002.

MINAS GERAIS. Lei Complementar nº 105, de 14 de agosto de 2008. Altera a Lei Complementar nº 59, de 18 de janeiro de 2001, que contém a organização e a divisão judiciárias do Estado de Minas Gerais.

SÊDA, Edson. **A criança e o perfeito estadista**: guia do estatuto da

criança e adolescente para prefeitos municipais e sua equipe. 1. ed. Rio de Janeiro: Adês, 2002.

SOUZA, Jadir Cirqueira de. **A convivência familiar e o acolhimento institucional**. São Paulo: Editora Pillares, 2014.

SOUZA, Jadir Cirqueira de. **A efetividade dos Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Editora Pillares, 2008.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Determina a instalação da Vara Especializada em Crimes contra a Criança e o Adolescente da Comarca de Belo Horizonte. Resolução n. 729, de 26 de julho de 2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Altera a Resolução do Órgão Especial nº 729, de 25 de julho de 2013, que “determina a instalação da Vara Especializada em Crimes contra a Criança e o Adolescente da Comarca de Belo Horizonte”. Resolução n. 869, de 7 de março de 2018.

O MINISTÉRIO PÚBLICO RESOLUTIVO E A ATUAÇÃO RACIONAL NA DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO

Daniel Guimarães Cabral

1. OS PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO E SUA MISSÃO DE TRANSFORMAÇÃO DA REALIDADE SOCIAL

Conforme disposto no art. 127 da Constituição da República, o Ministério Público deve defender a ordem jurídica, garantir a democracia e proteger os direitos fundamentais, sejam eles sociais ou individuais.

Como protetor da ordem jurídica, o Ministério Público deixou de ser apenas o fiscal da lei para se tornar o garantidor da regularidade do ordenamento constitucional e o guardião da sociedade. Nessa nova ordem constitucional, o Ministério Público passou a ter o dever de promover os objetivos constitucionais elencados no art. 3º da Constituição da República. (ALMEIDA, 2016).

Assim, a instituição passou de mera representante do Poder Executivo e de acusadora criminal para se transformar, com o advento da Constituição da República de 1988, no que é hoje: um instrumento com força constitucional, desvinculado do Legislativo, Executivo e do Judiciário, em favor da sociedade na busca da realização dos objetivos constitucionais de alcançar uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza, a marginalização e as desigualdades e promover o bem de todos. (GOULART, 1998).

Chamando de movimento catártico, GOULART (2009, p. 159-160) esclarece que, para a consolidação do Ministério Público de 1988, faz-se necessária uma transposição do “momento corporativo” para o “momento ético-político”, que tem como pressuposto a “elaboração da ideologia institucional”, a “definição da política institucional” e uma “mudança de mentalidade dos membros da instituição (*adequação psicológica* para o cumprimento da estratégia institucional)”.

É a partir dessas premissas que se devem iniciar a análise e a interpretação dos princípios institucionais do Ministério Público brasileiro, elencados no § 1º do art. 127 da Constituição da República: unidade, indivisibilidade e independência funcional.

A unidade, na definição de MAZZILLI (2013, p.12), significa que “os membros do Ministério Público integram um só órgão sob a direção de um só chefe”. Nesse ponto, há de se distinguir entre a instituição sob o ponto de vista orgânico e aquela sob o ponto de vista funcional. Uma análise organizacional e administrativa revela, na verdade, Ministérios Públicos diversos, cada um representado por seu próprio chefe, conforme disposto no art. 128 da Constituição da República.

Contudo essa divisão, meramente administrativa, é apenas uma forma de organizar a instituição e dividir atribuições. Ao se realizar uma análise mais aprofundada do conteúdo normativo da Constituição, buscando a consolidação do Ministério Público de 88, o melhor entendimento é o de que a unidade deve significar uma atuação uniforme, por meio de uma identidade ideológica e de uma singularidade de objetivos (GOULART, 2009), e não que

deve haver uma inteireza orgânica. Do ponto de vista orgânico, são vários os Ministérios Públicos, que devem, porém, ser alinhados a um objetivo comum. (TEIXEIRA, 2002).

A indivisibilidade quer dizer que, seguindo critérios prévios e específicos, podem os membros do Ministério Público ser substituídos uns pelos outros quando necessário (MAZZILLI, 2013). Isso porque o Ministério Público não se representa por cada um de seus membros, mas pelo seu conjunto.

A independência funcional vem sendo entendida, por consagração doutrinária, como um princípio que entrega ao agente político do Ministério Público o dever de obediência apenas à lei e à sua consciência.

Está correta a afirmação de que a independência funcional tem a finalidade de proteger o agente político do Ministério Público de influências ilegítimas, tanto externas quanto internas à instituição. Porém, essa proteção garantida pelo princípio da independência funcional é uma garantia à sociedade, com o fim de tornar a atuação do Promotor de Justiça isenta de pressão política espúria. A consciência a que o Promotor de Justiça deve obediência não é aquela “espontânea”, mas a retirada da ideologia institucional, que torna o Ministério Público uno. (GOULART, 2009).

Dessa forma, a partir do novo desenho constitucional dado ao Ministério Público brasileiro, o Promotor de Justiça independente é aquele que pode cumprir seu mister, sempre alinhado à ideologia institucional do Ministério Público, que o torna único, sem sofrer pressões ou influências ilegítimas. Se a consciência própria do membro do Ministério Público se desalinha dos ideais de democracia constantes da Constituição da República, e este a utiliza na sua prática funcional, então haveria um descumprimento do princípio da unidade, fazendo, assim, com que o agente não pudesse ser resguardado, no caso, pelo princípio da independência funcional.

Nas palavras de GOULART (2009, p. 163):

Para que o Ministério Público cumpra a sua missão institucional, ou seja, o seu objetivo estratégico, é preciso compreender a correlação existente entre os princípios da unidade e da independência funcional.

Enquanto Instituição una, o Ministério Público deve estar voltado ao cumprimento de sua estratégia, o que se dá através da implementação dos Planos e Programas de Atuação. Para isso, os agentes do Ministério Público devem atuar com independência, ou seja, devem estar imunes às pressões internas e externas que frustrem e inviabilizem o cumprimento da estratégia institucional, que se dá, concretamente, através da execução dos Planos e Programas de Atuação.

2. O MINISTÉRIO PÚBLICO RESOLUTIVO

A Constituição de 1988 inaugurou, no patamar constitucional, um Ministério Público que, ao mesmo tempo em que tem legitimidade para atuar junto ao Poder Judiciário, propondo ações judiciais, também tem liberdade para dar plena solução às suas demandas de forma extrajudicial, por meio do inquérito civil, do termo de ajustamento de conduta, da recomendação, além de outros mecanismos de solução e prevenção de conflitos.

GOULART (1998, p. 119) esclarece que, de acordo com o perfil institucional do Ministério Público inaugurado em 1988, podem-se extrair dois modelos de Ministério Público: o demandista e o resolutivo. Para ele, o Ministério Público demandista

transfere para o Poder Judiciário, via ação civil pública, a solução de todas as questões que lhe são postas pela sociedade. Trata-se de um Ministério Público dependente do Judiciário (GOULART, 1998, p. 120).

