

Ano 15 - Nº 2
jul./dez. 2023
Fortaleza-CE

REVISTA ACADÊMICA

ESCOLA SUPERIOR DO
MINISTÉRIO PÚBLICO DO CEARÁ

Publicação Semestral
ISSN Físico: 2527-0206
ISSN Eletrônico: 2176-7939



MPCE
Ministério Público
do Estado do Ceará



ESMP
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ



CEAF
CENTRO DE ESTUDOS E
APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO CEARÁ
CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

REVISTA ACADÊMICA ESCOLA SUPERIOR
DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO CEARÁ

ANO 15, Nº 2 (JUL./DEZ. 2023) SEMESTRAL
FORTALEZA-CE

ISSN FÍSICO: 2527-0206
ISSN ELETRÔNICO: 2176-7939



MPCE
Ministério Público
do Estado do Ceará



ESMP
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ



CEAF
CENTRO DE ESTUDOS E
APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

Dados Internacionais da Catalogação na Publicação (CIP)
Ficha Catalográfica - Biblioteca da ESMPCE

Revista Acadêmica [recurso eletrônico/físico] / Escola Superior do Ministério Público do Ceará / Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – Ano 15, nº 2 (jul./dez. 2023) - Fortaleza: PGJ/ESMP/CEAF/CE, 2023.

Semestral

ISSN 2527-0206 (Físico)

ISSN 2176-7939 (Eletrônico)

Disponível também em versão eletrônica:

<http://revistaacademica.mpce.mp.br/revista>

Resumo em português e inglês ou espanhol 1. Direito - Periódico. I Ministério Público do Estado do Ceará (CE).

CDD 340

EXPEDIENTE

Procurador-Geral de Justiça

Manuel Pinheiro Freitas

Diretora-Geral da Escola Superior do Ministério Público

Luciana de Aquino Vasconcelos Frota

Coordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Eneas Romero de Vasconcelos

Editor-Chefe

André Luís Tabosa de Oliveira

Editora-Executiva e Gerente de Pós-Graduação

Neiva Maria de Melo Castro Sidrão

Conselho Editorial

Alexandre Pinto Moreira

Ângela Teresa Gondim C. Chaves

André Mauro Azevedo

Alfredo Ricardo de Holanda C. Machado

Ednéa Teixeira Magalhães

Emerson Garcia

Eneas Romero de Vasconcelos

Flávia Soares Unneberg

Luciana de Aquino Vasconcelos Frota

Luciano Tonet

Luiz Alexandre Cyrilo P. M. Cogan

Luiz Antônio Abrantes Pequeno

Manuel Lima Soares Filho

Manuel Pinheiro Freitas

Mark Vlastic Nicholas Cowdery

Nara Rúbia Silva Vasconcelos Guerra

Plácido Barroso Rios

Rasmus Wandall

Silvio Marques

Vladimir Aras

Vladimir P. Zimin

Corpo de pareceristas

Alessander Wilckson Cabral Sales

Alexandre de Oliveira Alcântara

Alexandre Pinto Moreira

Alfredo Ricardo de Holanda C. Machado

André Luís Tabosa de Oliveira

André Machado Maya

André Zech Sylvestre

Ângela Teresa Gondim C. Chaves

Antonio Henrique Graciano Suxberger

Ardyllis Alves Soares

Cláudia dos Santos Costa

Douglas Fischer

Emmanuela Carvalho Cipriano Chaves

Eneas Romero de Vasconcelos

Fabiane Bordignon

Flávia Soares Unneberg

Francisco das Chagas de Vasconcelos Neto

Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior

Lincoln Simões Fontenele

Luciana de Aquino Vasconcelos Frota

Luciano Tonet

Luiz Alexandre Cyrilo P. M. Cogan

Luiza Cristina Fonseca Frischeisen

Manuel Lima Soares Filho

Marcus Vinícius Amorim de Oliveira

Maria Jacqueline Faustino Alves do Nascimento

Nara Rúbia Silva Vasconcelos Guerra

Nicholas Cowdery

Paulo Antonio Locatelli

Plácido Barroso Rios

Roberto Carlos Silva

Rafael Matos de Freitas Morais

Sheila Cavalcante Pitombeira

Normalização e Revisão

Tatiana Quirino Crisóstomo Melo - CRB3/1162

Projeto gráfico e Diagramação

Everton Viana - CE 01799 DG

Revisão ortográfica em língua portuguesa

Volnei Oliveira Araújo

Gerente Administrativa

Lise Alcântara Castelo

Chefe de Departamento de Desenvolvimento de Cursos - em exercício

Cristiane Barbosa Costa de Araújo

Chefe de Departamento de Gestão por Competências

Marcela Márjore Olímpio Pereira

Assessor Técnico

Richardson Macedo de Carvalho

Periodicidade semestral

Resumo em português, inglês ou espanhol

Rua Maria Alice Ferraz, 120. Luciano Cavalcante, Fortaleza-CE - CEP: 60.811-295.

Fone: (85) 3452.4521 / 3452.3709 / 3252.1790 / www.mpce.mp.br/institucional/esmp

E-mail: revistaacademica.esmp@mpce.mp.br

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO _____ 08

ARTIGOS INTERNOS NACIONAIS

DIVERSIDADE DE VOZES: A PROTEÇÃO À DIGNIDADE HUMANA

DIVERSITY OF VOICES: THE PROTECTION OF HUMAN DIGNITY

Flávio Maria Leite Pinheiro

Arno Dal Ri Junior _____ 13

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA RESOLUÇÃO Nº. 27 DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

CONSTITUTIONAL ASPECTS OF RESOLUTION Nº. 27 THE NATIONAL COUNCIL OF THE PUBLIC PROSECUTION

Francisco Antônio Távora Colares

_____ 31

UMA LACUNA CONSTITUCIONAL? O FORO DOS PROCURADORES DE JUSTIÇA

A CONSTITUTIONAL LOOPHOLE? THE VENUE FOR THE STATE'S APPELLATE PROSECUTORS

Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior

Vladimir Aras _____ 53

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NOS CRIMES RACIAIS

THE NON-PROSECUTION AGREEMENT IN RACIAL CRIMES

Heloisa Silva de Melo

_____ 77

A INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA PELO DIREITO DO TRABALHO E SEUS EFEITOS PREVIDENCIÁRIOS

THE INCLUSION OF THE PERSONS WITH DISABILITIES BY LABOR LAW AND ITS SOCIAL SECURITY EFFECTS

Liliane Souza Barbosa Saraiva

_____ 97

AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO DE ENDEREÇOS ELETRÔNICOS NO REQUERIMENTO DE REGISTRO DE CANDIDATURA - A (IM)POSSIBILIDADE DE REGULARIZAÇÃO POSTERIOR E SUAS CONSEQUÊNCIAS

ABSENCE OF COMMUNICATION OF ELECTRONIC ADDRESSES IN THE APPLICATION REGISTRATION APPLICATION - THE (IM)POSSIBILITY OF SUBSEQUENT REGULARIZATION AND ITS CONSEQUENCES

Lucia Leticia Lourenço Alves

_____ 121

A SOCIEDADE E OS ACOLHIMENTOS INSTITUCIONAIS: DISCUSSÕES EM REDE A PARTIR DE AUDIÊNCIA PÚBLICA

SOCIETY AND INSTITUTIONAL SHELTERING: NETWORK DISCUSSIONS FROM THE PUBLIC HEARING

Luciano Tonet

Marcos Sousa França _____ 141

ARTIGOS EXTERNOS NACIONAIS E INTERNACIONAIS

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DISCUSSÃO SOBRE O MOMENTO DA OITIVA DE ADOLESCENTE INFRATOR EM JUÍZO E O ATUAL ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

THE PERFORMANCE OF THE PUBLIC PROSECUTION OFFICE IN THE DISCUSSION ON THE MOMENT OF AN ADOLESCENT OFFENDER'S HEARING IN COURT AND THE CURRENT UNDERSTANDING OF THE HIGHER COURTS

Anna Karina Omena Vasconcellos Trennepohl

Eduardo Dias de Souza Ferreira _____ 163

A “FUNÇÃO DE GOVERNO” ENTRE COSTANTINO MORTATI E FRANCISCO CAMPOS: O CONSTITUCIONALISMO FASCISTA ITALIANO E OS FUNDAMENTOS DO “ESTADO NOVO” BRASILEIRO (1937-1945)

THE “FUNCTION OF GOVERNMENT” BETWEEN COSTANTINO MORTATI AND FRANCISCO CAMPOS: THE ITALIAN FASCIST CONSTITUTIONALISM AND THE FUNDAMENTALS OF THE BRAZILIAN “ESTADO NOVO” (1937-1945)

Arno Dal Ri Jr

Thayrine Paola Canteli _____ 187

O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO CLÁUSULA PÉTREA: ANÁLISE DA INCONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL TENDENTE A ABOLIR, ENFRAQUECER OU Esvaziar o Órgão Ministerial

THE PUBLIC MINISTRY AS A STANDARD CLAUSE: ANALYSIS OF THE UNCONSTITUTIONALITY OF A CONSTITUTIONAL AMENDMENT AIMED AT ABOLISHING, WEAKENING, OR EMPTYING THE MINISTERIAL BODY

Brenno Augusto Freire Menezes _____ 211

A JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA: COMO COMPATIBILIZAR OS DIREITOS E GARANTIAS DOS JURISDICIONADOS COM A AMPLIAÇÃO DOS ACORDOS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

THE NEGOTIATED CRIMINAL JUSTICE: HOW TO MAKE THE RIGHTS AND GUARANTEES OF THOSE UNDER JURISDICTION COMPATIBLE WITH THE EXPANSION OF AGREEMENTS IN BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

Gabriel Almeida Granja

Antonio Henrique Graciano Suxberger _____ 227

NUEVAS PERSPECTIVAS DE LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN LA FUNCIÓN MINISTERIAL

NOVAS PERSPECTIVAS PARA A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL NA FUNÇÃO MINISTERIAL

Héctor Carreón Perea _____ 249

MINISTÉRIO PÚBLICO RESOLUTIVO E ATIVISMO POLÍTICO OU IDEOLÓGICO

RESOLUTIVE PUBLIC MINISTRY AND POLITICAL OR IDEOLOGICAL ACTIVISM

João Gaspar Rodrigues _____ 261

APRESENTAÇÃO

É com grande alegria e sentimento de realização que entregamos a edição da Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará, Ano 15 – Nº 2 (jul./dez.) 2023, ainda embevecidos pelo orgulho de termos nosso periódico avaliado pela CAPES com Qualis B3, o que denota o seu considerável aprimoramento nos últimos anos.

Creditamos o atual sucesso ao trabalho desempenhado pela devotada e diligente equipe editorial que, sempre com grande esmero, vem buscando a excelência científica, através seleção de publicações sobre temas atuais e de suma relevância na seara jurídica, tanto no cenário nacional, quanto em âmbito internacional, elevando sempre o padrão da nossa revista.

Aproveitamos a oportunidade para reafirmar nosso pacto de entregar um periódico que traduza o pensamento do Ministério Público, no intuito de melhor difundir a defesa dos interesses da nossa sociedade e, cientes da nossa responsabilidade, nos comprometemos a intensificar todos os esforços necessários para que possamos seguir em constante evolução. Acolhemos e acolheremos, pois, sempre, as considerações de criticidade dos nossos leitores, autores de artigos e de toda a comunidade, que vêm colaborando para este contínuo progresso.

Ademais disso, vale destacar que a novel edição da Revista da ESMP-CE, conta com 13 (treze) artigos, no total, sendo 7 (sete) artigos internos e 6 (seis) artigos externos.

Nos artigos internos, seguem os temas: Diversidade de Vozes: A proteção à Dignidade Humana, de autoria de Flávio Maria Leite Pinheiro, em parceria com Arno Dal Ri Junior, que explana sobre a possibilidade de compartilhar o mundo por meio do agir e do diálogo, respeitando a diversidade de opiniões e de perspectivas; Aspectos constitucionais da resolução nº 27 do Conselho Nacional do Ministério Público, de Francisco Antônio Távora Colares, o qual questiona a constitucionalidade da vedação do exercício da advocacia pelos servidores do Ministério Público brasileiro; Uma lacuna constitucional? O foro dos procuradores de Justiça, cujos autores são Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior e Vladimir Aras, que traz uma crítica à abordagem do STF quanto ao juízo competente para julgamento das mais altas autoridades da República; O Acordo de Não Persecução Penal nos crimes raciais, de Heloisa Silva de Melo, que retruca a compatibilidade entre o acordo e o compromisso constitucional brasileiro em combater o racismo; A Inclusão da pessoa com deficiência pelo direito do trabalho e seus efeitos previdenciários, de Liliane Souza Barbosa Saraiva, cuja abordagem passeia no histórico da realidade da pessoa com deficiência na sociedade, bem como na inserção das normativas

de proteção inseridas no ordenamento jurídico brasileiro, tratando, especialmente, sobre a proteção social do trabalho; Ausência de comunicação de endereços eletrônicos no requerimento de registro de candidatura a (im)possibilidade de regularização posterior e suas consequências, de Lucia Letícia Lourenço Alves, que reflete, a partir de decisão paradigmática do Tribunal Superior Eleitoral, como a ausência da comunicação dos endereços eletrônicos pelos candidatos no Requerimento de Registro de Candidatura pode influenciar no período de campanha eleitoral e no alcance das propostas, e A Sociedade e os acolhimentos institucionais: discussões em rede a partir de audiência pública, de Luciano Tonet em parceria com Marcos Sousa França, que abordam a problemática dos acolhimentos institucionais de crianças e de adolescentes, sugerindo a democratização do enfrentamento dos problemas através, principalmente, de instrumentos como a audiência pública, para inclusão da sociedade no enfrentamento das questões pertinentes.

Dentre os artigos externos, as temáticas são as seguintes: A atuação do ministério público na discussão sobre o momento da oitiva de adolescente infrator em juízo e o atual entendimento dos tribunais superiores, de Anna Karina Omena Vasconcellos Trennepoh, em parceria com Eduardo Dias de Souza Ferreira, que trazem a discussão acerca do momento da oitiva dos adolescentes infratores em juízo, bem como tratam dos princípios da proteção integral, do interesse superior da criança e do adolescente, da prioridade absoluta e do respeito da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento; A “função de governo” entre Costantino Mortati e Francisco Campos: o constitucionalismo fascista italiano e os fundamentos do “estado novo” brasileiro, dos autores Arno Dal Ri Junior e Thayrane Paola Canteli, que analisam através de quais delineamentos as noções sobre a função de governo utilizadas nas abordagens de Francisco Campos (1891-1968) se aproximaram daquelas fornecidas pelo jurista italiano Costantino Mortati (1891-1985); O Ministério Público como cláusula pétrea: análise da inconstitucionalidade da emenda constitucional tendente a abolir, enfraquecer ou esvaziar o órgão ministerial, de Brenno Augusto Freire Menezes, o qual sustenta a inconstitucionalidade de proposta ou emenda constitucional tendente a abolir, enfraquecer ou esvaziar a atuação do Ministério Público; A Justiça Penal Negociada: como compatibilizar os direitos e garantias dos jurisdicionados com a ampliação dos acordos no ordenamento brasileiro, de Gabriel Almeida Granja e de Antonio Henrique Graciano Suxberger, que concluem que a expansão da justiça negociada em matéria penal, quando obediente a um procedimento público e formalizado que minimize a ocorrência de injustiças e estabeleça uma abrangência delimitada, mostra-se não apenas viável, como benéfica para os atores processuais e para sociedade; Nuevas perspectivas de la cooperación internacional en la función ministerial, do autor mexicano Héctor Carreón Pere que, após analisar os mecanismos de cooperação internacional utilizados pelos Ministérios Públicos estadu-

ais, identifica os principais desafios no âmbito da assistência jurídica mútua em nível regional; e, finalmente, Ministério Público resolutivo e ativismo político ou ideológico, de João Gaspar Rodrigues, que conclui que a causa do Ministério Público sempre será pública, com o dever de zelar pelo enfrentamento de desafios e busca incessante pelo interesse público, sem trazer uma extensão das visões singulares de cada membro.

Diante do exposto, agradecemos, mais uma vez, ao Editor-chefe da Revista Acadêmica, André Tabosa, por toda a sua dedicação e compromisso, bem como aos recentes diretores da Escola Superior do Ministério Público, Luciana de Aquino Vasconcelos Frota e Eneas Romero de Vasconcelos, à incansável gerente de pós-graduação da ESMP, Neiva Maria, a nossa aplicada bibliotecária, Tatiana Quirino, ao corpo de pareceristas, conselho editorial e articulistas e, finalmente, a todos os servidores que integram a equipe da Escola Superior do Ministério Público, do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional e da Secretaria de Comunicação que tanto contribuíram para a gestação e nascimento desta edição especialmente diversificada e recheada de ideias que certamente trarão grandes oportunidades de reflexão para toda a comunidade jurídica.

Tenham todos uma excelente leitura!

Equipe da Revista Acadêmica ESMP/CEAF-CE

DIVERSIDADE DE VOZES: A
PROTEÇÃO À DIGNIDADE HUMANA

*DIVERSITY OF VOICES: THE
PROTECTION OF HUMAN DIGNITY*

DIVERSIDADE DE VOZES: A PROTEÇÃO À DIGNIDADE HUMANA¹

DIVERSITY OF VOICES: THE PROTECTION OF HUMAN DIGNITY

Flávio Maria Leite Pinheiro²

Arno Dal Ri Junior³

RESUMO

O objetivo deste estudo é compreender quais aspectos da condição humana são importantes para garantir a dignidade humana. Tais considerações são norteadas teoricamente pelas obras da filósofa contemporânea Hannah Arendt. Falar-se-á da dignidade humana de um ponto de vista negativo, daí a sua ausência. Analisar-se-á a usurpação dos direitos humanos por parte da população expulsa como condição de pertencimento à comunidade política. Assim, a partir da contemplação da falta de valor, analisar-se-ão elementos característicos para garantir a dignidade dos homens e mulheres que compõem a comunidade humana, a saber: a singularização, ou individualização, que se consegue pela discussão na humanidade.

Palavras-chave: Hannah Arendt; condição humana; dignidade humana.

1 INTRODUÇÃO

Hannah Arendt, uma das proeminentes pensadoras políticas do século XX, nasceu em 1906 na Alemanha, proveniente de uma família de origem judaica. Ela deu início aos seus estudos universitários na Universidade de Marburg em 1924, onde se dedicou à filosofia sob a tutela de Martin Heidegger. Dois anos

1 Data de Recebimento: 04/09/2023. Data de Aceite: 14/11/2023.

2 Pós-Doutorando pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutor e Mestre pela mesma universidade. Mestre em Filosofia pela Universidade Estadual do Ceará (UECE). Graduado em Direito e Filosofia. Professor Efetivo da Fundação Universidade Estadual Vale do Acaraú (UVA), localizada em Sobral, Estado do Ceará. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3211947345074158>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5647-3147>. E-mail: flavio.pinheiro@posgrad.ufsc.br.

3 Supervisor do Pós-Doutorando e Professor Titular de Teoria e História do Direito Internacional na Universidade Federal de Santa Catarina, sendo responsável pelas disciplinas 'Direito Internacional' e 'Teoria Política' no curso de graduação e 'Teoria e História do Direito Internacional' nos programas de Mestrado e de Doutorado em Direito. É bacharel em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí, Mestre em Direito e Política da União Europeia pela Università di Padova e Doutor em Direito Internacional pela Università Luigi Bocconi de Milão, tendo realizado pós-doutorado na *Université Paris I (Panthéon-Sorbonne)* e na *Universiteit Gent* (Bélgica). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2020985889273319>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7734-0404>. E-mail: arnodalri@gmail.com.

depois, transferiu-se para a Universidade Albert Ludwig em Freiburg, onde frequentou as aulas de filosofia ministradas por Edmund Husserl.

No entanto, foi na Universidade de Heidelberg, sob a orientação de Karl Jaspers, que Hannah Arendt concluiu sua jornada acadêmica com a defesa de sua tese intitulada “O Conceito de Amor em Santo Agostinho”. Como uma estudiosa da teoria política, ela engajou-se de maneira ativa na resistência contra o avanço do partido nazista na Alemanha. Devido às suas raízes e suas contínuas críticas ao nacional-socialismo, Arendt se viu compelida a deixar a Alemanha e buscar moradia em várias regiões da Europa, até finalmente estabelecer-se em Paris. Em 1941, ela conseguiu escapar para os Estados Unidos da América, onde residiu até o seu falecimento, em 1975.

Como sobrevivente de um dos períodos mais tumultuosos da história da humanidade, sua obra política e filosófica assume grande relevância para a compreensão, não apenas dos regimes totalitários que marcaram o século XX, mas também para abordar questões éticas, políticas, jurídicas e, naturalmente, filosóficas. Seu pensamento reflete profundamente as tensões de sua época e suas próprias vivências, sendo influenciado notavelmente pela sua condição de apátrida. Consequentemente, ao explorar a teoria política ou filosófica de Arendt, é uma prática comum entre os estudiosos considerar, cuidadosamente, a história e a experiência pessoal da autora, mantendo um equilíbrio adequado e evitando interpretações excessivamente orientadas para aspectos psicológicos ou deterministas.

Sua obra “Origens do Totalitarismo”, publicada entre 1951 e 1953, é um testemunho vívido de seu entendimento sobre as raízes e a natureza dos regimes totalitários, abordando tanto o nazismo quanto o stalinismo. Nesse trabalho, ela explorou temas como propaganda, isolamento político e o colapso das estruturas sociais tradicionais.

Outra obra marcante é “A Condição Humana”, publicada em 1958, onde Arendt examina a experiência humana moderna em relação à política, trabalho e vida pública. Seu conceito de “ação” como um elemento essencial da vida política, e sua análise das mudanças na esfera pública ao longo da história foram influentes no pensamento político e social.

Hannah Arendt também se debruçou sobre questões de responsabilidade e julgamento moral em “Eichmann em Jerusalém: Um Relato sobre a Banalidade do Mal”, publicado em 1963. Nesse livro, ela examina o julgamento de Adolf Eichmann, um dos principais organizadores do Holocausto, e cunha o termo “banalidade do mal” para discutir como atrocidades podem ser perpetradas por indivíduos comuns obedecendo a ordens sem questionamento moral.

Ao longo de sua vida, Hannah Arendt contribuiu, de maneira profunda e crítica, para as discussões sobre política, filosofia e ética em um século marcado por convulsões históricas. Suas obras são testemunhos intelectuais das transformações e dilemas vivenciados por ela e pela humanidade em um período tumultuado.

A espontaneidade, em Arendt, é a capacidade de uma pessoa de iniciar algo novo no mundo, ou seja, de agir. A espontaneidade é concernente às mulheres e aos homens – seres únicos – aparecendo diante do público mundial. Exatamente o que governos autoritários como os governos totalitários europeus do século XX não tiveram. Esses governos sabiam que quando a espontaneidade fosse destruída, eles destruíam o homem e o domínio total seria inevitável.

O presente estudo foi realizado com base no método dedutivo, de maneira qualitativa, com propósito exploratório, produzido a partir de revisões bibliográficas, que tem a finalidade problemas a partir de pressupostos sobre a abordagem do tema, de forma que este estudo não é uma mera repetição do que já foi dito ou escrito sobre o assunto, mas propicia o exame de um tema sob novo olhar ou abordagem, chegando a conclusões inovadoras.

Na primeira parte do desenvolvimento, falar-se-á sobre o aniquilamento da espontaneidade humana, alicerçado no livro “As Origens do Totalitarismo”, no qual Hannah Arendt explora como a doutrinação ideológica e o terror do totalitarismo buscam suprimir a singularidade humana e a pluralidade do mundo público. Ela enfatiza a importância da espontaneidade na ação e na política, destacando que regimes totalitários eliminam a liberdade individual. A obra ressalta como a interação entre indivíduos é essencial para um mundo comum, sendo crucial para a resistência contra sistemas autoritários e para a verdadeira participação política.

Em um segundo momento, abordar-se-á a espoliação dos direitos humanos, a partir do qual Hannah Arendt destaca a trajetória destes direitos desde o século XVIII, quando a Declaração dos Direitos Humanos vinculou a lei à humanidade. No entanto, no século XX, a ênfase nos direitos nacionais obscureceu os individuais. A situação dos apátridas e minorias reflete a vulnerabilidade dos direitos, quando não há comunidade política. Arendt enfatiza a importância do espaço público para os direitos humanos, alertando que a exclusão desse espaço priva o ser humano da humanidade, essencialmente pela impossibilidade de opinar e agir.

Finalizando, tratar-se-á a respeito da originalidade e espaço da aparência. Em “A Vida do Espírito”, Arendt explora o espaço da aparência, onde as pessoas se apresentam através de ações e palavras, expressando singularidade. Por meio do discurso e da comunicação com os outros, os seres humanos afirmam sua identidade. Arendt destaca a importância do diálogo e do amor à humanidade como base da amizade, alegando que a

verdade se humaniza através do compartilhamento de opiniões e do respeito à diversidade. Por meio do diálogo, o mundo e a humanidade se tornam acessíveis e humanizados.

2 ANIQUILAMENTO DA ESPONTANEIDADE HUMANA

Em seu livro *As Origens do Totalitarismo*, Hannah Arendt (1997, p. 488) refere-se à doutrinação ideológica e ao terror absoluto como o totalitarismo usado para alcançar a dominação total. O domínio elimina avidamente a singularidade dos indivíduos e, portanto, a pluralidade do mundo público, criando um corpo único, uma identidade única que engloba toda a humanidade. Para que isso seja possível, cada indivíduo deve ser reduzido a uma mesma identidade. As reações a certas circunstâncias devem ser as mesmas para todos. Para fazer isso, a espontaneidade deve ser eliminada. O objetivo do terror é sufocar a espontaneidade e, assim, interromper a ação. Segundo Arendt (1997, p. 489), a deterioração da espontaneidade torna o indivíduo um fantoche facilmente manipulável que aceita passivamente o que lhe é prescrito. A espontaneidade é um produto da individualidade, e quando a individualidade é destruída, a espontaneidade é destruída. A espontaneidade nada mais é do que a capacidade humana de agir (ação), de agir para construir o mundo comum de todos, ou seja, se a ação é possível, significa que todos podem se apresentar ao mundo como separados, individuais, únicos. Portanto, quando a individualidade é destruída, a pessoa humana é destruída, e o que resta é algo como outro espécime do animal humano. Infelizmente, os campos de concentração e os campos de extermínio mostraram que sem espontaneidade e, portanto, individualidade, é possível criar esse outro espécime. Nesse sentido Arendt, (1997, p. 506) afirma que “[...] A experiência dos campos de concentração demonstra [...] que a natureza do homem só é humana na medida em que dá ao homem a possibilidade de tornar-se algo eminentemente não-natural, isto é, um homem”.

Em *A Condição Humana*, publicado em 1958, Arendt desenvolve, claramente, a ideia de que o homem revela e fortalece sua humanidade por meio da ação e da fala, ao interagir com outras pessoas capazes de agir e falar. Comunicando-se no mundo, usando a fala, uma pessoa aparece como um indivíduo único e especial, um ser insólito. Isso significa que uma pessoa constrói sua humanidade, sua dignidade em ações que só são possíveis em harmonia com outras pessoas. A importância do público é apresentada porque é o espaço cotidiano onde as pessoas agem, onde ocorre a realidade do eu (identidade) e do mundo circundante. Assim, o que distingue o homem dos demais animais não é o ato de “pensar”, mas sim o fato de ele agir e falar – iniciar algo e dizer quem é – efetivamente em relação aos outros. Uma pessoa cria o espaço atemporal e espacial de ação, ou seja, o espaço da política, usando-o. A política é, portanto, um espaço interpessoal

que aparece quando a ação e a discussão acontecem. É assim que política e liberdade se identificam, pois sem espontaneidade para começar algo novo em um mundo formado por outras pessoas igualmente capazes, a ação não surte efeito.

A dignidade humana transcende tudo o que uma pessoa pode fazer ou produzir e centra-se na criação da singularidade humana, a identidade própria de cada pessoa, dada em relação a outras pessoas que são igualmente capazes de agir e falar. Segundo Arendt (1989, p. 217), a ação e a conversa são os principais elementos que distinguem a vida humana da vida dos outros animais. A dignidade humana depende da espontaneidade, ou seja, da capacidade de agir.

Segundo Arendt (1989, p. 259), o homem estaria reduzido a processos essenciais sem ação e fala. A atividade do agir interrompe o ciclo biológico de nascimento, metabolismo e morte; mas o homem nasce para começar, para começar algo novo no mundo, para introduzir algo inédito no mundo. É o milagre que salva o reino humano de sua destruição natural associada aos processos metabólicos de nascimento, crescimento e morte. A fé e a esperança são fundamentais para a existência humana, porque nascem o nascimento manifesta e dá esperança ao novo, nesse sentido, a espontaneidade, o inédito, a liberdade é vivenciada em toda atividade humana. A espontaneidade está relacionada à imprevisibilidade, ou seja, não há garantia absoluta de que cada indivíduo pode ou não pode, todas as ações são inesperadas, uma pessoa pode mudar de ideia a qualquer momento, repensar suas decisões e mudar a ação. A imprevisibilidade leva a um comportamento que um regime que busca o poder total não pode aceitar.

Nas nações totalitárias, a individualidade, ou qualquer outra distinção entre as pessoas, é proibida. Isso porque, permitir a individualidade – a singularidade – possibilitaria a ação e, com ela, o poder político. Outras formas de regime autoritário, como a tirania e a ditadura, concentram-se na destruição da atividade política. No entanto, a dimensão da vida privada e dos negócios permanece.

Em ambos os casos, porém, a espontaneidade, a vida política – a atividade – deve ser destruída. Como alcançar a supremacia total quando há ação e poder político? Isso é o que movimentos totalitários e governos autoritários queriam evitar.

A liberdade de ação espontânea das pessoas seria um obstáculo para a realização de ideias totalitárias e outras formas autoritárias de governo. Portanto, eliminar a liberdade é o único caminho a seguir. Portanto, o terror deve destruir a dimensão da diversidade humana – a dimensão onde todos podem se mostrar uns aos outros e apresentar sua singularidade – e destruir o espaço de expressão – o espaço público do mundo onde a política pode ser feita e de onde vem o poder político – que converte tudo em uma massa amorfa.

O perigo está em tirar todas as oportunidades da vida pública. A premissa de criar

governos totalitários, tirânicos ou ditatoriais é perder a dimensão da formação do espaço entre as pessoas quando elas agem e formam um mundo comum – nesse aspecto são idênticas. Indivíduos separados do mundo comum são impotentes porque não retêm a vontade de agir. O poder de resistir a qualquer forma de tirania vem da capacidade de colaborar e se relacionar publicamente. Quando o mundo comum é removido, a capacidade humana de agir desaparece e, assim, a resistência a qualquer possibilidade de governança.