Contudo, pela análise do texto constitucional, o mais acertado a se afirmar é que a Constituição da República de 1988 inaugurou apenas um modelo de Ministério Público dentro de seu perfil institucional, qual seja, o Ministério Público resolutivo.

Seguindo essa linha, o que se quer dizer é que, ao tratar do Ministério Público, a Constituição da República criou uma instituição nova, que tem a função primordial de promover os objetivos da República, não sendo, portanto, possível sustentar, após a promulgação da atual Constituição brasileira, o modelo demandista, ou melhor, não resolutivo, que aqui se quer referir como aquele em que o Ministério Público se resume ao ajuizamento de ações e à intervenção como fiscal da lei no processo judicial em curso, sem tentar a solução do problema de forma estratégica e por meio das ferramentas extrajudiciais à sua disposição.

A Constituição da República entregou ao Ministério Público, para atingir os objetivos da República, o papel de promover o inquérito civil e a ação civil pública e ainda exercer outras funções que lhe forem conferidas para o alcance de suas finalidades (art. 129, incisos III e IX, da Constituição da República de 1988). Em se fazendo necessário o ajuizamento de uma ação, como última saída, de forma estratégica, para se promoverem os objetivos constitucionais, o modelo resolutivo estaria sendo preservado.

Conforme afirma RODRIGUES (2015, p. 145):

O Judiciário, para esse perfil resolutivo ministerial, assume o que sempre deveria ter representado: a *ultima ratio*, a última trincheira. A composição prévia e extrajudicial, por parte do Ministério Público, dos conflitos ou eventuais violações à lei encontra-se inserida no plano de ação resolutiva como *prima ratio*.

O Ministério Público resolutivo pode ser entendido como aquele que, ao se firmar como agente político transformador, busca atingir resultados concretos, sem se apegar apenas a estatísticas, no sentido de buscar a realização dos objetivos republicanos constantes da Constituição da República. É aquele que procura atingir o espírito da norma contida no art. 127 do Diploma Constitucional pátrio de 1988.

Nas palavras de GOULART (2008, p. 14):

O Ministério Público concretiza o objetivo estratégico abstratamente previsto na Constituição por meio da execução das metas prioritárias dos Planos e Programas de Atuação. Essas metas decorrem de imposição constitucional, portanto, contemplam hipóteses de atuação obrigatória e vinculam os membros do Ministério Público.

Nessa perspectiva, é possível afirmar, também, que poderia existir um Ministério Público não resolutivo atuando primordialmente de forma extrajudicial, por meio da instauração de inquéritos civis e da propositura de termos de ajustamento de condutas, ou ainda expedindo recomendações, mas sem se valer de uma estratégia institucional efetiva ou sem ter em mente uma ideologia fundada nas bases constitucionais. Firmar um termo de ajustamento de conduta simplesmente para somar números a estatísticas ou para ficar livre de uma demanda e encerrar o inquérito civil dentro do prazo não atende aos anseios constitucionais.

O que se deve ressaltar é que, ao se levar determinada demanda para ser solucionada pelo Judiciário, o resultado passa a depender dessa instituição, sempre abarrotada de processos, cuja solução se perde no tempo, além do fato de o Poder Judiciário possuir uma ideologia nem sempre alinhada à do Ministério Público.

ALMEIDA (2016, p. 73), ao ressaltar a importância da atuação extrajudicial pelo Ministério Público para a garantia dos direitos, assim esclarece:

A transferência para o Poder Judiciário, por intermédio das ações coletivas previstas, da solução dos conflitos coletivos não tem sido tão eficaz, pois, em muitos casos, o Poder Judiciário não tem atuado na forma e rigor esperados pela sociedade. Muitas vezes os juízes extinguem os processos coletivos sem o necessário e imprescindível enfrentamento do mérito. Essa situação tem mudado, mas de forma muito lenta e não retilínea. Não se nega aqui a importância do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, ao contrário, o que se constata e deve ser ressaltado é o seu despreparo para a apreciação das questões sociais fundamentais.

3. A ATUAÇÃO ESTRATÉGICA COMO FORMA DE RACIONALIZAÇÃO DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A atuação estratégica pelo Ministério Público, por meio de um Plano Geral de Atuação, foi regulamentada originalmente pela Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo (Lei Complementar Estadual n.º 734, de 26 de novembro de 1993), em seu art. 97, que assim dispõe:

a atuação do Ministério Público deve levar em conta os objetivos e as diretrizes institucionais estabelecidos anualmente no Plano Geral de Atuação, destinados a viabilizar a consecução de metas prioritárias nas diversas áreas de suas atribuições legais

– disposição essa que pode ser tomada como conceito de Planejamento Estratégico. (SABELLA, 2014).

Apesar de ter sido regulamentada primeiramente pela Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo em 1993, modelo posteriormente adotado pelos demais Ministérios Públicos, a exigência de uma atuação estratégica, com fixação de objetivos a serem promovidos, tem sua verdadeira origem no texto constitucional de 1988.

A Constituição da República de 1988, ao definir os objetivos estratégicos da República Federativa do Brasil, reconheceu que o Estado brasileiro tem uma democracia inacabada (o que ainda pode ser sentido na realidade social), a ser permanentemente promovida, e que o Ministério Público é um dos agentes constitucionalmente legitimados à promoção dela. Dessa forma, o Planejamento Estratégico é algo necessário e obrigatório.

Considerando que o dever do Ministério Público é o de promover os objetivos da República, faz-se necessário que o Planejamento Estratégico seja capaz de identificar problemas pontuais e de transformá-los em metas, as quais, ao serem cumpridas,

transformem a realidade social, garantindo, assim, o gradativo desenvolvimento nacional.

Como o Ministério Público é o defensor da sociedade em face de movimentos contrários à ordem jurídica constitucional, a definição das estratégias institucionais deve ser feita de forma democrática, com ampla participação da sociedade civil e com total transparência para que o cidadão possa ter confiança em sua atuação estratégica, tornando-a algo com legitimidade e reconhecimento social. Isso também demandaria esforço intelectual, a ser articulado com as academias.

Em se tratando de atuação do Ministério Público para a realização de projeto constitucional, as metas devem ser entendidas como um resultado final prático para a sociedade, e não como mera questão numérica. Ou seja, de nada adianta um grande número de inquéritos civis instaurados e de ações civis públicas ajuizadas se não houver uma redução significativa do índice de prática de improbidade administrativa, por exemplo.

Outro aspecto a ser resolvido por meio do Planejamento Estratégico é a definição de um perfil ideológico para a instituição, com a finalidade de torná-la realmente uma e devidamente alinhada com a ideologia de democracia adotada pela Constituição de 1988. Apesar de se firmar desde a Constituição de 1988 como legítimo representante dos interesses públicos da sociedade civil do ponto de vista normativo, o Ministério Público, na prática, não vem desempenhando seu papel de forma unitária.

Em desacordo com a norma constitucional, o Ministério Público brasileiro vem se mostrando atualmente bastante diversificado, sem unidade institucional, o que inviabiliza, inclusive, uma análise generalizada de como vem se comportando a instituição no cumprimento de suas funções. (DA ROS, 2009).