Um mundo comum, vida pública e poder político requerem ação e debate. A atividade de atividade corresponde à condição humana de pluralidade, porque é uma atividade que se pratica diretamente entre as pessoas, sem a mediação das coisas ou da natureza, por exemplo, na produção e na atividade laboral. Isso corresponde ao fato de que as pessoas, e não o homem, vivem na terra e vivem no mundo (Arendt, 1989, p. 15). A ação é caracterizada pela imprevisibilidade e carrega consigo a possibilidade constante de criar novos e infinitos começos que norteiam a ação contínua. O nascimento é o primeiro começo, portanto, a nascença é uma categoria de atividade central. Ações e palavras ou ações e palavras trazem uma pessoa ao mundo, distinguindo-a de todas as outras de sua espécie. Como os homens aparecem uns para os outros, eles não permanecem simplesmente distintos, meros objetos físicos, mas se deixam ver como homens distintos e individuais. Entrar no mundo humano é um novo nascimento, depende da iniciativa de cada um. A ação e a fala são condicionadas apenas pela relação com outras pessoas, precisam das palavras e ações dos outros, não podem acontecer isoladamente. Para ilustrar, uma atividade é dividida em duas partes: a iniciação, que é feita por uma pessoa, e a execução, que envolve muitas pessoas para que ela aconteça.

A pluralidade de pessoas é necessária para a existência de um mundo comum. A pluralidade de pessoas é assegurada pela interação de indivíduos individuais e pela troca de opiniões. Pluralismo é a combinação da diversidade de perspectivas e entendimentos de todos os indivíduos. A pluralidade de pessoas é a condição básica da ação e da discussão e a razão da ação. A pluralidade de pessoas representa o lado duplo da igualdade e da diferença, e justamente isso confere à pessoa uma singularidade excepcional (Arendt, 1989, p. 188). A paridade possibilita o entendimento entre homens e seus descendentes, a diferença já possibilita a fala e a ação, ou seja, obriga a compreensão. No entanto, o termo “diferença” não é suficiente para entender a pluralidade, o termo “distinção” é mais adequado, ou seja, as pessoas diferem umas das outras mais do que apenas diferentes, porque todos são diferentes de alguma forma, apresenta-se como único, ímpar, se cada pessoa é distinto, o mundo consiste em seres plurais.

Pode-se dizer que a capacidade da diversidade humana faz com que as pessoas se sintam pertencentes à humanidade, apoiem o mundo do qual também fazem parte. O

pluralismo impede que a solidão domine e destrua a capacidade de alguém se sentir pertencente a um mundo que combina singularidade e pluralismo. Talvez dê a cada indivíduo responsabilidade pelo outro e pelo mundo.

É tão importante que os governos autoritários destruam o espaço político – que é o espaço construído entre as pessoas – em favor da esterilidade, do afastamento. Nos sistemas autoritários, as pessoas não podem usar a dimensão criativa da espontaneidade – a liberdade – e permanecem isoladas do mundo, porque não conseguem se conectar com o que as cerca, ou seja, ele não entende que esse mesmo mundo também o forma e o valoriza como pessoa.

3 ESPOLIAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Para Arendt, o objetivo do século XVIII era trazer consigo a libertação de todas as pessoas com a Declaração dos Direitos Humanos. Surgiu o entendimento de que a fonte da lei não é mais Deus, nem o costume ou a formação histórica, mas o próprio homem. A autoridade não seria usada para promulgar a lei, porque o próprio homem era a fonte original e o objetivo final da lei. A Declaração dos Direitos Humanos foi entendida como prova da libertação do homem de todas as formas de escravidão.

A Declaração dos Direitos Humanos foi vista no século XIX como uma fonte de proteção para os direitos dos menos favorecidos, e foi invocada sempre que um indivíduo precisava de proteção. Como os direitos das pessoas eram considerados inalienáveis, inalienáveis e não derivados de outros direitos ou leis, pensou-se que nenhuma lei especial era necessária para proteger os direitos contidos na declaração, assumindo que todas as leis eram baseadas nela.

Todavia, as atrocidades percebidas contra a dignidade humana no século XX, principalmente durante a Segunda Guerra Mundial, deveu-se ao fato de que a Declaração dos Direitos Humanos não se referiu aos seres humanos como indivíduos e seres únicos, e sim como membros de um Estado nacional. Isso indicava que todo o debate sobre direitos humanos estava intimamente relacionado com a questão da soberania nacional. Deste modo pode ser expressado: “Como a humanidade, desde a Revolução Francesa, era concebida à margem de uma família de nações, tornou-se gradualmente evidente que o povo, e não o indivíduo, representava a imagem do homem” (Arendt, 1997, p. 325).

Essa identificação e suas implicações vieram à tona pela primeira vez quando ruiu a proteção de Estados-nações garantidores de direitos mínimos – uma avalanche de povos e indivíduos desprotegidos – apareceu no cenário mundial.

O princípio básico dos direitos humanos, ou seja, que os direitos humanos não de-

pendem de nenhum governo e, portanto, são inalienáveis, deve ser reafirmado quando se torna claro que a perda de direitos nacionais conferidos pelos Estados-nações significa perda de direitos humanos. Mesmo antes da eclosão da Segunda Guerra Mundial, tornou-se incontroverso no caso de apátridas e minorias. Criou-se uma situação em que as ações dos apátridas acabaram por fortalecer sua condição. Tanto que seus direitos não foram respeitados, essas pessoas se isolaram em suas próprias comunidades, reivindicando seus direitos apenas como pertencentes a uma determinada comunidade e nunca reivindicando seus direitos. Como uma pessoa com direitos básicos. Há apenas uma resposta para esta terrível situação.

Essa identificação e suas implicações só vieram à tona, quando uma avalanche de pessoas e povos sem proteção – proteção de um Estado-nação que lhes garantisse o mínimo de direitos – surgiu no cenário mundial.

O princípio básico dos direitos humanos, ou seja, sua inalienabilidade por não depender de nenhum governo, fragilizada quando ficou claro que a perda de direitos nacionais ou concedidos pelo Estado-nação significava a perda de direitos humanos – evidência que não foi contestada entre os apátridas e minorias, mesmo antes da eclosão da Segunda Guerra Mundial. Surgiu uma situação em que a ação dos apátridas acabou fortalecendo sua posição: quanto menos seus direitos eram respeitados, mais essas pessoas se fechavam em suas comunidades, exigindo direitos apenas como pertencentes a uma determinada comunidade, sem exigi-los, como pessoas com direitos fundamentais. Só há uma resposta para esta situação catastrófica:

Os Direitos do Homem, solenemente proclamados pelas revoluções francesa e americana como novo fundamento para as sociedades civilizadas, jamais haviam constituído questão prática empolítica (Arendt, 1997, p. 326).

Segundo Arendt, os direitos humanos sempre foram tratados marginalmente, pois não foram promulgados em nenhum país e foram vistos, na melhor das hipóteses, como pressupostos derivados da ideia de soberania nacional. No século XX, a cidadania (a gama de direitos que os cidadãos desfrutam em seu país, como direitos à vida, à propriedade e ao trabalho) representava os direitos humanos, independentemente da nacionalidade. Se as leis nacionais não pressupunham e atendessem aos privilégios dos direitos humanos, esperava-se uma mudança de lei no caso de Estados democráticos, e esperava-se que uma revolução relevante intervisse no caso de estados despóticos. Assim, os direitos humanos inalienáveis permaneceram insatisfeitos, especialmente quando surgiram pessoas que não eram cidadãs de um Estado soberano, mostrando

novamente que pertencer a um estado como cidadão só desse estado garante o respeito aos direitos humanos.

Em um determinado momento da história do século XX, a obrigação de pertencer a uma Nação era tão grande que os apátridas expulsos do Estado-nação ficavam completamente desamparados porque nenhum país lhes oferecia abrigo. O problema não era a perda do lar, mas a impossibilidade de encontrar um novo lar (Arendt, 1997, p. 327). Os apátridas perderam a proteção nacional – status legal – não apenas em seus países, mas em todos os países. Enquanto os Estados-nações criaram uma rede de proteção para seus cidadãos com tratados internacionais e acordos de reciprocidade que garantiram a seus cidadãos status legal em todo o mundo, qualquer pessoa fora do país estava desprotegida e, portanto, ilegal em todos os lugares. Para Arendt, ser privado desse tipo de legalidade ou de quaisquer direitos não era cometer um crime, mas ser quem eles eram. Isso segue a surpreendente conclusão de Arendt de que as dificuldades dos desprivilegiados não estavam relacionadas à perda de direitos listados como direitos humanos nas declarações americana e francesa, mas ao absurdo de privar um indivíduo do direito de pertencer a uma comunidade política. Mesmo os apátridas e as minorias não têm direito à liberdade porque não têm pleno direito. A dolorosa situação dos apátridas e minorias segundo as palavras de Arendt:

[...] não resulta do fato de não serem iguais perante a lei, mas sim de não existirem mais leis para eles; não de serem oprimidos, mas de não haver ninguém mais que se interesse por eles, nem que seja para oprimi-los. [...] O prolongamento de suas vidas é devido à caridade e não ao direito, pois não existe lei que possa forçar as nações a alimentá-los; a sua liberdade de movimento, se a têm, não lhes dá nenhum direito de residência, do qual até o criminoso encarcerado desfruta naturalmente; e a sua liberdade de opinião é uma liberdade fútil, pois nada do que pensam tem qualquer importância. [...] A privação fundamental dos direitos humanos manifesta-se, primeiro e acima de tudo, na privação de um lugar no mundo que torne a opinião significativa e a ação eficaz (Arendt, 1997, p. 329 - 330).

Conforme explicitado, segundo Arendt, o princípio dos direitos humanos é participar como cidadão na comunidade política, mesmo que não tenha cidadania⁴. Os direitos

⁴ Arendt discorda do princípio subjacente à Declaração de 1948 sobre direitos humanos, que afirma que os direitos são regidos pela natureza individual do ser humano. Celso Lafer (p. 154-155) aponta que as Convenções Internacionais pós-Segunda Guerra Mundial buscaram proteger garantias coletivas além dos interesses estatais, tutelando os direitos dos indivíduos como seres humanos, não apenas como cidadãos de um Estado. A ordem internacional também buscou limitar

humanos que garantem a convivência coletiva requerem espaço público, e o pleno acesso a esse espaço só pode ser alcançado por meio da cidadania. O primeiro direito é o direito de ter direitos, ou seja, acesso ao sistema legal, que por sua vez só é possível através da cidadania.

Pode-se dizer que os direitos humanos são verdadeiramente violados, quando uma pessoa é privada de um espaço no mundo onde possa ver e ouvir, onde possa realmente se mostrar e praticar a ação e a fala. Agora, quando as pessoas são privadas do espaço público, seus direitos humanos são usurpados e elas vão à falência. Nesse sentido, a diferença entre direitos humanos e direitos civis é importante, pois simplesmente respeitar os direitos civis não significa que os direitos humanos sejam automaticamente respeitados. Arendt adverte que as pessoas privadas de direitos básicos – principalmente se pertencem a uma comunidade política – perdem muito mais do que a liberdade e a justiça, que são direitos do cidadão, porque perdem o direito de agir; perdem mais do que a liberdade de pensamento, porque perdem o direito à sua opinião. De tudo isso, Arendt tira uma conclusão importante e decisiva para a política e o direito internacional de hoje: somente no momento em que milhares de pessoas perderam o direito de pertencer a uma comunidade política sem a possibilidade de recuperá-lo, é que se pode perceber o direito a ter e direito de pertencer a uma coletividade organizada (Arendt, 1997, pág. 330). Sem esses dois princípios (o direito aos direitos e o direito de pertencer a uma comunidade política), o homem é descartado da humanidade porque lhe é negada a adequação do discurso – opinião – e da relação política – ação. Segundo Arendt (1997, p. 331), a perda de todos os direitos elencados na Declaração dos Direitos Humanos ainda não priva a pessoa de sua dignidade; a catástrofe é quando se tiram das pessoas as condições de opinar e agir.

4 ORIGINALIDADE E ESPAÇO DA APARÊNCIA

Em *A Vida do Espírito*, Arendt analisa o que chama de espaço da aparência. A filósofa política (Arendt, 1995, pp. 28 e 29) defende que as pessoas se “apresentam” ao mundo por meio de suas ações e palavras, e como desejam se apresentar, ou seja, o que veem e fazem aos outros. Somente os humanos podem falar sobre si mesmos, não apenas para transmitir sensações como sede, fome, dor e hostilidade, mas também para expressar suas próprias preferências e pontos de vista.

Cada ser humano se diferencia dos outros por expressar suas decisões e afirmar sua

o aumento de apátridas, como evidenciado no Artigo XV da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que assegura a nacionalidade como direito fundamental e protege contra privações arbitrárias. No entanto, a noção de nacionalidade é considerada a priori nesse contexto, algo que, como argumentado, é amplamente debatível.

singularidade. Essa individuação e diferenciação ocorre por meio do discurso. A reflexão inerente à atividade de imanência orienta os indivíduos a escolher como se “apresentam” ao mundo. A apresentação de si mesmo (ARENDT, 1995, pp. 28 e 29) refere-se ao uso individual de habilidades reflexivas inerentes à atividade espiritual (pensamento, vontade, julgamento). Essa representação do indivíduo – a autoapresentação – precisa do discurso para realizar o que surgiu dentro dele. Em segundo lugar, o discurso precisa de um público com quem se comunicar. Os espectadores não são meros receptores, mas testemunham a realidade do que é concebido dentro.

As palavras de Sócrates “Seja como quer aparecer” (Sócrates, *apud* Arendt, 1995, p. 30) têm um significado único para Arendt, porque isso significa que todos devem ter sua própria individualidade que desejam que os outros vejam. Agir dessa forma permite que o indivíduo faça uma escolha consciente – livre arbítrio – ao escolher como quer ser e como se parece, entre tantas outras possibilidades comportamentais.

Com base em Arendt, é possível entender que o indivíduo é o criador de sua própria identidade – sua própria singularidade – porque ele escolhe conscientemente como quer ser e se parecer. Nesse sentido, ser e aparecer são a mesma coisa. Como indivíduo, o homem aparece como um ser único; é visível, porque pode comunicar, pode mostrar-se aos outros – a condição da multiplicidade. Sem o mundo das aparências no qual ocorre a interação, os humanos não poderiam existir. Foi observado que o senso de singularidade de uma pessoa é observado apenas no mundo comum composto por outras pessoas, ou seja, no meio da multidão de homens. Arendt se baseia em Karl Jaspers ao discutir a unidade da humanidade. Para Jaspers, essa contribuição é uma comunicação ilimitada. A filósofa judia explica que Jaspers teria usado essa expressão – comunicabilidade ilimitada – em quase todas as suas obras, e isso significaria “[...] a fé na compreensibilidade de todas as verdades e a disposição para revelar e para ouvir como condição primeira de toda e qualquer relação humana [...]” (Arendt 1991, p. 104). As pessoas tendem a falar e ouvir; esta disposição permite que uma pessoa entenda a outra. Nesse sentido, o conceito de comunicação não é apenas a “expressão” de ideias. A comunicação seria uma prática entre as pessoas e nunca sozinha, da qual as pessoas se retiram voluntariamente. Nesse sentido, Arendt pode argumentar que as pessoas são do mundo e não apenas no mundo. O homem encontra sentido para sua vida no mundo comum, o mundo das aparências, que consiste em outras pessoas a quem a conversa individual pode ser direcionada. Pode-se dizer que as pessoas estão divorciadas do amor ao mundo, do amor à humanidade.

A ideia de *philanthropia* é preservada em um discurso proferido por Arendt quando a Cidade Livre de Hamburgo, na Alemanha, a agraciou com o Prêmio Lessing em 1959. Inspirada no poeta, dramaturgo, crítico de arte e filósofo alemão Gotthold Ephraïm Les-

sing (1729-1781), Arendt (1991, p. 11) discute o que significa ser humano – a qualidade da natureza humana – amor pela humanidade e o que os torna especiais, d. H. Amizade - construída e cultivada no diálogo. Para ilustrar as amizades que se desenvolvem no diálogo, Arendt usa a parábola de Lessing para mostrar sua preferência pela *doxa* (opinião) em detrimento da *alethei* (verdade):

[...] Agradava-lhe [...] que o anel verdadeiro, se alguma vez existira, se tivesse perdido; agradava-lhe que assim fosse pelo valor que dava à infinidade de opiniões que surgem quando os homens discutem os assuntos deste mundo. Se o anel verdadeiro existisse, a sua existência representaria o fim do diálogo, e por conseguinte o fim da amizade, e por conseguinte o fim da humanidade [...] (Arendt, 1991, p. 37).

Lessing sacrificaria a verdade - se ela existisse - pela amizade e pelo diálogo entre os homens. O que sempre incomodou os filósofos desde os gregos foi para Lessing motivo de alegria e satisfação, ou seja, não existe uma suposta verdade absoluta; isso porque sempre que a verdade é declarada, ela se torna uma opinião entre tantas outras, ou seja, um objeto de discussão que pode ser refutado ou reformulado (Arendt, 1991, p. 39). Se não houver verdade absoluta, o diálogo entre as pessoas continuará ininterrupto enquanto houver pessoas. “Uma única verdade absoluta, se pudesse existir, representaria a morte de todas as discussões [...] E isso significaria o fim da humanidade”. (Arendt, 1991, p. 39). Segue-se que a qualidade da humanidade é determinada pelo diálogo entre os seres que são capazes de apresentar suas opiniões separadas e distintas. E essa seria a base sobre a qual a amizade é construída.

Como exemplo do conceito de amizade cultivada por meio do diálogo, Arendt cita a peça de 1779 de Lessing, *Natã, o Sábio*. Natã, o Sábio, defende a coexistência harmoniosa de três religiões com raízes abraâmicas. Os personagens principais são um judeu, um cristão (cruzado) e um muçulmano (sultão Saladino), pessoas honestas e virtuosas. A peça mostra o valor de cada tradição da fonte abraâmica de uma forma que pode ser classificada como um drama não trágico. Para Arendt (1991, p. 21), o tema da peça pode ser resumido com as afirmações “Basta ser um homem” e “Sê meu amigo” como um apelo que percorre do começo ao fim. Por exemplo, e para aproximar a questão de Lessing do século XX, Arendt faz a seguinte pergunta:

[...] Suponhamos que era realmente possível provar, com dados científicos incontestáveis, a inferioridade de uma determinada raça; esse facto justificaria o seu extermínio? [...] a questão teria de ser

colocada do seguinte modo: Valeria uma tal doutrina, por muito convincentemente que fosse demonstrada, o sacrifício de uma única amizade entre dois homens? [...] Lessing não teria a menor dificuldade em responder à pergunta que acabo de fazer. Nenhuma concepção sobre a natureza do Islã, do Judaísmo ou do Cristianismo, o teria impedido de estabelecer amizade e entabular o diálogo da amizade com um muçulmano convicto, um devoto judeu ou um cristão piedoso. A sua consciência livre e imperturbável teria rejeitado qualquer doutrina que negasse por princípio a possibilidade da amizade entre dois seres humanos. Lessing teria imediatamente tomado o partido dos homens e não perderia tempo com a discussão, mais ou menos erudita, fosse qual fosse o campo em que esta se processasse (Arendt, 1991, p. 40 e 41).

A ideia de Arendt está fortemente ligada à valorização do diálogo, pois o filósofo entendeu, como Lessing há mais de 250 anos, que a “verdade” só pode existir por meio do diálogo. A última parte do texto ilustra essa ideia da seguinte maneira:

[...] Como Lessing era um homem absolutamente político, insistiu sempre em que a verdade só pode existir quando humanizada pelo diálogo [...] Toda a verdade exterior a esse espaço [...] é inumana no sentido literal da palavra; mas não por virar os homens uns contra os outros e separá-los. Muito pelo contrário: é porque poderia levar a que todos os homens se unissem repentinamente numa só opinião, como se a terra fosse povoada não pela infinita pluralidade dos homens mas pelo homem no singular, uma espécie com os respectivos exemplares. Se tal acontecesse, o mundo, que só se pode formar nos espaços entre os homens em toda a sua diversidade, desapareceria por completo. É por esse motivo que encontramos numa frase de Lessing aquilo que de mais profundo se disse acerca da relação entre verdade e humanidade [...]: Que cada homem diga o que considera verdade, e deixe ao cuidado de Deus a verdade em si (Arendt, 1991, p. 42 a 43).

Para Arendt (1991, p. 35), a amizade tem um significado político sem precedentes. Se a essência da amizade é o diálogo, a troca de opiniões e visões de mundo pode unir os cidadãos no campo da política, pois existe o desejo de compartilhar o mundo com outras pessoas - o conceito de *philanthropia* (amor ao homem) dos helênicos, – e é chamado de “amor ao homem”, ou seja, reconhecimento da qualidade humana. Assim, o

próprio mundo só pode ser formado em espaços de diálogo entre as pessoas em toda a sua diversidade, assim como a humanidade do homem se manifesta no espaço do entre-as-pessoas preservado no diálogo – a política.

[...] o mundo não é humano só por ser feito por seres humanos, e não se torna humano só por nele se fazer ouvir a voz humana, mas sim, e só, quando se torna objecto de diálogo [...] as coisas do mundo [...] só se tornam humanas para nós quando podemos discuti-las com os nossos semelhantes [...] Só falando daquilo que se passa no mundo e em nós próprios é que o humanizamos, e ao falarmos disso aprendemos a ser humanos (Arendt, 1991, p. 36).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Karl Jaspers via a comunicação como a nova unidade da humanidade. Jaspers enxergou que são várias as origens e identidades das civilizações humanas que ocorreram na Terra, ocorrendo em diferentes lugares, com diferentes costumes, línguas, religiões, ciências, artes, histórias, etc. um sistema de comunicação para revelar um ao outro. Sem comunicação, essas novas identidades não poderiam se manifestar, se destacar ou se notabilizar. Nesse sentido, é a capacidade de comunicar que dá unidade, permitindo que todos se apresentem como únicos e idiossincráticos.

Aplicada ao mundo de hoje, essa unidade histórica da humanidade exige que as nações permaneçam como estão e mantenham suas respectivas identidades, é escandalosa e sua criação não garante a solidariedade entre os povos, porque significa transformação, tem o potencial de estabelecer solidariedade. É a vontade de se comunicar além das fronteiras nacionais que une a humanidade, levando ao entendimento mútuo e à solidariedade.

O laço que une os homens entre si é, subjetivamente, a “vontade de comunicação ilimitada” e, objetivamente, o facto da compreensibilidade universal. A unidade do gênero humano e a sua solidariedade não podem consistir num acordo universal em torno de uma religião, ou de uma filosofia, ou de uma forma de governo, mas sim na fé em que o múltiplo aponta para uma Unidade que a diversidade ao mesmo tempo oculta e revela (Arendt, 1991, p. 109).

O vínculo que une os cidadãos em uma comunidade política é a amizade, entendida como *philanthropia* – amor ao homem – baseada na comunicação

irrestrita entre diferentes homens e mulheres que através do diálogo formam o mundo, o mundo comum. O amor humano, ou *philanthropia*, se manifesta no desejo de compartilhar o mundo com os outros e de constituir um mundo comum. Como o mundo pode ser compartilhado? Por meio do agir e do diálogo. Pode-se dizer que no diálogo está garantida a possibilidade de amizade. Quando há amizade, há humanidade. Isso pode até ser visto como uma utopia para muitos. Mas as palavras de Lessing são utópicas: “Se humano, é meu amigo”?

Tudo isso parece apontar para os seguintes conceitos: a garantia da esfera pública em um mundo onde o agir e a fala prevalecem e o pluralismo prospera, e o reino da imanência em que ocorrem as atividades do pensamento, da vontade e do julgamento prevalecem, impossibilitando que a solidão domine o indivíduo. A sociedade deixa de ser livre, quando esquece que a diversidade de opiniões e perspectivas é uma das garantias da existência da dominação política mundial. Tentativas de padronização e eliminação de múltiplas dimensões podem levar a uma perda fatal da liberdade e consequente dominação.

Arendt defende que todas as liberdades democráticas baseadas na igualdade perante a lei só terão sentido se existirem associações que promovam, envolvam ou representem a participação dos cidadãos, e não a sua indiferença. Esse sistema de participação pública parcial entrou em colapso nos Estados-nações europeus antes da ascensão dos governos autoritários. Segundo Arendt (1997, p. 364), esse colapso revelou o caráter apolítico da população do Estado-nação. A partir disso podemos concluir que a falta de espaço público real, a falta de participação ativa de homens e mulheres, é o que os movimentos autoritários reconheceram e usaram para fortalecê-los. É esse caráter apolítico que o torna perigoso e condenado. Alimentar múltiplos espaços humanos, regidos pela diversidade de opiniões e perspectivas, é condição necessária para a existência de esferas públicas no mundo. Para que ocorram discussões entre pares, é necessário que todos possam expressar suas próprias opiniões, e é necessário que as atividades internas de pensar, querer e julgar se tornem ativas e individuais, um ser humano único, singular e distinto. Isso permitirá a construção do poder político e de um mundo comum. A dignidade humana é, portanto, assegurada quando as pessoas se apresentam ao mundo voluntariamente e mantêm uma diversidade de vozes.

DIVERSITY OF VOICES: THE PROTECTION OF HUMAN DIGNITY

ABSTRACT

The objective of this study is to understand which aspects of the human condition are important to guarantee human dignity. Such considerations are theoretically guided by the works of the contemporary philosopher Hannah Arendt. Human dignity will be dis-

cussed from a negative point of view, hence its absence. The usurpation of human rights by the expelled population will be analyzed as a condition of belonging to the political community. Thus, from the contemplation of the lack of value, characteristic elements will be analyzed to guarantee the dignity of the men and women that make up the human community, namely: the singularization, or individualization, that is achieved by the discussion in humanity.

Keywords: Hannah Arendt; human condition; human dignity.

REFERÊNCIAS

- ARENDR, H. **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo; Revisão e Apresentação de Adriano Correia. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.
- ARENDR, H. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. Tradução José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- ARENDR, H. **Origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia Das Letras, 1997.
- ARENDR, H. **A condição humana**. 4. ed. Tradução Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.
- ARENDR, H. **Totalitarianism: part three of the origins of totalitarianism**. San Diego/Londres: Harvest/Hbj Book, 1985.
- JASPERS, Karl. **Introdução ao pensamento filosófico**. Tradução Leônidas Hegenderb; Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2006.
- KANT, Immanuel. **Crítica da faculdade do juízo**. 2. ed. Tradução Valério Rohden; Antônio Marques. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e outros Opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 1995.
- LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.
- MÜLLER, Maria Cristina. La ciudadanía como participación política. *In*: RIU-TORT, Bernat. (Org.). **Indagaciones sobre la ciudadanía: transformaciones en la era global**. Barcelona: Icaria, 2007. p. 323-366.
- YOUNG-BRUEHL, Elisabeth. **Por amor ao mundo: a vida e a obra de Hannah Arendt**. Tradução Antônio Trânsito. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1997.

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA
RESOLUÇÃO Nº. 27 DO CONSELHO
NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

*CONSTITUTIONAL ASPECTS OF
RESOLUTION Nº. 27 THE NATIONAL
COUNCIL OF THE PUBLIC PROSECUTION*

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA RESOLUÇÃO Nº. 27 DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO¹

*CONSTITUTIONAL ASPECTS OF RESOLUTION Nº. 27 THE NATIONAL
COUNCIL OF THE PUBLIC PROSECUTION*

Francisco Antônio Távora Colares²

RESUMO

Utilizando-se do método da pesquisa bibliográfica e documental, tem o presente trabalho por objetivo pôr em evidência os problemas, de índole constitucional, concernente a vedação do exercício da advocacia por parte de servidores do Ministério Público, através de ato regulamentar do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Analisa acerca da posição constitucional do CNMP entre os organismos estatais, bem como sobre sua competência para editar atos normativos. Discorre acerca do direito fundamental ao exercício livre do trabalho e profissões, sujeito somente a restrições impostas por lei em sentido formal e material – princípio da reserva de lei. Consta que a extensão de tal vedação – originalmente imposta, por lei, aos servidores do Ministério Público da União - aos trabalhadores dos Ministérios Públicos estaduais, colide com a autonomia dos entes federados no que concerne a fixação do regime jurídico de seus servidores, com patente violação ao pacto federativo. Trata acerca da isonomia material entre os trabalhadores dos ramos do Ministério Público brasileiro, abordando questões remuneratórias e de regime jurídico. Conclui pela inconstitucionalidade de Resolução do CNMP dispondo acerca do tema.

Palavras-Chave: exercício da advocacia; servidores; Ministério Público; vedação.

¹ Data de recebimento: 28/08/2023. Data de Aceite: 11/04/2023.

² Servidor Público. Mestrando em Planejamento e Políticas Públicas pela Universidade Estadual do Ceará – UECE. Bacharel em Direito e Especialista em Direito e Administrativo e Gestão Pública pela Universidade Regional do Cariri – URCA. E-mail: tonytavora@hotmail.com Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3324256721041701>. Orcid: <https://orcid.org/0009-0000-2715-1931>

1 INTRODUÇÃO

A construção de um Estado Constitucional de Direitos pressupõe a supremacia da Carta Fundamental sobre todos os atos estatais. Quer dizer que nenhum dos atos emanados do Estado, através de seus poderes e órgãos de administração, direta ou indireta, refoge a uma censura de adequação, formal e material, ao texto constitucional.

Por esse prisma, importa que sejam depurados os aspectos constitucionais da Resolução nº. 27 de 10 de março de 2011, emanada do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, que veda o exercício da advocacia por parte dos servidores do Ministério Público brasileiro.

Assim, utilizando da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, tem o presente por escopo analisar acerca dos aspectos constitucionais de grande repercussão a respeito do tema, a exemplo do impacto sobre o pacto federativo e sobre garantias fundamentais, que até o momento tem desapercivelmente passado pela análise da doutrina e da jurisprudência pátrias. Também procura situar o CNMP no cenário constitucional, discorrendo sobre sua competência para editar atos normativos.

Enfim, o presente estudo, sem pretender esgotar o tema do exercício da advocacia por servidores ministeriais, tem o objetivo pôr em relevo os principais problemas que envolvem a edição e aplicação da mencionada Resolução nº. 27/2008 do CNMP.

2 POSIÇÃO CONSTITUCIONAL DO CNMP E SUA COMPETÊNCIA PARA NORMATIZAR

O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), tal qual o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), foi instituído pela Emenda Constitucional nº. 45, de 30 de dezembro de 2004, denominada de “reforma do Judiciário”. Como as emendas ao texto constitucional são desprovidas de presunção absoluta de constitucionalidade – o que é próprio das normas constitucionais emanadas do poder constituinte originário – logo se instaurou, no Supremo Tribunal Federal (STF), procedimento de controle concentrado de constitucionalidade quanto a criação do CNMP e do CNJ, tendo a Corte Excelsa julgado improcedente as arguições de inconstitucionalidades formuladas pela Associação Brasileira de Magistrados (AMB) na ação direta de inconstitucionalidade (ADI) nº. 3367.