O Planejamento Estratégico é a solução para um suposto conflito entre os princípios da unidade e da independência funcional. Por meio da definição de metas estratégicas, garante-se um alinhamento institucional em que o agente político do Ministério Público deve atuar, sem sofrer pressões ilegítimas internas e/ou externas à instituição.

Nesse sentido, uma das considerações contidas na *Carta de Brasília: Modernização do Controle da Atividade Extrajudicial Pelas Corregedorias do Ministério Público* dispõe que (CONGRESSO DE GESTÃO DO CNMP, 2016, p. 376):

O Ministério Público é uma das instituições constitucionais fundamentais para a promoção do acesso à Justiça, sendo certo que a defesa do regime democrático lhe impõe o desenvolvimento de planejamento estratégico funcional devidamente voltado para a efetivação, via tutela dos direitos e das garantias fundamentais, do princípio da transformação social, delineado no art. 3º da CR/1988.

Falar em objetivo estratégico por meio de metas prioritárias pressupõe uma análise a respeito de quais demandas a instituição deve lidar em primeiro plano e quais delas poderão ser deixadas em segundo lugar. O objetivo do Planejamento Estratégico é reconhecer prioridades, uniformizar e racionalizar a atuação para obter resultados de forma efetiva.

O Ministério Público projetado pela Constituição de 1988 seria concretizado, então, na prática, por meio de uma atuação racionalizada e com unidade institucional, objetivando a promoção de resultados concretos para a sociedade na defesa dos direitos fundamentais, privilegiando sempre o desempenho de soluções extrajudiciais, que, por sua vez, mostram-se mais eficazes e alinhadas à ideologia da instituição.

4. A ATUAÇÃO RACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO

Em relação à atuação do Ministério Público na defesa do Patrimônio Público, cumpre ressaltar que houve época, após a promulgação da Constituição de 1988, em que essa legitimidade sequer era reconhecida. Esse entendimento, restritivo da atuação do Ministério Público na defesa do patrimônio público, girava em torno de uma interpretação equivocada da disposição contida no art. 129, IX, da Constituição da República, combinada com a noção errônea de interesse público como algo que pode ser dissociado do interesse da coletividade. Porém, tal questão mostra-se atualmente superada. (DIAS, 2006).

A atuação do Ministério Público na defesa do patrimônio público encontra fundamento no próprio art. 127 da Constituição da República, que incumbe à instituição a defesa dos direitos sociais indisponíveis, dos quais faz parte o direito à boa administração pública. (SABELLA, 2008).

O art. 129 da Constituição da República, que define as funções institucionais do Ministério Público, dispõe especificamente que cabe à instituição o dever de

zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia

restando incontroversa, assim, sua legitimidade para a promoção do respeito ao patrimônio público.

A despeito disso, GUIMARÃES (2015) pondera que, apesar de ter-se passado quase três décadas da promulgação da Constituição e mais de duas da aprovação da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), tendo havido, nesse período, grande atuação do Ministério Público no combate à improbidade administrativa, com êxito considerável, ainda não houve progresso efetivo em relação à redução da corrupção no Brasil.

Daí se percebe que, apesar da pretensão de reprimir-se a corrupção, o ajuizamento inconsciente de ações por atos de improbidade não demonstrou capacidade para promover a redução de abusos contra o patrimônio público.

Nas palavras de SABELLA (2010, p. 3):

Assentadas tais premissas, e buscando estabelecer, para a Instituição, um papel de maior efetividade no asseguramento do que, com singeleza, se denomina boa administração pública surge, intuitiva, a afirmação de que para o Ministério Público mostra-se imperativa uma atuação que tenha caráter preventivo e, de preferência, não judicial. Por tais caminhos, poderá operar, com mais eficácia, sobre as situações geradoras de corrupção no seu plano estrutural. O que se sustenta, por outras palavras, é que ao Ministério Público não se proíbe, ao contrário, se permite, que atue nas fases antecedentes da execução administrativa, quando se fixam as metas e se formulam as políticas públicas, vistas estas como conjunto de ações e programas governamentais preordenados a articular os meios estatais e privados na prossecução de objetivos que tenham relevância social.

Atualmente, o Conselho Nacional do Ministério Público vem demonstrando, por meio de seus atos, bastante abertura à atuação resolutiva. Como exemplo mais importante disso, tem-se a Recomendação nº 54, de 28 de março de 2017, em que o Conselho Nacional do Ministério Público, ao dispor sobre a *Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público brasileiro*, reconhece o planejamento institucional como forma de promover

a eficiência da atuação institucional, que deve priorizar a atuação extrajudicial proativa, efetiva, preventiva e resolutive.

Outro exemplo a demonstrar o reconhecimento pelo Conselho Nacional do Ministério Público da afirmação do Ministério Público como instituição vocacionada para a mudança da realidade social pode ser percebido nos termos da Resolução nº 179, de 26 de julho de 2017, que reconhece expressamente a possibilidade de celebração de compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa.

A Resolução nº 174, de 4 de julho de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, em seu art. 4º, inciso III, dispõe que a Notícia de Fato deverá ser arquivada

[...] quando a lesão ao bem jurídico tutelado for manifestamente insignificante, nos termos de jurisprudência consolidada ou orientação do Conselho Superior ou de Câmara de Coordenação e Revisão.

Verifica-se, assim, uma exceção ao princípio da obrigatoriedade por razões de estratégia institucional. O Conselho Nacional do Ministério Público, nesse caso, reconheceu a necessidade de se estabelecerem prioridades para a atuação do Ministério Público.

As questões que não se enquadram na definição de atos de improbidade administrativa, mas afetam a regularidade da administração pública, também demandam uma atuação resolutive. Atualmente, a atuação nesses casos resume-se à solução dos problemas apresentados ao Ministério Público por meio das notícias de fato (representações, denúncias, petições etc.). Porém, a atuação dessa forma não é capaz de promover a redução dos problemas. Em casos assim, é preciso fazer um trabalho preventivo e educativo junto à administração pública.

A Resolução 118, de 1º de dezembro de 2014, do Conselho Nacional do Ministério Público, ao dispor sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público, estabeleceu que deverá ser observada a valorização do protagonismo institucional na obtenção de resultados socialmente relevantes que promovam a justiça de modo célere e efetivo (art. 2º, IV), o que demonstra que a instituição não deve mais atuar apenas quando recebe uma denúncia.

Porém, para se tornar protagonista, é preciso estabelecer metas baseadas em um planejamento estratégico unificado, pois a demanda apresentada ao Ministério Público relacionada ao patrimônio público é grande, e os recursos a serem dispensados para a solução dos problemas são escassos. Dessa forma, é preciso priorizar a atuação extrajudicial e preventiva do Ministério Público na defesa do patrimônio público, além de definir estratégias de atuação na busca da efetividade.

5. CONCLUSÃO

Conforme visto, o Ministério Público, de acordo com a Constituição da República de 1988, deixou de ser uma agência do governo destinada apenas ao cumprimento dos termos da lei para se tornar uma instituição política, vocacionada à salvaguarda dos interesses sociais e à proteção dos direitos fundamentais, devendo agir no sentido amplo de promover os objetivos constitucionais na busca do desenvolvimento nacional. Dessa forma, o Ministério Público que atua cegamente, de forma mecanizada, não demonstra compromisso com o resultado, o que já deveria estar superado.

Mostrou-se necessário compreender que a vinculação da atuação do Ministério Público a um planejamento estratégico,

democraticamente elaborado, levando-se em consideração os princípios republicanos, tornou-se uma exigência constitucional desde 1988. Deve-se ter em mente que a função do planejamento estratégico é a racionalização para obtenção de resultados efetivos por meio do reconhecimento de prioridades e da uniformização da atuação, o que torna incompatível a vinculação da instituição à obrigação de atuar sem fazer maiores reflexões.

O combate às práticas atentatórias contra a administração pública exclusivamente por meio da repressão aos atos de improbidade administrativa, valendo-se principalmente do ajuizamento de ações, sem estratégia institucional, não foi capaz de trazer resultados efetivos quanto à redução da corrupção.

É preciso que as Promotorias de Justiça que atuam na defesa do direito à boa administração pública se atentem para os recentes atos do Conselho Nacional do Ministério Público, que tem adotado posição favorável a uma leitura constitucional da atuação do Ministério Público, por meio do reconhecimento das teorias que tratam da resolutividade, levando em conta a exigência constitucional de uma atuação vinculada ao planejamento estratégico, que priorize a prevenção e a utilização de mecanismos extrajudiciais de autocomposição de conflitos, visando sempre à obtenção de resultados efetivos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: Perfil Constitucional e Alguns Fatores de Ampliação de Sua Legitimação Social. In.: FARIAS, Cristiano Chaves de et al (Organizadores). **Temas atuais do Ministério Público**. 6. ed. Bahia: Jus Podivm, 2016. p. 55-124.

CONGRESSO DE GESTÃO DO CNMP, n. 7, 2016, Brasília. Carta de Brasília: Modernização do Controle da Atividade Extrajudicial Pelas Corregedorias do Ministério Público. **Revista Jurídica Corregedoria Nacional do Ministério Público: A Atuação Orientadora das Corregedorias do Ministério Público**, v. II, Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2017. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/revista_juridica.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2017.

DA ROS, Luciano. Ministério Público e Sociedade Civil no Brasil Contemporâneo: em busca de um padrão de interação. **Revista Política Hoje**, v. 18, n. 1, 2009. Disponível em: <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/politica hoje/article/view/3850>>. Acesso em: 08 dez. 2017.

DIAS, André de Vasconcelos. Ministério Público e Patrimônio Público: uma abordagem em torno da unidade do interesse público. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, ano 5, n. 20/21, p. 71-109, jul./dez.2006. Disponível em: <<http://boletimcientifico.escola.mpu.br/boletins/boletim-cientifico-n.-20-e-n.-21-julho-dezembro-de-2006>>. Acesso em: 22 dez. 2017

GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e Democracia: teoria e práxis**. Leme/SP: Editora de Direito, 1998.

GOULART, Marcelo Pedroso. Princípios institucionais do Ministério Público: a necessária revisão conceitual da unidade institucional e da independência funcional. **MPMG Jurídico**, Belo Horizonte, ano III, n. 14, p. 10-14, out./nov./dez. 2008. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/583/1.1%20Princ%20C3%ADpios%20institucionais%20do%20MP.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

GOULART, Marcelo Pedroso. Ministério público: estratégia, princípios institucionais e novas formas de organização. In.:

LIVIANU, Roberto (Coordenador). **Justiça, cidadania e democracia** [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009, p.158-169. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/ff2x7>>. Acesso em: 2 dez. 2017.

GUIMARÃES, Daniel Serra Azul. **Defesa Estratégica da Proibidade Administrativa Pelo Ministério Público**. Caderno de Teses, III Congresso do Patrimônio Público e Social do Ministério Público do Estado de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Congresso_PatPublico_III/Teses>. Acesso em: 20 nov. 2017.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Princípios Institucionais do Ministério Público. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 731, p. 9, jan./abr. 2013 (com atualizações feitas em agosto de 2013). Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/princinst.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2017.

RODRIGUES, João Gaspar. Ministério Público Resolutivo e um Novo Perfil na Solução Extrajudicial de Conflitos: lineamentos sobre a nova dinâmica. **De Jure**, Belo Horizonte, v. 14, n. 24, jan./jun. 2015, p. 138-176. Disponível em: <<http://dejure.mpmg.mp.br/index.php/dejure/article/view/178/33>>. Acesso em: 21 nov. 2017.

SABELLA, Walter Paulo. Ministério Público Contemporâneo: Força Transformadora da Realidade Social. **JUSTITIA**, São Paulo, ano 65, n. 199, 2008. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/revistas/d1y9b8.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2017.

SABELLA, Walter Paulo. Ministério Público, Combate à Corrupção e Controle de Políticas Públicas. **JUSTITIA**, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/artigos/b29529.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

SABELLA, Walter Paulo. Independência Funcional e Ponderação de Princípios. **CONAMP**, Brasília, 2014. Disponível em: <<https://conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/505-independencia-funcional-e-ponderacao-de-principios.html>>. Acesso em: 12 set. 2017.

TEIXEIRA, Francisco Dias. Princípios Constitucionais do Ministério Público. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, ano I, n. 2, p. 69-82, jan./mar. 2002. Disponível em: <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-2-2013-janeiro-marco-de-2002/principios-constitucionais-do-ministerio-publico>>. Acesso em: 20 set. 2017.

O PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL COMO MECANISMO DE COMBATE AO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO BRASIL

Adriana Costa Lira

1. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, o Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro reconheceu, pela primeira vez no país, a configuração do instituto denominado Estado de Coisas Inconstitucional (ECI). No texto do julgamento, apresenta-se uma definição:

quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária.¹

O conceito do Estado de Coisas Inconstitucional brasileiro foi inspirado na jurisprudência colombiana, cujo caso mais emblemático para a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional é a *Sentencia T-025*, em que a corte enfrentou (e enfrenta até os dias atuais) a questão referente ao deslocamento forçado de mais de cinco milhões de pessoas em decorrência da situação de violência vivida no país provocada por ações de grupos de guerrilha, como as conhecidas Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC)².

Trata-se de uma situação de violação de inúmeros direitos fundamentais, decorrente da omissão do Estado, incluindo todas as esferas do Legislativo e Executivo. Pelas proporções (milhões de pessoas vitimadas, vários direitos violados, falta de vontade política), é possível ter parâmetros da complexidade de um caso em que haja os pressupostos do Estado de Coisas Inconstitucional. Nesses tipos de casos, não há que se ter ilusões de que as soluções serão implementadas rapidamente. No caso da Colômbia, a Corte detectou deficiência em diferentes fases das políticas públicas: definição da agenda, formulação, implementação e avaliação (CAMPOS, 2016). Dessa forma, a Corte sabia que sua atuação não cessaria com a sentença proferida em 2004. O caso do deslocamento forçado iria requerer monitoramentos, revisões de decisões para análises dos avanços e retrocessos. Muitas vezes, seria preciso refazer ciclos inteiros por insucesso nos resultados das atitudes tomadas.