Deste então a Corte Constitucional tem consolidado sua jurisprudência acerca da natureza, finalidade e limites de atuação desses conselhos. Interessa ao presente estudo os precedentes jurisprudenciais que imprimem ao CNJ e ao CNMP a natureza de órgãos com competência meramente administrativa, como ficou assentado por ocasião do jul-

gamento da ADI 3367³ e do mandado de segurança n.º. 27744⁴.

A fixação da natureza administrativa do CNMP se mostra imperiosa para que se tenha presente que o mesmo, a exemplo do CNJ, resta totalmente desprovido de capacidade legislativa. Portanto, falece ao CNMP competência para inovar no ordenamento jurídico para editar normativos em caráter primário, abstrato e genérico. Isso porque desde as mais incipientes ideias de democracia outorgam somente ao povo a competência para editar leis.

Para Montesquieu (2007, p. 26) “é ainda lei fundamental da democracia a de que apenas o povo institua as leis”. Assim temos que só o povo pode, validamente, imprimir regras inovadoras da ordem jurídica, com caráter abstrato e aplicação genérica, de modo que, mesmo que indiretamente⁵, somente os cidadãos podem editar leis.

No sistema constitucional brasileiro, compete ao Congresso Nacional a edição de leis, porquanto constituído pelo sistema bicameral que deve espelhar o conjunto de forças políticas que constituem o Estado Brasileiro: o Senado, representando os estados federados (deferência ao princípio federativo) e a Câmara dos Deputados, representantes do povo, eleitos pelo sistema proporcional. É o Parlamento que legitimamente representa o povo na edição de leis que deve sintetizar o máximo que possível, a vontade dos organismos que interagem na formação da vontade do poder e da vontade estatal, como preleciona o ministro Alexandre de Moraes:

Importante salientarmos as razões pelas quais, em defesa do princípio da legalidade, o Parlamento historicamente detém o monopólio da atividade legislativa, de maneira a assegurar o primado da lei como fonte máxima do direito:
trata-se da sede institucional dos debates políticos;
configura-se em uma caixa de ressonância para efeito de informação

3 “Ação direta. EC 45/2004. Poder Judiciário. CNJ. Instituição e disciplina. Natureza meramente administrativa. Órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura. Constitucionalidade reconhecida. Separação e independência dos Poderes. História, significado e alcance concreto do princípio. Ofensa a cláusula constitucional imutável (cláusula pétrea). Inexistência. Subsistência do núcleo político do princípio, mediante preservação da função jurisdicional, típica do Judiciário, e das condições materiais do seu exercício imparcial e independente. Precedentes e Súmula 649. Inaplicabilidade ao caso. Interpretação dos art. 2º e 60, § 4º, III, da CF. Ação julgada improcedente. Votos vencidos. São constitucionais as normas que, introduzidas pela EC 45, de 8-12-2004, instituem e disciplinam o CNJ, como órgão administrativo do Poder Judiciário nacional. (...)” (STF, 2006).

4 “EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEI. IMPOSSIBILIDADE. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ATRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA PARA O CONTROLE DA LEGALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. (...). 2. O Conselho Nacional do Ministério Público não ostenta competência para efetuar controle de constitucionalidade de lei, posto consabido tratar-se de órgão de natureza administrativa, cuja atribuição adstringe-se ao controle da legitimidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público federal e estadual (STF, 2015).

5 Art. 1º, Parágrafo Único, da Constituição da República Federativa do Brasil: “(...) Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” (BRASIL, 1988).

e mobilização da opinião pública;
é o órgão que, em tese, devido a sua composição heterogênea e seu processo de funcionamento, torna a lei não uma mera expressão dos sentimentos dominantes em determinado setor social, mas a vontade da síntese de posições antagônicas e pluralistas da sociedade. (MORAES, 2015, p. 42).

Incontestemente que a Constituição Federal outorgou ao CNMP competência para editar atos normativos, conforme art. 130-A, §2º. I, da CF⁶. Todavia, o fato de o CNMP extrair diretamente da Constituição Federal sua competência normativa – a ponto de desafiar controle concentrado de constitucionalidade perante o próprio STF – não lhe confere prerrogativas de editar leis, substituindo assim o Poder Legislativo em sua missão constitucional própria e privativa.

Merece registro que a soberania popular não outorgou ao CNMP competência legislativa; seus integrantes não foram submetidos ao sufrágio universal, direto e secreto; as discussões travadas naquele órgão são eminentemente técnicas, não servindo ele (o Conselho) como espaço de ressonância dos anseios da sociedade ou síntese do conjunto de forças, por vezes antagônicas, que interagem na sociedade.

Assim, a competência normativa outorgada pela Constituição Federal ao CNMP é aquela de natureza regulamentar. Trata-se, portanto, de uma atividade administrativa consubstanciada no poder de regulamentação, em nada sendo confundida com a atividade legislativa.

O poder de regulamentação, como instituto próprio do Direito Administrativo, é a faculdade/dever do Poder Executivo e de outros órgãos administrativos de explicitar o alcance e o sentido da lei; é o instrumento pelo qual a Administração Pública dá concreitude ao que abstratamente estabeleceu o Poder Legislativo.

Como já dito, o CNMP é órgão meramente administrativo e como tal possui o poder regulamentar que lhe é inerente, não podendo, efetivamente, inovar no ordenamento jurídico. Com efeito, como regra geral, o ordenamento constitucional brasileiro desconhece o instituto do regulamento autônomo.

Sendo que a missão do regulamento é somente a de explicar o alcance e o sentido de dispositivo legal emanado do Poder Legislativo, constitui excesso a regulamentação que dispõe contra a lei (*contra legem*) ou, ainda, fora ou além da lei (*praeter*

6 “Art. 103-A (...)§ 2º Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe: “I zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;” (BRASIL, 2004).

legem) que pretende regulamentar.

O excesso de regulamentação constitui problema comum no ordenamento brasileiro, prática que corriqueiramente desafia a atuação do Poder Judiciário, chamando a atenção da doutrina administrativista da mais gabaritada a exemplo de Di Pietro, que acerca do tema se manifesta em seguintes termos:

Em todas essas hipóteses, o ato normativo não pode contrariar a lei, nem criar direitos, impor obrigações, proibições, penalidades que nela não estejam previstos, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade (arts. 52, H, e 37, caput, da Constituição). Note-se que o Congresso Nacional dispõe agora de poder de controle sobre os atos normativos do Poder Executivo, podendo sustar os que exorbitem do poder regulamentar (art. 49, V), e que o controle de constitucionalidade exercido pelo STF, com base no art. 102, I, a, da Constituição, abrange não só a lei com também o ato normativo federal e estadual; por outras palavras, abrange também qualquer ato normativo baixado por órgãos administrativos (DI PIETRO, 2013, p. 94).

Tal problemática também não passou despercebida pelo magistério de Celso Antônio Bandeira de Melo, que realça o caráter inovador próprio da lei, característica ausente nos regulamentos. São essas as palavras do ilustre administrativista:

No Brasil, entre a lei e o regulamento não existe diferença apenas quanto à origem. Não é tão-só o fato de uma provir do Legislativo e outro do Executivo que os aparta. Também não é apenas a posição de supremacia da lei sobre o regulamento o que os discrimina. Esta característica faz com que o regulamento não possa contrariar a lei e firma seu caráter subordinativo em relação a ela, mas não basta para esgotar a dissecação entre ambos no Direito Brasileiro. Há outro ponto diferencial e que possui relevo máximo e consiste em que – conforme averbação precisa do prof. O. A Bandeira de Melo – só a lei inova em caráter inicial na ordem jurídica. (MELLO, 2009, p. 340).

Constituí princípio elementar que somente através de lei é que o Estado pode atuar sobre a esfera de direitos e liberdades do cidadão. Eis o princípio da legalidade tão caro à manutenção das liberdades individuais e tão realçado pelo movimento iluminista. Nas palavras de Carvalho Filho (2013, p. 19), o “princípio da legalidade é certamente a

diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita.”.

A Jurisprudência do STF é assente no sentido de que não pode o regulamento administrativo, sem autorização legal, incidir sobre a esfera de interesses dos cidadãos, seja para restringir direitos, seja para impor obrigações, porquanto tal atuação do Estado resta submetida ao princípio da reserva de lei. Vejamos precedente da Suprema Corte que versa acerca do assunto:

(...) A RESERVA DE LEI EM SENTIDO FORMAL QUALIFICA-SE COMO INSTRUMENTO CONSTITUCIONAL DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. - O princípio da reserva de lei atua como expressiva limitação constitucional ao poder do Estado, cuja competência regulamentar, por tal razão, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica que lhe permita restringir direitos ou criar obrigações. Nenhum ato regulamentar pode criar obrigações ou restringir direitos, sob pena de incidir em domínio constitucionalmente reservado ao âmbito de atuação material da lei em sentido formal. - O abuso de poder regulamentar, especialmente nos casos em que o Estado atua “contra legem” ou “praeter legem”, não só expõe o ato transgressor ao controle jurisdicional, mas viabiliza, até mesmo, tal a gravidade desse comportamento governamental, o exercício, pelo Congresso Nacional, da competência extraordinária que lhe confere o art. 49, inciso V, da Constituição da República e que lhe permite “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar (...)”. Doutrina. Precedentes (RE 318.873-AgR/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Plausibilidade jurídica da impugnação à validade constitucional da Instrução Normativa STN nº 01/2005. (STF, 2006).

Percorrendo o caminho dos teóricos do estado, notadamente dos iluministas⁷, o STF vê somente na lei o meio legítimo para conter a voracidade do Estado em incidir sobre a esfera das liberdades individuais dos cidadãos, conforme precedente a seguir transcrito:

O princípio constitucional da reserva de lei formal traduz limitação ao exercício das atividades administrativas e jurisdicionais do

⁷ Item IV da Declaração francesa de Direitos do Homem e do Cidadão de 1793: “A lei é a expressão livre e solene da vontade geral; ela é a mesma para todos, quer proteja, quer castigue; ela só pode ordenar o que é justo e útil à sociedade; ela só pode proibir o que lhe é prejudicial”. (FRANÇA, 1793).

Estado. A reserva de lei – analisada sob tal perspectiva – constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primário, de órgãos estatais não legislativos. Essa cláusula constitucional, por sua vez, projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio, que, fundado na autoridade da Constituição, impõe à administração e à jurisdição a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador. Não cabe ao Poder Executivo em tema regido pelo postulado da reserva de lei, atuar na anômala (e inconstitucional) condição de legislador, para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Executivo passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes.” (STF, 2003).

De acordo com a hermenêutica jurídica, a Constituição Federal é um todo harmônico, não existindo nela qualquer espécie de contradição. Assim posto, a atuação do CNMP em matéria de regulamentação (art. 130-A, §2º, I, da CF) não pode usurpar do Poder Legislativo sua missão precípua de atuação legiferante (art. 59 da CF), tampouco ser interpretada dissociada do princípio da legalidade estabelecido no art. 5º, inciso II, da Magna Carta, o qual estabelece a garantia individual de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Como inexistente qualquer espécie de comando legislativo que impeça aos Servidores dos Ministérios Públicos estaduais - porquanto a Lei Federal nº. 11.415/2006 e suas alterações é restrita aos servidores do Ministério Público da União -, incontestemente que a Resolução nº. 27/2008 do CNMP incidiu em excesso de regulamentação ao disciplinar matéria submetida ao princípio da reserva de lei. Precedentes do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, sediado em Recife, Estado de Pernambuco⁸.

8 ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. VEDAÇÃO AO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA. RESOLUÇÃO Nº 27/2008 CNMP. PODER REGULAMENTAR. EXCESSO.

(...)

4. Dessa forma, considerando a inexistência de lei que proíba o exercício da advocacia pelos servidores dos Ministérios Públicos dos Estados, pode-se concluir que o Conselho Nacional do Ministério Público excedeu a sua competência regulamentar. (Brasil, 2009).

3 DO DIREITO FUNDAMENTAL AO LIVRE EXERCÍCIO DE PROFISSÃO

A liberdade para a escolha de trabalho e profissão é positivamente consagrada, pelo menos, desde a Revolução Francesa. Com efeito, o item XVII da Declaração francesa de Direitos do Homem e do cidadão determina que nenhum gênero de trabalho será proibido aos cidadãos.

A Declaração Universal de Direitos Humanos (ONU, 1948) assegura, em seu artigo 23, que todo “homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego”, sendo que a Declaração Americana de Direitos Humanos (OEA, 1948) garante, em seu art. 14, que toda pessoa “tem direito ao trabalho em condições dignas e o de seguir livremente sua vocação”.

Em sendo direito humano fundamental, declarado em cartas historicamente elaboradas no afã de conter a atuação estatal arbitrária, a liberdade de escolha do trabalho ou profissão, conforme a vocação de cada um consiste em garantia oponível, sobretudo ao Estado, que deve agir moderadamente na espécie.

O Trabalho possui duplo aspecto primordial, porquanto constitui instrumento pelo qual o trabalhador proporciona a si e aos seus familiares uma vida em condições minimamente dignas, ao mesmo tempo em que oferece à sociedade o usufruto de serviços e bens produzidos, conforme as aptidões pessoais dos obreiros.

Como o trabalho deve constituir e por vezes constitui fator de mobilização das pessoas entre os vários segmentos (classes econômicas) que constituem a sociedade⁹, o controle estatal do trabalho servia para manter o *status quo* de privilégios das classes econômicas mais abastadas e politicamente dominantes. Daí a crítica que os defensores do estado social e até liberais fazem ao controle estatal sobre a liberdade de exercício de trabalho e profissão.

Temos, pois, que o livre exercício de trabalho e profissão constitui regra, devendo ser excepcional e pontual o controle estatal. Cabe, pois, ao Estado regular e exercer poder de polícia somente sobre aquelas profissões cujo exercício tenha grande repercussão sobre os interesses e bens da sociedade, sempre na defesa da

5. Ressalte-se, ainda, que a mencionada resolução viola a competência dos Estados de disciplinarem o regime jurídico de seus servidores, sobretudo porque a norma suscitada como fundamento da Resolução nº 27/2008 - art. 21 da Lei nº 11.415, de 2006 - não é norma de reprodução obrigatória pelos Estados.

6. Remessa oficial improvida. (PROCESSO: 20088000043180, REO467268/AL, DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO DE BARROS E SILVA (CONVOCADO), Primeira Turma, JULGAMENTO: 21/05/2009, PUBLICAÇÃO: DJ 31/07/2009 - Página 122).

9 E ai não pode passar por despercebida a ilegitimidade presente em sociedades capitalistas, onde a especulação do capital toma do trabalho o papel preponderante na mobilidade social. A Respeito temos Marx e Engels:

“Com o desenvolvimento da burguesia, isto é, do capital, desenvolve-se também o proletariado, a classe dos trabalhadores modernos, que só sobrevivem se encontram trabalho, e só encontram trabalho se este incrementa o capital. Esses trabalhadores, que são forçados a se vender diariamente, constituem mercadoria como qualquer outra, por isso exposta a todas as vicissitudes da concorrência, a todas as turbulências dos Mercados”. (MARX; ENGELS, 2008, p. 19).

coletividade e não de parte dela¹⁰.