No que tange à aplicabilidade da tese do ECI no direito brasileiro, a Medida Cautelar na ADPF 347, cujo acórdão foi proferido em

9 de setembro de 2015, pode ser considerada como o marco teórico jurisprudencial.

O Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) busca, por meio de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida liminar, seja reconhecida a figura do “estado de coisas inconstitucional” relativamente ao sistema penitenciário brasileiro e a adoção de providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos, que alega decorrerem de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal.³

Naquela data, o plenário da corte suprema concedeu, parcialmente, medida cautelar na ADPF e reconheceu a configuração do Estado de Coisas Inconstitucional.

Nesses casos, a corte deve não apenas decidir, mas, além disso, valer-se de mecanismos capazes de criar condições para a efetividade da decisão. São casos extremos de profunda alteração, que envolvem a atuação de mais de uma função da República, de mais de um organismo estatal. Há necessidade de uma intervenção multidisciplinar, que exige uma variedade de medidas e agentes atuantes em um processo contínuo e ininterrupto, que provavelmente se mostrará longo e complexo.

Para que isso ocorra, fala-se em um procedimento que incluirá mecanismos e ajustes profundos capazes de proporcionar a superação da perspectiva meramente bipolar de deferimento ou indeferimento de pedidos do Direito Processual tradicional. O papel do Judiciário e do Ministério Público, nesses casos, é demandar dos gestores públicos uma conduta comprometida, responsável, condizente com as funções que exercem e de acordo com os preceitos fundamentais da Constituição. Isso porque as políticas públicas estão vinculadas a um projeto pré-estabelecido. Não podem ser decididas ao simples gosto de cada governante. O Estado Brasileiro possui, em suas três esferas de governo, um plano bem traçado que se encontra disposto na Constituição da República de 1988, sobretudo no rol de direitos fundamentais e nos princípios constitucionais. E essa demanda pelo Judiciário ou Ministério Público aos gestores públicos tem como fundamento a tutela desses direitos fundamentais, que são violados pela ausência, insuficiência ou ineficácia de políticas públicas.

Com isso, o melhor entendimento é que a omissão estatal, nesses casos, poderá ser considerada inconstitucional e “a conclusão é pela possibilidade excepcional da atuação para a concretização de direitos sociais (essenciais) previstos constitucionalmente” (FERNANDES, 2016, p. 672). É a característica da efetividade que faz com que, sendo necessário, o Poder Judiciário e o Ministério Público tenham legitimidade para agir garantindo os meios necessários para o seu alcance.

Quando se fala em quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais ao se referir ao Estado de coisas

1 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na ADPF n.º 347. Propositor: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Intimados: União e outros. Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 09 set. 2015. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 29 jan. 2017.

2 COLÔMBIA. Corte Constitucional. Seguimiento al cumplimiento de la Sentencia T-025 de 2004. Auto 091 de 24 fev. 2017. Relator: Luis Ernesto Vargas Silva. Ref.: Solicitud de información al Gobierno Nacional y a las entidades territoriales sobre las medidas adoptadas para atender y proteger a las comunidades étnicas de la región del Bajo San Juan y Bajo Calima (Valle del Cauca y Chocó), 1 en el marco del seguimiento a los autos 004 y 005 de 2009. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/T-025-04/A2017.php>>. Acesso em: 18 dez. 2017.

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na ADPF n.º 347.

inconstitucional, não se quer com isso abarcar apenas o artigo 5º da Constituição da República de 1988. O conceito inclui também os direitos sociais.

Grinover (2017, p. 423-424) usa, inclusive, a nomenclatura “direitos fundamentais sociais”. A autora enfatiza que, como são direitos fundamentais, sua eficácia, por força da própria Constituição da República, é imediata. Para a fruição deles por partes da população, é necessária a implementação de políticas públicas, não podendo haver omissão do Estado quanto a isso.

Não se pode deixar de mencionar também o artigo 3º da Constituição da República de 1988, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, preceitos que possuem força normativa não sendo, portanto, normas meramente programáticas. Como consequência dessa força cogente, a Constituição da República de 1988 objetiva a transformação da realidade social, e a forma por meio da qual isso se torna possível é o comprometimento das funções da República. Assim, a Constituição deve moldar não apenas as políticas públicas, mas também as relações políticas e, no caso do judiciário, deve moldar o controle sobre todas as normas do sistema jurídico.

Conclui-se, então, que os objetivos fundamentais da República incorporam um plano objetivo que dá origem à sua contrapartida: os deveres fundamentais, aos quais se vinculam as funções executiva, legislativa e judiciária, e mais ainda: vinculam toda a sociedade e, com isso, influenciam as relações políticas do Estado. No entanto, devido ao descumprimento desses preceitos constitucionais, o Estado brasileiro ainda não foi capaz de garantir à sua população os benefícios sociais previstos.

Diante dessa força irradiadora e vinculante dos preceitos fundamentais da Constituição brasileira e do descumprimento destes, o qual acaba por gerar Estados de Coisas Inconstitucionais em diversas áreas, surge um desafio ao judiciário, quando acionado, e ao Ministério Público: fiscalizar o cumprimento do projeto constitucional e induzir a transformação social. Uma das formas de se fazer isso é o denominado processo coletivo estrutural.

2. O PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL

Considerado uma forma de tutela diferenciada dentro do campo do direito processual coletivo em que a complexidade e conflituosidade são elevadas; é denominado “estrutural”, por se aplicar a casos em que há problemas na “estrutura” do Estado. A pretensão é a ocorrência de alterações “estruturais” a fim de que o Estado passe a garantir direitos fundamentais e uma nova realidade social.

Esses problemas podem ter origem em qualquer uma das funções da República, nas instituições estatais, nos agentes públicos e até na sociedade, ou em todos estes ao mesmo tempo. Requerem políticas públicas coordenadas e eficazes, geralmente por longo período de tempo. Ademais, a denominação “Processo Coletivo Estrutural”, aqui adotada, engloba os dois sistemas de acesso à justiça previstos constitucionalmente: o sistema de acesso por adjudicação e também o sistema de resolução consensual de conflitos.

Nos processos coletivos estruturais, há uma carga de eficácia diferenciada. A esfera jurídica de um grande número de pessoas é afetada e há diversos interesses em jogo, e as questões tratadas por esse tipo de mecanismo envolvem “valores amplos da sociedade”. (ARENHART, 2017, p. 73).

A origem do Processo Coletivo Estrutural é atribuída às denominadas *structural injunctions* do direito americano. Tendo grande relevância para o surgimento do instituto o caso *Brown v. Board of Education of Topeka*. Nesse caso, pela primeira vez, a Suprema Corte dos Estados Unidos deu vigência a valores constitucionais não atendidos adequadamente pelas políticas públicas (BAUERMANN, 2017). Trata-se de um caso em que a Suprema Corte americana teve que lidar com a questão da segregação racial, fato que implicava imposição de um comportamento a toda uma sociedade, o que requer uma alteração estrutural que envolve não somente os agentes estatais e as instituições governamentais.

“Sabia-se que, possivelmente, pouca efetividade haveria naquela decisão se não tivesse o Tribunal tomado medidas necessárias ao seu cumprimento” (JOBIM, 2012, p. 37). Com esse pensamento, Jobim defende a necessidade de um sistema mais ativista, no qual o juiz, além de decidir, tem condições efetivas de concretizar a decisão.

Um dos mais citados estudiosos do assunto no direito americano é o pesquisador e professor da Universidade de Yale, Owen Fiss. A reforma estrutural a que ele se refere decorre de uma atuação conjunta do Judiciário e do Governo. O Judiciário teria o papel de – por meio de interpretação – propor as diretrizes constitucionais do Estado para a atuação governamental. A proposição, entretanto, não significa o estabelecimento dessas diretrizes de forma exclusiva e unilateral. Fiss⁴ propõe uma atuação menos radical do que as *structural injunctions* dos anos 50, em que o Judiciário tinha poderes quase ilimitados. A ponderação com a participação não apenas do Judiciário na elaboração das diretivas reconstrutivas é mais adequada à realidade atual.

Assim, atualmente, a pretensão é de que não haja simplesmente a imposição de um comportamento, mas sim a participação de todos os envolvidos na questão. Esse tipo diferenciado de tutela visa à realização de uma alteração estrutural que pode envolver até mesmo o próprio Judiciário e o Ministério Público, uma vez que ambos não estão imunes à necessidade de passar por alterações.

2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O PROJETO DE LEI Nº 8.058 DE 2014

Como na legislação brasileira, no âmbito de causas de interesse público, não se encontra regulamentação específica para decisões estruturais, o Projeto de Lei (PL) nº 8.058 foi apresentado no Congresso Nacional e está em tramitação. Ele visa a instituir “processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário”⁵, estabelecendo uma tutela jurisdicional diferenciada, que deverá pautar-se pelos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, garantia do mínimo existencial,

4 FISS, Owen M. The forms of Justice. Harvard Law Review, v. 93, n. 1, nov. 1979. p. 2. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1220>. Acesso em: 07 de nov. 2014. No original: Judges have no monopoly on the task of giving meaning to the public values of the Constitution, but neither is there reason for them to be silent. [...] Structural reform [...] is one type of adjudication, distinguished by the constitutional character of the public values, and even more importantly, by the fact that it involves an encounter between the judiciary and the state bureaucracies. The judge tries to give meaning to our constitutional values in the operation of these organizations. Structural reform truly acknowledges the bureaucratic character of the modern state, adapting traditional procedural forms to the new social reality, and in the years ahead promises to become a central - maybe the central - mode of constitutional adjudication.

5 BRASIL. Projeto de Lei nº 8.058/2014. Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=687758>> Acesso em: 6 dez. 2017.

justiça social, atendimento ao bem comum, universalidade das políticas públicas e equilíbrio orçamentário. (GRINOVER; WATANABE; LUCON, 2017).

O texto prevê, em seu parágrafo único do artigo 2º, que os processos adequados ao controle de políticas públicas têm características estruturais, o que significa a necessidade de diálogo entre os poderes.⁶ Quanto a essa característica, Grinover, Watanabe e Lucon sugerem um acréscimo ao parágrafo fazendo referência específica “ao objetivo de solucionar por completo o conflito” (GRINOVER; WATANABE; LUCON, 2017, p. 612), para deixar mais claro o sentido do termo ‘estruturais’.

Como consequência da complexidade, o projeto cita que os processos que lidam com políticas públicas têm também características policêntricas (intervenção do Poder Público e da sociedade no contraditório). Há necessidade de diálogos, colaboração, participação e debates de forma ampla. Mencionam-se a consensualidade, a flexibilidade e a possibilidade de comandos judiciais abertos.

Quanto à competência, o artigo 2º dispõe que “ressalvadas as hipóteses de ações constitucionais”, é da “justiça ordinária, estadual ou federal, por intermédio de ações coletivas ajuizadas pelos indicados pela legislação pertinente”.⁷ Com base nesse artigo, pode-se falar na existência de dois modelos de processo coletivo estrutural: um abstrato, pela via de controle concentrado, e outro concreto, pela via incidental, controle difuso. O parágrafo único desse mesmo artigo esclarece que “para a implementação ou correção de políticas públicas são admissíveis todas as espécies de ações e provimentos”.⁸

Há previsão de uma fase pré-processual, em que serão notificados o Ministério Público e a autoridade responsável. Serão prestadas informações e haverá levantamento de dados, planejamento, estabelecimento de cronograma etc. Há, também, a possibilidade de antecipação de tutela.

Outros aspectos dignos de destaque no Projeto são: a previsão de que tanto o juiz quanto a autoridade responsável poderão se utilizar de assessores técnicos especializados, de admissão do “*amicus curiae*”, de meios alternativos de solução de controvérsias, como o juízo arbitral, conciliação e mediação.⁹

No processo judicial efetivamente, vale destacar a razoabilidade do pedido e a irrazoabilidade da atuação da administração como critérios de admissibilidade, podendo se extinguir o processo sem resolução de mérito.¹⁰

O óbice da irrazoabilidade (reconhecido pelo STF) é aqui erigido em requisito de admissibilidade da ação, que por várias vezes tem afirmado que o controle jurisdicional de políticas públicas há de ser excepcional. Reconhecida a razoabilidade do pedido passa-se à citação. Começa o processo judicial. (GRINOVER; WATANABE; LUCON, 2017, p.618).

O prazo previsto no projeto para contestação é de 30 dias. Grinover, Watanabe e Lucon sugerem a possibilidade de dilatação a fim de dar maior flexibilidade ao procedimento. Flexibilidade esta que já está prevista no projeto no caso de condenações que poderão ser em obrigações flexíveis e sucessivas a fim de adequar-se à situação concreta.

6 BRASIL. Projeto de Lei nº 8.058/2014.

7 BRASIL. Projeto de Lei nº 8.058/2014.

8 BRASIL. Projeto de Lei nº 8.058/2014.

9 BRASIL. Projeto de Lei nº 8.058/2014.

10 BRASIL. Projeto de Lei nº 8.058/2014.

Há, também, a previsão de um cronograma, resultado de diálogo, objeto de debate, realista e passível de ser alterado (GRINOVER; WATANABE; LUCON, 2017, p. 618). Além disso, homologada a proposta de planejamento, sua execução será periodicamente avaliada pelo juiz com a participação das partes e do Ministério Público. Caso se revele inadequada, deverá ser revista. Nesse caso, assegura-se o diálogo, nele incluídos representantes da sociedade civil.

Interação e diálogo parecem ser a força motriz de todas as fases do Processo Coletivo Estrutural. O próprio deputado Paulo Teixeira, autor do projeto, admite que seria aconselhável alterá-lo para que haja ainda maior grau de diálogo. Para ele, o projeto prevê uma intervenção exagerada na questão orçamentária¹¹.

Além das questões já mencionadas, o Projeto prevê a reunião de processos em primeiro grau ou em grau de recursos, quando se tratar de políticas públicas relativas ao mesmo ente político. Há previsão, também, de Cadastro Nacional de Processos de Políticas Públicas cuja organização e manutenção ficarão a cargo do Conselho Nacional de Justiça.