Tal liberdade resta assegurada como garantia constitucional estampada no art. 5º, inciso XIII, da Constituição da República Federativa do Brasil (Brasil, 1988) assim vazado: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

O entendimento acerca da liberdade de exercício trabalho e profissão têm sido registrados reiteradamente pelo Supremo Tribunal Federal em vários julgados, a exemplo daquele que decidiu pela de inexistência de diploma de graduação para o exercício da profissão de jornalista (Recurso Extraordinário nº. 511961 e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 130); da exigência de registro em órgão de controle para exercício da profissão de musicista (Recurso Extraordinário nº. 414426). Até sob a égide da Constituição ditatorial de 1967/1969 já entendia a Suprema Corte ser livre o exercício de trabalho e ofício (Representação de Inconstitucionalidade nº. 930, de relatoria do Ministro Antônio Neder), o que ganha incontestemente relevo na ordem constitucional inaugurada democraticamente em 1988.

Assim, tendo em consideração o direito humano ao livre exercício de profissão e trabalho, bem como a garantia de que somente lei, em sentido formal e material, poderá restringir tal direito, temos que um ato meramente administrativo não constitui meio idôneo para fazê-lo, como decerto pretende a Resolução nº. 27 do CNMP. Com efeito, em sendo o art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal, espécie de norma de eficácia contida, temos que só determinação emanada do Poder Legislativo poderá, de forma legítima, impor restrições a um comando de liberdade advindo do constituinte originário. Precedentes da Suprema Corte.¹¹

Por clara e incontestemente determinação constitucional, a atuação dos representantes do povo na ação estatal de limitar a liberdade de trabalho e profissional se faz imperiosa e insubstituível por qualquer organismo estatal diverso do Poder Legislativo, que deverá obedecer ao processo legislativo constitucional na elaboração da norma de restrição, sob pena de vício de inconstitucionalidade material e formal.

10 “DIREITO CONSTITUCIONAL. EXERCÍCIO PROFISSIONAL E LIBERDADE DE EXPRESSÃO. EXIGÊNCIA DE INSCRIÇÃO EM CONSELHO PROFISSIONAL. EXCEPCIONALIDADE. ARTS. 5º, IX e XIII, DA CONSTITUIÇÃO. Nem todos os ofícios ou profissões podem ser condicionadas ao cumprimento de condições legais para o seu exercício. A regra é a liberdade. Apenas quando houver potencial lesivo na atividade é que pode ser exigida inscrição em conselho de fiscalização profissional. A atividade de músico prescinde de controle. Constitui, ademais, manifestação artística protegida pela garantia da liberdade de expressão”. (STF, 2011).

11 “AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE INJUNÇÃO. REGULAMENTAÇÃO DE ATIVIDADE PROFISSIONAL: ART. 5º, INC. XIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. Ausência de dispositivo constitucional que imponha aos Agravados o dever de regulamentar a atividade exercida pelos substituídos do Agravante. 2. O art. 5º, inc. XIII, da Constituição da República é norma de aplicação imediata e eficácia contida que pode ser restringida pela legislação infraconstitucional. Inexistindo lei regulamentando o exercício da atividade profissional dos substituídos, é livre o seu exercício. 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (BRASIL, 2014, sem destaques no original).

4 DA VIOLAÇÃO DO PACTO FEDERATIVO

O Brasil, desde a Constituição de 1891, constituiu-se em Estado federado pela unidade de organismos autônomos, conforme art. 18 da Carta de 1988, tendo sido abandonada a forma de Estado unitário da Constituição Imperial de 1824.

Como é cediça, a forma de Estado federado pressupõe autonomia (que difere de soberania) dos entes federados que, respeitados os limites estabelecidos pela Constituição Federal, não devem sofrer ingerência do Governo Central.

A ordem constitucional brasileira não admite espécie de hipertrofia da União em detrimento de estados e municípios no que diz respeito às capacidades da autonomia federativa (auto-organização, autogoverno e autoadministração), tampouco no que concerne ao exercício das competências não privativas do Governo Central. É neste sentido a jurisprudência do Pretório Excelso brasileiro que, em sua missão de guardar a fiel observância da Constituição da República, tem zelado pela autonomia dos entes federados em detrimento de uma atuação de organismos da União que tentam subverter a autonomia dos estados e municípios.¹²

Importa pôr em destaque, dentre as capacidades próprias da autonomia federativa, aquela concernente ao autogoverno e normatização própria. Isso porque a Constituição Federal outorgou a todos os entes competências legislativas sobre determinadas matérias, o que se dará através de atos emanados do Poder Legislativo, que exerce a função de poder constituinte decorrente e de legislador infraconstitucional, conforme art. 25 da Carta Republicana de 1988¹³. Sobre a matéria pontifica Alexandre de Moraes:

Os Estados-membros se auto-organização por meio do exercício de seu poder constituinte derivado-decorrente, consubstanciando-se na edição das respectivas Constituições Estaduais e, posteriormente, através de sua própria legislação (CF, art. 25, *caput*), sempre, porém, respeitando os princípios constitucionais sensíveis, princí-

12 “MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO DE REMOÇÃO PARA OUTORGA DO 6º CARTÓRIO DE PROTESTOS DE CURITIBA. CRITÉRIO PARA DESEMPATE DO CERTAME. LEI FEDERAL Nº 10.741/03. ESTATUTO DO IDOSO. NORMA GERAL. CRITÉRIO DE DESEMPATE ETÁRIO. NÃO APLICABILIDADE. LEI FEDERAL Nº 8.935/94 E LEI ESTADUAL Nº 14.594/2004. NORMAS ESPECÍFICAS. CRITÉRIO DE DESEMPATE. TEMPO DE SERVIÇO. APLICABILIDADE. ORIENTAÇÃO ADOTADA PELO ACÓRDÃO IMPUGNADO. SEGURANÇA DENEGADA. 1. O princípio federativo brasileiro reclama, na sua ótica contemporânea, o abandono de qualquer leitura excessivamente inflacionada das competências normativas da União (sejam privativas, sejam concorrentes), bem como a descoberta de novas searas normativas que possam ser trilhadas pelos Estados, Municípios e pelo Distrito Federal, tudo isso em conformidade com o pluralismo político, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (CRFB, art. 1º, V)”. (STF, 2015).

13 “Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição”. (BRASIL, 1988).

pios federais extensíveis e princípios constitucionais estabelecidos. (MORAES, 2015, p. 293).

A edição de legislação disciplinando o regime jurídico de seus servidores constitui faculdade própria e inerente a capacidade de auto-organização de cada ente federado. Com efeito, afrontada estaria a autonomia federativa caso houvesse a interferência de um ente na relação de outro com os seus servidores. Assim foi que a Constituição Federal determinou em seu art. 39, cabeça,¹⁴ que a “União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único” de seus servidores.

A prerrogativa do Distrito Federal, estados e municípios de editarem normas referente a auto-organização de cada um deles obsta que qualquer organismo da União lhes imponha o regime jurídico dos servidores federais. Com efeito, a imposição da Lei nº. 8112/1990 aos servidores estaduais, municipais e distritais constituiria uma verdadeira afronta à autonomia federativa.

Ao disciplinar matéria inerente a regime jurídico (vedações e incompatibilidades) de servidores públicos estadual, o CNMP, através de sua Resolução nº. 27 subtraiu dos estados-membros a prerrogativa de disciplinarem o regime de vedações de cargos públicos, pretendendo substituir o Poder Legislativo local na efetivação de sua missão constitucional. Sobre a matéria há precedentes da Suprema Corte¹⁵.

Importa registrar, nesse sentido, que o referido Conselho fundamenta sua decisão no art. 21 da Lei nº. 11.415/2006. Ocorre que tal edito legislativo tem objeto e âmbito de aplicação bem definido em seu art. 1º¹⁶: aplica-se a servidores federais dos quadros do Ministério Público da União (MPU), não sendo extensivo aos servidores públicos estaduais em razão princípio da autonomia dos entes federados estabelecida no art. 39 da Constituição Federal.

A existência de um regime jurídico nacional, que vincule tanto a agentes estaduais como federais, excepcionando a regra do art. 39, *caput*, da Constituição Federal, somente se admite em situações especialíssimas das carreiras de estado de grande significação,

14 Decisão do Supremo Tribunal Federal, exarada em sede de medida cautelar na ADI 2135, declarou a inconstitucionalidade formal da redação do art. 39, *caput*, da CF, com redação dada pela Emenda Constitucional nº. 19, mantendo a competência dos entes federados para instituírem regime jurídico único e plano de cargos e carreiras de seus servidores. 15 “SERVIDORES PÚBLICOS DO DISTRITO FEDERAL - REPOSIÇÃO SALARIAL (84,32%) - INAPLICABILIDADE DA LEI FEDERAL 8.030/90 AO PLANO LOCAL - AUTONOMIA CONSTITUCIONAL DO DISTRITO FEDERAL - RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. - A autonomia constitucional reconhecida ao Distrito Federal, que lhe confere a prerrogativa de dispor, em sede normativa própria, sobre o regime jurídico dos seus servidores civis, impede que se estendam, automaticamente, ao plano local os efeitos pertinentes à política de remuneração estabelecida pela União Federal em favor dos seus agentes públicos. (...)” (BRASIL, 1995)

16 Art. 1º. As Carreiras dos servidores dos Quadros de Pessoal do *Ministério Público da União* passam a ser regidas por esta Lei. (BRASIL, 2006, sem destaque no original)

dada as peculiaridades que lhes são próprias, a exemplo da magistratura.¹⁷ Impende destacar que nem em relação aos membros do Ministério Público (Procuradores e Promotores de Justiça, Procuradores da República, do Trabalho e Militar) existe um regime jurídico nacional, tendo em vista que art. 128, §5º, da Lei Maior determina que (BRASIL, 1988) “leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público”, sendo absolutamente desnecessário um regime nacional em relação aos serviços de apoio, tal qual o desempenhado pelos servidores ministeriais.

Alguns estados-membros não aceitaram a imposição do CNMP em relação ao tema e, com arrimo no art. 39, *caput*, da Lei Fundamental, dispuseram de maneira diversa da Resolução nº. 27, a exemplo dos Estados do Amazonas, com a Lei nº. 4011/2014¹⁸, e da Paraíba, com a Lei nº. 10432/2015¹⁹. Tais editos legislativos importam em ato de defesa da autonomia federativa em matéria de regime jurídico de servidores públicos.

Descabe totalmente falar em aplicação do art. 80 da Lei Nacional nº. 8.625/93 em razão da Lei Federal nº. 11.415/2006 não constituir Lei Orgânica do Ministério Público da União, tampouco ter sido aprovada de acordo com o rito constitucional de edição de leis complementares, como exigido pelo art. 128, §5º, da Constituição Federal. Descabe, igualmente, falar em interpretação extensiva em matéria de restrição de direitos.

A Resolução nº. 27 do CNMP, portanto, desafiam os artigos 18, *caput*, 25, *caput*, e 39, *caput*, todos da Constituição Federal, ao restringir a prerrogativa dos estados-membros de normatizarem acerca do regime jurídico de parcela de seus servidores públicos.

17 Lei Complementar Nacional Nº 35/1979 que “Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional”.

18 Art. 6.º Veda-se o exercício da advocacia e de consultoria, pública e privada, a todos os servidores integrantes dos quadros permanente e suplementar da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Amazonas, nas seguintes hipóteses:

I - em processos judiciais de interesse público da competência da Justiça Estadual;

II - em processos judiciais da competência da Justiça da União em que haja litisconsórcio entre o Ministério Público do Estado do Amazonas e o Ministério Público da União;

III - em processos e procedimentos administrativos de interesse público da competência do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas;

IV - em processos e procedimentos administrativos de interesse público da competência de órgãos e entidades integrantes da estrutura organizacional da Administração Pública do Estado do Amazonas, ou por esta controlada.

§1.º Nas hipóteses legais de exercício cumulativo da advocacia, ou de consultoria, ou de outra atividade, pública ou privada, será observada a compatibilidade de horários, sob pena de responsabilidade funcional.

§2.º A vedação de que cuida este artigo é absoluta para os titulares, no âmbito da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Amazonas, de cargos efetivos e comissionados privativos de bacharéis em Direito.

19 “Art. 138. Ao Servidor é vedado:

(...)

XV II - São impedidos de exercerem a advocacia os servidores efetivos, comissionados, requisitados ou colocados à disposição do Ministério Público, nos termos do Art. 30, I, da Lei 8.906/94, observada a incompatibilidade fixada no art. 28, da referida Lei.

5 DA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

O CNMP editou a Resolução nº. 27 sob o fundamento da necessidade de assegurar tratamento isonômico entre servidores do MPU e os servidores dos Ministérios Públicos estaduais no que diz respeito ao exercício da profissão de advogado. Isonomia no plano meramente formal, portanto o substrato do mundo fático há exponencial distinção entre essas categorias de servidores públicos.

Com efeito, os servidores do MPU possuem regime jurídico (Lei Federal nº. 8.112/90) e plano de cargos e carreiras (Lei Federal nº. 11.415/2006) próprios e específicos, quantos que os servidores dos Ministérios Públicos estaduais possuem cada qual o seu regime jurídico e plano de cargos e carreiras específicos e próprios de cada estado-membro; são diversos, portanto, os padrões vencimentais, as vantagens pecuniárias de natureza remuneratórias e indenizatórias, as atribuições dos cargos, os critérios para o desenvolvimento na carreira, etc., de modo que entre elas (as categorias) inexistem, por completo, isonomia material.

A Resolução nº. 27 do CNMP também padecem de vício por inobservância do preceito constitucional da isonomia ao pretender conferir tratamentos jurídicos a pessoas submetidas a situações jurídicas e matérias totalmente antagônicas.

A Constituição Federal, ao consagrar em seu art. 5º, *caput*, o princípio da igualdade o fez de forma ampla, vedando “distinção de qualquer natureza”. Ao dar um sentido amplo ao princípio da isonomia a Constituição Federal abandona a ideia de igualdade formal própria do ideário liberal, determinando que seja considerado o mundo dos fatos na aferição dos aspectos de igualdade; determinou que fosse considerada a realidade subjacente à edição de normas jurídicas. Trata-se de um comando ao legislador infraconstitucional para que, ao editar normas jurídicas, tenha em consideração a realidade material dos destinatários dos comandos, levando em conta as distinções existentes entre eles, como pontifica José Afonso da Silva:

Mas, como já vimos, o princípio não pode ser entendido em sentido individualista, que não leva em conta as diferenças entre grupos. Quando se diz que o legislador não pode distinguir, isso não significa que a lei deva tratar todos abstratamente iguais, pois o tratamento igual – esclarece Petzold – não se dirige a pessoas integralmente iguais, mas àquelas que são iguais sob aspectos tomados em consideração pela norma, o que implica que os ‘iguais’ podem diferir totalmente sob outros aspectos ignorados ou considerados irrelevantes para o legislador. (SILVA, 2008, p. 216).

O CNMP não pode, em nome da isonomia – nem o Poder Judiciário pode²⁰ –, tornar iguais os Servidores do MPU e dos Ministérios Públicos estaduais no que tange a vencimentos, vantagens pecuniárias de natureza remuneratória e indenizatória, atribuições dos cargos e critérios para o desenvolvimento na carreira, enfim, tornar isonômica a realidade material, igualmente não pode impor uma obrigação ou a limitação de uma liberdade constitucional (exercício de trabalho e profissão) em nome de uma igualdade que se realiza no plano meramente formal.

Resta patente a violação do princípio da isonomia estampado no art. 5º, cabeça, da Constituição Federal pelo CNMP ao editar a Resolução nº. 27.

6 UMA SOLUÇÃO À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O Supremo Tribunal Federal vê com reservas o exercício da profissão de advogado por algumas categorias de servidores públicos²¹, em obsequio ao princípio da moralidade administrativa estampada no art. 37, *caput*, da Lei Fundamental. Isso porque tais servidores poderiam levar para as rotinas das repartições públicas os interesses do exercício da profissão, obtendo vantagens contrárias ao interesse público.

Tem-se, portanto, a colisão entre dois princípios constitucionais, o da moralidade administrativa e o da dignidade da pessoa humana que assegura o livre exercício de trabalho e profissão, com a garantia fundamental de limitação somente por lei formal e material. Tal colisão não pode ser resolvida com o simples sepultamento de um princípio em prol da prevalência de outro, como o fez o CNMP ao vedar por completo o exercício da profissão de advogado por servidores do Ministério Público.

Em se tratando de colisão entre princípios constitucionais, deve o intérprete, conforme a moderna hermenêutica, ponderar entre os fins e os meios, abalzar os interesses em jogo, avaliar acerca do peso que deva conferir a cada princípio conflitante, de modo a extrair de cada um deles o máximo de normatividade, evitando, sempre, que possível o total esvaziamento de qualquer princípio constitucional.

Essa correlação entre fins e meio, entre o peso da medida de solução e a necessidade do mundo concreto, enseja o convencimento inequívoco de que as providências de restrição a direitos somente devem ser implementadas nas exatas medidas da necessidade concretamente avaliada, sem qualquer espécie de excesso em relação ao que se faz ne-

20 STF, Súmula Vinculante: 37: “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia”.

21 “Bacharel em direito que exerce o cargo de assessor de desembargador: incompatibilidade para o exercício da advocacia. Lei 4.215, de 1963, arts. 83 e 84. Lei 8.906/1994, art. 28, IV. Inocorrência de ofensa ao art. 5º, XIII, que deve ser interpretado em consonância com o art. 22, XVI, da CF, e com o princípio da moralidade administrativa imposto à administração pública (CF, art. 37, *caput*)”. (BRASIL, 1999.)

cessário à solução do problema em relação ao qual se verificou colisão entre princípios constitucionais. O resultado deverá ser, necessariamente, proporcional no que tange aos meios empregados e os fins colimados, sem qualquer espécie de excesso.

O constitucionalista e ministro da Suprema Corte Luís Roberto Barroso, ao discorrer sobre a adoção do princípio da proporcionalidade como (2015, p. 294) “instrumento de ponderação entre valores constitucionais contrapostos” apresenta o subprincípio da proporcionalidade propriamente dita como mecanismo de ponderação entre o fim almejado e o meio empregado:

Por fim a proporcionalidade deve embutir, ainda a ideia de proporcionalidade em *sentido estrito*, consistente na ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se a medida é legítima. Se o Poder Público, por exemplo, eletrificar certo monumento de modo a que um adolescente sofra uma descarga elétrica que o incapacite ou mate quando for pichá-lo, a absoluta falta de proporcionalidade entre o bem jurídico protegido – o patrimônio público – e o bem jurídico sacrificado – a vida – torna inválida a providência. (BARROSO, 2015, p. 294).

Ao se insurgir contra a interferência do CNMP sobre matéria de sua competência normativa (art. 39, *caput*, da Constituição Federal), o Estado do Amazonas, através da Lei nº. 4011/2014, ofereceu solução ao problema de colisão entre os princípios constitucionais mencionados, vedando o exercício da advocacia, por seus servidores, em ações em que haja interesse público tutelado pelo Ministério Público daquele estado, mas sem impedir por completo o exercício da profissão, como o fez o Conselho Nacional.

Ao assim proceder, o legislador amazonense atuou com proporcionalidade ao conferir efetividade ao princípio da moralidade sem sacrificar por completo o princípio da dignidade da pessoa humana, consistente na liberdade de exercício de trabalho ou profissão; evitou o completo esvaziamento de qualquer dos princípios em colisão.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A decisão do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) de vedar completamente o exercício da profissão de advogado por parte dos servidores dos Ministérios Públicos estaduais encerra patentes vícios de inconstitucionalidade a merecer severo reproche.

Com efeito, o exercício livre de qualquer trabalho ou profissão constitui direito humano fundamental, somente podendo sofrer limitações por lei aprovada pelos represen-

tantes do povo e de acordo com o processo legislativo constitucional, conforme determina a Constituição Federal. Tal requisito não restou observado pela Resolução nº. 27 do CNMP, que constitui ato meramente administrativo lavrado por agentes públicos que não receberam da soberania popular poderes legislativos.

Sendo um ato órgão meramente administrativo não pode o CNMP, através de ato regulamentar exarado com base do poder de regulamentação conferido a Administração Pública, disciplinar matérias sujeitas ao princípio constitucional da reserva de lei. Patente a inconstitucionalidade da Resolução nº. 27 por constituir excesso de regulamentação.

Também padece de inconstitucionalidade a Resolução nº. 27 por usurpar dos estados-membros a competência de normatizar acerca do regime jurídico de seus servidores, violando o pacto federativo ao impor uma regra federal em descompasso com a autonomia dos entes federados.

Por fim, a completa vedação ao livre exercício da profissão de advogado por parte dos servidores do Ministério Público, em nome do princípio da moralidade administrativa, constitui medida excessiva aos fins tutelados pela ordem jurídica, incidindo em excesso. Com efeito, para tutelar o bem jurídico (princípio da moralidade) bastava vedar o exercício da advocacia em relação aos processos em que figure, como parte ou fiscal da lei, o Ministério Público ao qual se encontre vinculado o servidor, todavia sem esvaziar completamente o direito humano ao exercício livre de qualquer trabalho ou profissão.

CONSTITUTIONAL ASPECTS OF RESOLUTION Nº. 27 THE NATIONAL COUNCIL OF THE PUBLIC PROSECUTION

ABSTRACT

Considering that the professionals who work in the socio-assistance units of the social assistance policy are constantly required by the bodies of the Justice System to carry out actions/interventions that differ from the attributions of this public policy, the objective of this study is to demonstrate that the role of these professionals in the Unified Social Assistance System are not in line with those developed in the bodies of the Justice System. Based on bibliographical and documentary research, it is proposed to clarify the role of these units, in particular the CRAS and CREAS, to know the attributions of the professionals inserted in them and we point out their incompatibility with the demands arising from the Justice System. It is concluded that the professionals of the Unified Social Assistance System cannot issue reports and psychosocial

opinions, perform expertise or any technical procedure, with the purpose of instructing administrative procedures or judicial proceedings.

Keywords: practice of law; servers; Public ministry; seal.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº. 27/2008**. Disciplina a vedação do exercício da advocacia por parte dos servidores do Ministério Público dos Estados e da União Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-027.pdf> . Acesso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: Acesso em: 28 ago. 2023. Acesso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. **Lei amazonense nº. 4011/2014**. Estabelece alterações no regime jurídico dos servidores da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Amazonas, com modificação da Lei Estadual n. 3.861, de 28 de fevereiro de 2013, da Lei Estadual n. 3.718, de 17 de fevereiro de 2012, da Lei Estadual n. 3.147, de 9 de julho de 2007, e da Lei Estadual n. 2.708, de 26 de dezembro de 2001. Disponível em: https://sapl.al.am.leg.br/media/sapl/public/normajuridica/2014/8466/8466_texto_integral.pdf. Acesso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. **Lei Federal nº. 11.415/2006**. Dispõe sobre as Carreiras dos Servidores do Ministério Público da União, fixa os valores de sua remuneração; revoga a Lei no 9.953, de 4 de janeiro de 2000, e a Lei no 10.476, de 27 de junho de 2002, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111415.htm. Acesso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. **Lei paraibana nº. 10432/2015**. <https://arquivos.mppb.mp.br/concurso2015/PCCR.pdf>. Disponível em: http://201.65.213.154:8080/sapl/sapl_documentos/norma_juridica/11627_texto_integra. Acesso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Cautelar nº. 1033**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AC%24%2ESCLA%2E+E+1033%2ENUME%2E%29+OU+%28AC%2EACMS%2E+ADJ2+1033%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bgngcgd>. Acesso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória Direta de Inconstitucionalidade 3367**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3367%2ENUME%2E%29+OU+%28>

ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3367%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/awywmp. Acesso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 2075.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+2075%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+2075%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/acyvon6>. Acesso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº. 6113.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24%2ESCLA%2E+E+6113%2ENUME%2E%29+OU+%28MI%2EACMS%2E+ADJ2+6113%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nteq7rm>. Acesso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº. 27744.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+27744%2ENUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+27744%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b4mrqtg>. Acesso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº. 33046.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+33046%2ENUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+33046%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/krde85r>. Acesso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 177599.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+177599%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+177599%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cf2b3ry>. Acesso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 199088.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+199088%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+199088%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b2nl-f2y>. Acesso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 414426.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+414426%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+414426%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ay5v89b>. Acesso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº. 37**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=37.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes> . Acesso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Remessa Oficial nº. 467268**. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/processo/200880000043180>. Acesso em: 28 ago. 2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 323

FRANÇA. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1793.htm>. Acesso em: 28 dez. 2015.

MARX K. e ENGELS, F. **Manifesto do Partido Comunista**. São Paulo: Editora Expressão Popular, 2008.

MELLO, C. A. B. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Traduzido por Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007.

MORAES, A. **Direito Constitucional**. 31ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

OEA. **Declaração Americana dos Direitos Humanos**. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm. Acesso em: 28 ago. 2023.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>. Acesso em: 17 jun. 2018

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

UMA LACUNA CONSTITUCIONAL?
O FORO DOS PROCURADORES DE JUSTIÇA

*A CONSTITUTIONAL LOOPHOLE? THE VENUE
FOR THE STATE'S APPELLATE PROSECUTORS*

UMA LACUNA CONSTITUCIONAL? O FORO DOS PROCURADORES DE JUSTIÇA¹

A CONSTITUTIONAL LOOPHOLE? THE VENUE FOR THE STATE'S APPELLATE PROSECUTORS

*Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior²
Vladimir Aras³*

RESUMO

A abordagem que o Supremo Tribunal Federal vem dando ao tema do juízo competente para julgar as mais altas autoridades da República não é coerente nem estável. Neste texto, parte-se de uma análise normativa e de casos judiciais apreciados pelo STF e pelo Superior Tribunal de Justiça para, usando o método dedutivo, examinar qual seria o foro competente para julgar os procuradores de Justiça, no quadro de uma federação centralista. A conclusão a que se chega é a de que é uma prerrogativa processual dos procuradores de Justiça serem processados pelo Procurador-Geral da República e julgados pelo STJ, por simetria com os desembargadores estaduais perante os quais oficiam.

Palavras-chave: foro especial; Ministério Público; procuradores de justiça; desembargadores; simetria.

1 INTRODUÇÃO

O foro especial por prerrogativa de função – ou foro especial *ratione functionæ* (Alves, 2021, p. 578) – é um dos temas mais confusos da Constituição brasileira. Como se não bastasse a natureza labiríntica da questão, a abordagem que o Supremo Tribunal

1 Data de Recebimento: 10/09/2023. Data de Aceite: 14/11/2023.

2 Professor de Teoria do Direito, Teoria da Constituição e Direito Eleitoral na Unichristus - sede Parquelândia. Também é doutor em Direito Constitucional na Universidade Federal do Ceará (UFC) com bolsa Funcap. Foi professor substituto do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da UFC, ministrando disciplinas também na Faculdade de Economia, Administração, Atuárias e Contabilidade (FEAAC) (2019-2020). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4675589766225743>. ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-0988-890X>. E-mails: fcotarcsiorocha@gmail.com ou tarcisio.rocha@unichristus.edu.br.

3 Doutorando em Direito (Ceub), Mestre em Direito Público (UFPE), Especialista MBA em Gestão Pública (FGV), Membro do Ministério Público desde 1993, atualmente no cargo de Procurador Regional da República em Brasília (MPF), Professor Assistente de Processo Penal da UFBA, Secretário de Cooperação Internacional da PGR (2013-2017), Fundador do Instituto de Direito e Inovação (ID-i), editor do site www.vladimiraras.blog (Blog do Vlad). Currículo Lattes <http://lattes.cnpq.br/3642308995634790>. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-7539-7389>. E-mails: vladimiraras@mpf.mp.br ou vladimiraras@hotmail.com.

Federal (STF) vem dando ao juízo competente para julgar as mais altas autoridades da República não é coerente nem estável. Basta lembrar da questão de ordem na ação penal 937/RJ, que instituiu um verdadeiro caos num assunto que já não era bem delineado pela Constituição de 1988.⁴ Neste texto, se parte de uma análise normativa e de casos judiciais apreciados pelo STF e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) para, usando o método dedutivo, examinar qual seria o foro competente para julgar os procuradores de Justiça em razão de sua função.

2 COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

A quem compete julgar os procuradores de Justiça nos crimes comuns? A resposta parece simples. Antes de discuti-la primeiro saibamos quem são os “procuradores de Justiça”. Essas autoridades integram a segunda instância do Ministério Público dos Estados, acima dos promotores de Justiça. Não se confundem com os procuradores dos Estados, que são integrantes da advocacia pública estadual. Se os promotores de Justiça officiam perante os juízes de Direito, seus colegas mais experimentados, os procuradores de Justiça, atuam perante os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal.

Voltando, então, à pergunta de partida: quem julga os procuradores de Justiça quando acusados de crimes? Alguém poderia imaginar que tal competência caberia ao Superior Tribunal de Justiça (STJ). Essa resposta estaria errada, haja vista que o entendimento predominante é de que tais autoridades do segundo grau dos Ministérios Públicos Estaduais se sujeitam a julgamento pelos Tribunais de Justiça dessas mesmas unidades federadas. De acordo com Tourinho Filho (2005, p. 119), a expressão “membros do Ministério Público [...] obviamente, abrange os Promotores de Justiça e os Procuradores de Justiça dos Estados”, posição que também é acolhida por Garcia (2017, p. 602) e Barros (2018, p. 254). Aras (2012) tem posição contrária, enquanto Alves (2021, p. 592-593 e 613) faz questão de destacar que os membros do Ministério Público que atuam *em primeiro grau* são julgados pelo seu Tribunal, deixando em aberto a situação dos procuradores de Justiça.

Defende-se neste texto que a compreensão majoritária está equivocada de acordo

⁴ Como se viu no agravo regimental no habeas corpus 647.437, oriundo de São Paulo, o precedente do STF na QO na AP 937/RJ, que limitou o foro por prerrogativa de função às hipóteses de crimes praticados no exercício da função ou em razão dela, não se aplica a juízes e membros do Ministério Público. Alcança apenas o foro por prerrogativa de função de autoridades indicadas na Constituição Federal que ocupam cargo eletivo. Foi o que o STJ também apontou na Questão de Ordem na Ação Penal n. 857, onde se determinou que o julgado do STF não se aplica “aos ocupantes de cargos com foro por prerrogativa de função estruturados em carreira de estado (desembargadores, juízes do TRF, TRT e TRE, procuradores da república que officiam em tribunais)”. Assim, juízes, desembargadores, promotores de Justiça e procuradores de Justiça mantêm o seu foro especial, nos seus respectivos tribunais, mesmo que a imputação diga respeito a crime estranho às suas atividades funcionais. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. **AgRg no HC n. 647.437/SP**. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 25/5/2021, DJe de 01/06/2021.

com a própria exegese da Carta de 1988 nos seus aspectos principiológicos. Ademais, não custa lembrar que mais de uma vez o constituinte adotou expressões pouco técnicas ou dúbias naquilo que podemos chamar de “Constituição penal”. O exemplo mais notório talvez seja o inciso XII do art. 5º da Constituição, no qual “uma interpretação literal e apressada do dispositivo [...] pode levar à conclusão equivocada de que está autorizada pela Constituição Federal apenas a violação ao sigilo das comunicações telefônicas”. (LIMA, 2020, p. 513).