O artigo 30 do Projeto autoriza o juiz a converter a ação individual em coletiva, havendo relevância social e ouvido o Ministério Público. Trata-se, neste caso, de melhora da redação do artigo 333 do Novo Código de Processo Civil que fora vetado pela Presidência da República.¹² Isso porque, de acordo com Grinover, duas técnicas foram previstas originalmente no Projeto do Novo Código de Processo Civil. “A primeira, prevista no artigo 139, visa a reunir ações individuais repetitivas em uma única ação em defesa de direitos individuais homogêneos”. A segunda técnica de coletivização, por sua vez, refere-se a ações “impropriamente ajuizadas como individuais”, mas que deveriam ser coletivas. Isso porque são ações em defesa de interesses difusos ou coletivos.¹³

Além das já citadas, existem outras melhorias que poderiam ser feitas ao projeto. Uma delas é disciplinar o Estado de Coisas Inconstitucional. Deixar de regulamentar o instituto é uma falha, já que se trata de situação gravíssima, cuja solução somente será possível mediante a atuação conjunta e coordenada de diversos órgãos. Ademais, a legislação se tornará incompleta, uma vez que a teoria do ECI já foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

Outra alteração que pode ser sugerida é a substituição, em todo o projeto, da expressão “mínimo existencial” pela expressão “transformação social”. Esta se mostra mais adequada ao projeto constitucional e ao seu comprometimento com a centralidade dos direitos fundamentais.

3. A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA INDUÇÃO DA IMPLANTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EFETIVADORAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Com as funções atribuídas ao Ministério Público pela Constituição da República de 1988, ele passa a ser instrumento da transformação social e instituição de acesso à Justiça. Dessa maneira, sua atividade prática no dia a dia deve ser transformadora, já que cabe

11 CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Audiência Pública Ordinária**. Discussão do Projeto de Lei 8.058/14, que institui o processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário. Comissão de Finanças e Tributação. 05 dez. 2017 Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/agenda>> Acesso em: 6 dez. 2017.

12 CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Audiência Pública Ordinária**, 2017.

13 GRINOVER, Ada Pellegrini. A Coletivização de ações individuais após o veto. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). O processo para solução de conflitos de interesse público. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 632-633.

à instituição a proteção e efetivação dos direitos mais relevantes do ordenamento.

Para cumprir sua função, a atuação do Ministério Público deve ter principalmente um

caráter indutivo e extrajudicial, no processo decisório que resultará no planejamento e na construção de políticas públicas prestacionais prioritárias, destacadamente naquelas áreas que guardam maior relação com o campo de atuação da instituição. (ÁVILA, 2016, p. 79).

É de grande relevância, também, a tutela preventiva, por ser considerada a mais significativa e importante tutela jurídica do Estado Democrático de Direito. Ela deve ser fortalecida por meio de mecanismos extrajudiciais, como notificação a autoridades públicas para que prestem esclarecimentos e depoimentos, requisição de informações, serviços e documentos de autoridades e órgãos, diligências investigatórias, audiências públicas, ações educativas, como seminários e palestras, expedição de recomendações, termos de ajustamento de conduta etc.

No caso específico das políticas públicas, Ávila ressalta a importância da participação dos membros do Ministério Público nas fases de planejamento, “em especial da agenda governamental e na formulação dessas políticas” (ALMEIDA, 2016, p. 85). Segundo esse autor, a atuação em caráter extrajudicial tem produzido resultados “substancialmente mais satisfatórios e efetivos que a simples judicialização dos conflitos massificados” (ALMEIDA, 2016, p. 83). Apesar disso, ainda é necessário que a instituição invista na mudança de mentalidade e de paradigma de seus membros, pois a postura tradicional de atuação repressiva pela via judicial ainda é fortemente arraigada em parte da instituição (ALMEIDA, 2016).

Destacando a necessidade de fomento à atuação resolutiva do Ministério Público Brasileiro por meio da atuação extrajudicial, em sessão pública ocorrida em 22 de setembro de 2016, a Corregedoria Nacional e as Corregedorias-Gerais dos Estados e da União celebraram um acordo aprovando e assinando a chamada Carta de Brasília¹⁴. O documento traz diretrizes relevantes para a atuação extrajudicial do Ministério Público e esclarece os motivos da priorização dessa via.

É importante destacar também que foi apresentada ao CNMP, em 2017, uma proposta de recomendação sobre atuação em políticas públicas efetivadoras de direitos fundamentais.

3.1 A PROPOSTA DE RECOMENDAÇÃO EM TRAMITAÇÃO NO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP), DISPONDO SOBRE A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM POLÍTICAS PÚBLICAS EFETIVADORAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Essa proposta leva em consideração

a existência de muitas situações caracterizadoras do Estado de Coisas Inconstitucional e a necessidade de uma atuação articulada e efetiva do Ministério Público nesses casos complexos.¹⁵

14 BRASIL. Corregedoria Nacional; Corregedorias-Gerais dos Estados; Corregedoria-Geral da União. **Carta de Brasília**: modernização do controle da atividade extrajudicial pelas Corregedorias do Ministério Público.

15 BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Proposta de Recomendação nº 2, de 07 de agosto de 2017. Dispõe sobre a atuação do Ministério Público em políticas públicas efetivadoras de direitos fundamentais e estabelece diretrizes para a realização ou referendo de acordos. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/>>. Acesso em: 16 dez 2017.

Entre as medidas que se devem incluir no processo de resolução efetiva desses casos complexos, a proposta cita a realização de audiências públicas e a valorização da manifestação de especialistas, diálogo com a população, visitas técnicas de campo, fomento e apoio à articulação comunitária.¹⁶

O artigo 4º do projeto é um guia para os promotores e procuradores atuarem judicialmente e extrajudicialmente.

Art. 4.º São diretrizes que devem, entre outras, conduzir a atuação do Ministério Público em políticas públicas destinadas à efetivação de direitos fundamentais:

I - acompanhar a execução das políticas públicas e promover a sua avaliação com a sociedade civil e as instituições de controle social, analisando a respectiva efetividade da política pública no plano dos direitos fundamentais;

II - atuar para que a política pública necessária para efetivação de direitos fundamentais seja contemplada no orçamento e também para que seja efetivamente implementada pelos órgãos administrativos e/ou entes federados responsáveis;

III - estabelecer metas quantitativas e qualitativas de cumprimento da prestação devida ao longo do tempo, sempre que possível por via acordada;

IV - realizar, sempre que possível, audiências públicas e/ou reuniões públicas antes de propor medidas judiciais ou extrajudiciais, convocando preferencialmente representantes de todos os grupos que possam ser atingidos pelas medidas;

V - quando atuar por intermédio de ações judiciais que exigem a implementação de políticas públicas, indicar, sempre que possível, a fonte orçamentária e financeira do custeio ou, ao menos, a existência de recursos públicos disponíveis para a execução da medida exigida;

VI - dar preferência à exigência de políticas públicas de caráter geral, ao invés de postular em juízo em favor de pessoa determinada;

VII - atuar para implementar políticas públicas socialmente necessárias e devidamente identificadas a partir do planejamento estratégico da Instituição, com a participação social e da comunidade ou grupos vulneráveis afetados;

VIII - acompanhar e fiscalizar o efetivo cumprimento das obrigações e deveres impostos pela decisão ou acordo de implementação de políticas públicas, garantindo e fomentando a participação de representantes dos diversos grupos envolvidos e interessados;

IX - considerar, nas medidas judiciais deduzidas ou acordos firmados, as possíveis repercussões sistêmicas na implementação das políticas públicas;

X - diligenciar para obter, sempre que possível, a cooperação de órgãos técnicos especializados na política pública objeto da proteção (v.g., universidades, conselhos, especialistas renomados), a fim de determinar as melhores providências a serem buscadas e alcançadas judicial ou extrajudicialmente;

XI - fixar, sempre que possível, de forma clara e objetiva, a responsabilidade de cada agente público envolvido, ou do ente federado, de modo a facilitar eventual futura responsabilização pela omissão ou execução ineficiente;

XII - priorizar, sempre que possível, a adoção de medidas a serem acordadas com o Poder Público antes de buscar decisões judiciais;

XIII - concentrar e abordar de forma sistêmica, sempre que for possível, em uma só ação ou acordo coletivo, a discussão da política pública objeto da proteção, evidenciando sua importância, repercussão, indicadores e resultados esperados.¹⁷

Se aprovada, a expectativa é de que a proposta seja colocada em prática em todo o heterogêneo Ministério Público brasileiro. No entanto, a mudança de paradigma e do comportamento de seus membros exigirá um trabalho árduo e coordenado do Conselho Nacional, das Corregedorias e dos Centros de Estudos. O desafio é grande.

16 BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Proposta de Recomendação nº 2, 2017.

17 BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Proposta de Recomendação nº 2, 2017.

CONCLUSÃO

Por se tratar aqui de teorias relativamente recentes no Direito brasileiro, elas ainda estão em construção. Há muito a aprender, ajustar, implementar e analisar. O caso do deslocamento forçado na Colômbia (Sentencia T-025/2004) continua em andamento até os dias atuais.¹⁸ Treze anos após a sentença, o processo encontra-se em plena atividade. Há avanços e retrocessos e muito ainda a ser feito.

No Brasil, apesar de o reconhecimento do ECI na ADPF 47 representar um marco, foram deferidas apenas as cautelares que dizem respeito à realização de audiências de custódia e ao descontingenciamento das verbas do FUNPEN. Não foi acatada nenhuma medida cautelar voltada para a alteração de comportamento do judiciário em relação às prisões para o futuro nem em relação às prisões já existentes, como reforço à aplicação de penas alternativas à privação de liberdade; ou determinação a todos os juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia no prazo máximo de 90 dias; ou determinação ao Conselho Nacional de Justiça que coordene um ou mais mutirões carcerários.

Assim, a decisão se tornou meramente declaratória de uma situação de gravíssima inconstitucionalidade, massiva e reiterada, dentro de um Estado Democrático de Direito, mostrando que o ordenamento jurídico brasileiro possui recursos que lhe possibilitam fazer uso dos processos coletivos estruturais para superação de Estados de Coisas Inconstitucionais, mas o que talvez lhe falte sejam vontade e coragem.

Por isso, quando se defende – como foi feito ao longo deste artigo – um Judiciário e um Ministério Público mais atuantes no campo das políticas públicas efetivadoras de direitos fundamentais, não se o faz – de maneira nenhuma – por se acreditar em uma superioridade destes sobre as funções Executiva e Legislativa. Ao contrário, o que se tem é plena consciência de que a sociedade brasileira clama por um Estado eficiente e tem profunda carência de diversos dos direitos garantidos pela Constituição, mas não efetivados. Dessa forma, a legitimidade não se baseia em superioridade, ou em qualquer outra característica subjetiva. Ela vem simplesmente do dever, sobretudo do Ministério Público, de agente indutor da transformação social e de fazer valer os preceitos fundamentais da Constituição.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson. **Temas Atuais do Ministério Público**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. cap. 2, p. 55-124.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no Direito brasileiro: reflexões a partir do Caso da ACP do Carvão. **Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região**, Brasília, v. 29, p. 70-79, n. 1/2, jan./fev. 2017. Disponível em: <<http://www.mpsp.mp.br/portal/>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

ÁVILA, Luciano Coelho. **Políticas públicas de prestação social**: entre o método, a abertura participativa e a revisão judicial. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 79-199.

BAUERMANN, Desirê. Structural Injunctions no Direito note-americano. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais* (Org.). Salvador: Juspodivm, 2017. p. 283-608.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Proposta de Recomendação nº 2, de 7 de agosto de 2017. Dispõe sobre a atuação do Ministério Público em políticas públicas efetivadoras de direitos fundamentais e estabelece diretrizes para a realização ou referendo de acordos. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/>>. Acesso em: 16 dez 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 21 dez. 2016.

BRASIL. Corregedoria Nacional; Corregedorias-Gerais dos Estados; Corregedoria-Geral da União. Carta de Brasília: modernização do controle da atividade extrajudicial pelas Corregedorias do Ministério Público. Acordo firmado entre a Corregedoria Nacional e as Corregedorias-Gerais dos Estados e da União em sessão pública ocorrida no dia 22 de setembro de 2016, no 7º Congresso de Gestão do Conselho Nacional de do Ministério Público. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

BRASIL. Projeto de Lei nº 8.058/2014. Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=687758>>. Acesso em: 6 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na ADPF nº 347. Propositor: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Intimados: União e outros. Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**, v. 181, p. 40-42, 2015. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 29 jan. 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Audiência Pública Ordinária**. Discussão do Projeto de Lei 8.058/14, que institui o processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário. Comissão de Finanças e Tributação. 5 dez. 2017. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/agenda>>. Acesso em: 6 dez. 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 145-336.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. Sentencia N° T-025 de 2004. Acción de tutela instaurada por Abel Antonio Jaramillo, Adela Polanía Montañó, Agripina María Nuñez y otros contra la Red de Solidaridad Social, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Protección Social, el Ministerio de Agricultura, el Ministerio de Educación, el INURBE, el INCORA, el SENA, y otros. Expediente T-653010 y acumulados. Relator: Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá: 22 jan. 2004. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co>>. Acesso em: 1 fev. 2017.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. ampl. Salvador: JusPodivm. 2016.

FISS, Owen M. The forms of Justice. **Harvard Law Review**, v. 93, n. 1, nov. 1979. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1220>. Acesso em: 7 de nov. 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A Coletivização de ações individuais após o veto. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE,

18 COLÔMBIA. Corte Constitucional. Seguimiento al cumplimiento de la Sentencia T-025 de 2004.

Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 628-638.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 423-448.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Projeto de Lei 8.058/2014: considerações gerais e proposta de substitutivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 609-650.

JOBIM, Marco Félix. **As medidas estruturantes e a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal para sua implementação**. Porto Alegre, RS, 2012. Tese (Doutorado): Faculdade de Direito, Pós-Graduação em Direito Público, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Texto parcial. p. 37-72. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10923/2538>>. Acesso em: 7 nov. 2017.



Av. Álvares Cabral, 1.740, 3º andar, bairro Santo Agostinho
Belo Horizonte/MG - CEP 30.170-916
www.mpmg.mp.br - dipe@mpmg.mp.br