A resposta para a questão-problema aqui apresentada virá de uma interpretação construtiva realizada a partir do texto constitucional, mas não termina nele próprio. Isso acontece tendo em vista o fato de que não há uma resposta satisfatória e clara a respeito do juiz natural dos procuradores de Justiça. Seguir a literalidade do art. 93, inciso III, da Constituição não é o caminho mais adequado, haja vista que não se respeitaria os princípios constitucionais referentes à autonomia do Ministério Público estadual, assim como seria criada uma incoerência no que se refere a outras autoridades públicas de mesmo status constitucional.

Nesse contexto, o método da *common law* é o mais adequado para resolver esse problema interpretativo, nos permitindo analisar decisões antigas de tribunais superiores e ajustar a melhor interpretação dentro de paradigmas interpretativos que respeitem a segurança jurídica e a capacidade de adaptação de decisões diante de novas situações. Tanto decisões judiciais como textos legislativos e constitucionais serão utilizados para fundamentar da melhor maneira a tese aqui defendida.

3 COMPETÊNCIA EM MATÉRIA CRIMINAL NA CONSTITUIÇÃO EM MATÉRIA DE FORO

As normas fundamentais de competência criminal na Constituição de 1988 estão no art. 5º, inciso XXXVIII, em relação ao júri, e no art. 109, em relação à competência federal. Em regra, o que não é do júri, será julgado pelos juízes de Direito ou pelos juízes federais, jurisdição comum. E o que não é da Justiça Federal será julgado pela Justiça Estadual, ressalvadas as competências da jurisdição especial, militar e eleitoral.

As regras de foro especial, contudo, são mais numerosas e estão nos arts. 29, 96, 102, 105 e 108 da Carta de 1988, os quais distribuem a matéria criminal aos Tribunais de Justiça (arts. 29 e 96), aos Tribunais Regionais Federais (art. 108), ao Superior Tribunal de Justiça (art. 105) e ao Supremo Tribunal Federal (art. 102), nos crimes comuns. As regras de competência dos tribunais superiores são estritas e estão regradas pela Cons-

tuição Federal de 1988.⁵ No entanto, nos últimos anos, foi possível perceber o seu alargamento absolutamente indevido. Isso aconteceu, inclusive, por sobreposição de normas regimentais como se observou em inquiridos em tramitação no STF a partir de 2019, mesmo quando não havia nenhum investigado com foro especial por prerrogativa de função⁶. Parlamentares federais (deputados e senadores) são julgados pelo Supremo Tribunal Federal, conforme o art. 102, inciso I, alínea ‘a’, da Constituição, mas, em vários episódios a partir de 2019, a Corte passou a julgar pessoas comuns pelo “foro especial da vítima”. Tal posição entra em choque com precedentes do próprio Tribunal Supremo, podendo impactar no direito ao juiz natural⁷ e no direito ao duplo grau de jurisdição⁸ como se vê no caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) em 2009.

4 ONDE SÃO JULGADOS OS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO?

Conforme Aras (2021), nos crimes comuns, os juízes de Direito e os membros do

5 STJ: “As regras constitucionais de competência dos tribunais superiores têm natureza excepcional. Portanto, a interpretação deve ser restritiva”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. **AgRg na Rcl 10.037/MT**. Relator Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 21/10/2015, DJe 25/11/2015.

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Inquérito 4781**. Relator Ministro Alexandre de Moraes, autuado em 14/03/2019. Segundo Lorenzetto e Pereira (2020, p. 187-188), “O inquérito seria inconstitucional também por instaurar um peculiar regime de foro por prerrogativa de função *da vítima*. Isso porque Dias Toffoli havia “chamado” para a (suposta) competência investigativa do STF, todos os crimes praticados *contra* ministros da Corte, mesmo que os potenciais agressores não detivessem prerrogativa de foro. Nesse sentido, não seria demais lembrar que a única ocasião em que a função de ministro do STF atrai a competência criminal da Corte é quando os próprios ministros cometem crimes (artigo 102, I, b, CF) e nunca quando são vítimas.

7 O Tribunal em San José considerou convencional o julgamento de pessoas sem foro em um tribunal superior se houver conexão. CORTE IDH: “77. No entanto, o foro não necessariamente entra em colisão com o direito ao juiz natural, se aquele se encontra expressamente estabelecido e definido pelo Poder Legislativo e atende a uma finalidade legítima, como antes se afirmou. Desta forma, não apenas se respeita o direito em questão, mas o juiz se converte no juiz natural do acusado. Se, ao contrário, a lei não consagra o foro e este é estabelecido pelo Executivo ou pelo próprio Poder Judiciário, afastando assim o indivíduo do tribunal que a lei consagra como seu juiz natural, ver-se-ia violado o direito a ser julgado por um juiz competente. Do mesmo modo, se a conexão está expressamente regulamentada na lei, o juiz natural de uma pessoa será aquele a quem a lei atribua competência nas causas conexas. Se a conexão não está regulamentada pela lei, seria violatório afastar o indivíduo do juiz originalmente chamado a conhecer do caso. 78. No presente caso, o senhor Barreto Leiva não gozava de nenhum tipo de foro especial, de modo que, a princípio, caberia ser julgado por um juiz penal ordinário de primeira instância. Os congressistas acusados juntamente com a vítima deveriam ser julgados pelo TSSPP (par. 70 supra). Finalmente, o tribunal competente para o Presidente da República era a CSJ (par. 69 supra). Todos estes tribunais foram estabelecidos pela lei venezuelana anteriormente aos fatos objetos de julgamento”. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Barreto Leivas vs. Venezuela**. Sentença de 17 de novembro de 2009 (Mérito, reparações e custas), § 77-78. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/5523c-f3ae7f45bc966b18b150e1378d8.pdf>. Acesso em: 7 nov. 2023.

8 CORTE IDH: “91. Em razão do exposto, o Tribunal declara que a Venezuela violou o direito do senhor Barreto Leiva reconhecido no artigo 8.2.h da Convenção, em relação ao artigo 1.1 e 2 da mesma, já que a condenação proveio de um tribunal que conheceu do caso em única instância e o sentenciado não dispôs, em consequência, da possibilidade de impugnar a decisão. Cabe observar, por outro lado, que o senhor Barreto Leiva teria podido impugnar a sentença condenatória proferida pelo julgador que teria conhecido sua causa se não houvesse sido aplicada a conexão que acumulou o julgamento de várias pessoas por um mesmo tribunal. Neste caso, a aplicação da regra de conexão, admissível em si mesma, trouxe consigo a inadmissível consequência de privar o sentenciado do recurso previsto no artigo 8.2.h da Convenção”. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Barreto Leivas vs. Venezuela**, § 91.

Ministério Público de primeiro grau ficam em regra vinculados ao seu próprio Tribunal de Justiça:

Se um juiz de Direito de São Paulo comete um crime na Bahia, deve responder perante o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP). Se um promotor de Justiça mineiro pratica uma infração penal no Rio de Janeiro, seu julgamento deve ocorrer no Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ-MG). Neste sentido, veja o que o Superior Tribunal de Justiça decidiu no CC 177.100/CE (relator ministro Joel Ilan Paciornik, 3ª Seção, julgado em 8/9/2021), no caso de uma promotora de Justiça do Ceará que teria cometido um crime no Estado de Sergipe. A competência foi firmada no Tribunal de Justiça do Ceará (TJ-CE), mesmo em se tratando de crime não relacionado ao cargo.

De fato, as autoridades do sistema de justiça detentoras de foro especial se submetem ao seu tribunal de origem, embora, para Alves (2021, p. 578-579), o foro especial por prerrogativa de função não devesse nem existir para ninguém em razão do princípio da isonomia. Quando o autor da infração penal é um promotor de Justiça, ele se sujeita ao seu Tribunal de Justiça. Por outro lado, se um membro do Ministério Público Estadual que atua ou deveria atuar perante tribunal é apontado como infrator, a competência para o processo e julgamento dos crimes de que é suspeito deveria ser do STJ. Atualmente, contudo, tais autoridades são julgadas pelos seus TJs com base em uma errônea interpretação literal do texto constitucional, que ficará clara neste texto. Conforme o artigo 105, inciso I, alínea `a`, da Constituição:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - Processar e julgar, originariamente:

a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;

Por força do art. 105 da Constituição, somente os membros do Ministério Público da União (MPU) que oficiam perante tribunais têm foro especial no Superior Tribunal de Justiça. Deste modo, o STJ julgará somente os membros de segundo e terceiro graus do

Ministério Público Federal (MPF), do Ministério Público Militar (MPM), do Ministério Público do Trabalho (MPT) e do Ministério Público do Distrito Federal (MPDFT). Nessa concepção literal, não são abrangidos pela competência especial do STJ os membros de segundo grau dos Ministérios Públicos dos Estados e os membros dos Ministérios Públicos de Contas⁹.

O problema está no art. 96, inciso III, da Constituição de 1988, que confere competência aos Tribunais de Justiça dos Estados competência para processar ações penais por crimes comuns atribuídos a juízes de Direito e aos “membros do Ministério Público”, excepcionando-se a jurisdição criminal especial de natureza eleitoral. O alcance da expressão “membros do Ministério Público” é o que se discute aqui. Para facilitar a compreensão da complexa distribuição de competências criminais em relação aos “membros do Ministério Público”, se elaborou a tabela abaixo (ARAS, 2012), construída a partir dos artigos 96, 105 e 108 da Constituição, sintetizando os foros especiais de cada categoria:

INSTITUIÇÃO	GRAUS DOS SEUS ÓRGÃOS	FORO COMPETENTE
Ministério Público Federal ¹⁰	1. Procuradores da República 2. Procuradores Regionais da República 3. Subprocuradores-Gerais da República	1. TRF ou TRE 2. STJ 3. STJ
Ministério Público do Trabalho	1. Procuradores do Trabalho 2. Procuradores Regionais do Trabalho 3. Subprocuradores-Gerais do Trabalho	1. TRF ou TRE 2. STJ 3. STJ
Ministério Público Militar	1. Promotores da Justiça Militar e Procuradores da Justiça Militar ¹¹ 2. Subprocuradores-Gerais da Justiça Militar	1. TRF ou TRE 2. STJ
Ministério Público do Distrito Federal e Territórios ¹²	1. Promotores de Justiça 2. Procuradores de Justiça	1. TRF ou TRE 2. STJ
Ministério Público dos Estados	1. Promotores de Justiça 2. Procuradores de Justiça	1. TJ ou TRE 2. TJ ou TRE

9 Diz o art. 84 da Lei Federal n. 8.443/92 (Lei Orgânica do TCU): “Art. 84. Aos membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União aplicam-se, subsidiariamente, no que couber, as disposições da Lei Orgânica do Ministério Público da União, pertinentes a direitos, garantias, prerrogativas, vedações, regime disciplinar e forma de investidura no cargo inicial da carreira.”. BRASIL. Lei Federal nº. 8.443, de 16 de julho de 1992. **Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm. Acesso em: 10 nov. 2023.

10 O Procurador-Geral da República (PGR), que é um membro do MPF e chefia o MPU, responde criminalmente por crimes comuns perante o STF (art. 102, inciso I, a, CF).

11 Atuam em primeiro grau, perante as auditorias militares, conforme o art. 143 da Lei Complementar 75/1993 –Lei Orgânica do Ministério Público da União (LOMPU). BRASIL. Lei Complementar nº. 75, de 20 de maio de 1993. **Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp75.htm. Acesso em: 10 nov. 2023.

12 A carreira do MPDFT só tem dois graus ou instâncias. Nisto, assemelha-se à dos Estados (arts. 175-179 da LOMPU).

No que se refere aos Estados brasileiros, suas Constituições confirmam a tese de que os desembargadores vão a julgamento perante a Corte Especial do STJ e de que os procuradores de Justiça são julgados nos tribunais locais. Utilizando a Constituição do Estado do Ceará como exemplo, seu art. 108, inciso VII, atribui ao Tribunal de Justiça a competência para processar e julgar originariamente, nos crimes comuns e de responsabilidade, os juízes estaduais e os membros do Ministério Público entre outras autoridades. (CEARÁ, 1989). A Constituição baiana repete esse paradigma no seu art. 123, inciso I, alínea *a*. (BAHIA, 1989). Desnecessário examinar outros textos estaduais porque invariavelmente eles repetirão o modelo constitucional federal de 1988, dado que nossa federação, embora formada pela desagregação de um Estado unitário (Federação *centrífuga*), confere escassa autonomia às unidades subnacionais em alguns temas (SOARES, 1998, p. 159-161).

Esses arranjos de poder de grande complexidade e desenvolvido ao longo de sua história (LOPREATO, 2022, p. 2 e 3) caracterizam, no entanto, um modelo de federalismo *centrípeto*, dada a “predominância de atribuições da União”. (CARMO, DASSO JÚNIOR e HITNER, 2014, p. 40). Essa força político-normativa que aponta para o centro é muito significativa no Judiciário. Na ADI 3367, o ministro Cezar Peluso, relator, deixou assentado que o Poder Judiciário – e, simetricamente, o Ministério Público, se defende aqui – tem “caráter nacional”, só podendo haver um órgão de controle do Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça para toda a Federação.

O pacto federativo não se desenha nem expressa, em relação ao Poder Judiciário, de forma normativa idêntica à que atua sobre os demais Poderes da República. Porque a Jurisdição, enquanto manifestação da unidade do poder soberano do Estado, tampouco pode deixar de ser una e indivisível, é doutrina assente que o Poder Judiciário tem caráter nacional, não existindo senão por metáfora e metonímias, “judiciários estaduais” ao lado de um “Judiciário federal”¹³.

O caráter *nacional* do Judiciário dá aos desembargadores um tratamento judiciário mais condizente com o princípio hierárquico e o princípio federativo do que o conferido aos membros de segundo grau dos Ministérios Públicos estaduais. Dessa forma, em uma interpretação literal da Carta Federal de 1988 e das Constituições Estaduais brasileiras, que apenas a repetem, os procuradores de Justiça ficam sujeitos, nas infrações penais comuns, ao Tribunal de Justiça do seu Estado, diferentemente dos desembargadores,

13 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI nº 3667/RJ. Relator Ministro Cezar Peluso, julgado em 13/04/2005.

que têm foro especial no STJ. É sabido que a literalidade não é mais uma fonte segura para respostas constitucionais (BONAVIDES, 2011, p. 445).

Além de os limites das teses da Escola da Exegese terem sido superados, outro argumento que justifica a visão que aqui se defende está no fato de a indeterminação do Direito ser vista como um instrumento de abertura para a resolução de problemas por meio da interpretação realizada por juristas, ou seja, não é algo necessariamente ruim, mas aberta à resposta mais adequada com os princípios constitucionais (HART, 1994, p. 124) (WALUCHOW, 1996, p. 397) (GOMES JÚNIOR, 2023, p. 117).

5 A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NESTE PONTO

Salvo um *obiter dictum* no HC 75.901/CE,¹⁴ nada foi encontrado nos julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) especificamente sobre a fixação do foro especial dos procuradores de Justiça em causas criminais. No STF, o art. 96, inciso III, da Constituição também foi objeto de debate no RHC 81.944/RJ;¹⁵ no HC 68.846/RJ;¹⁶ no HC 72.686/RJ;¹⁷ e no HC 74.573/RJ,¹⁸ todos relativos ao Escândalo da Previdência, com crimes imputados a juízes de Direito fluminenses.

Na ementa da ADI 541/PB, conta que o STF teria decidido ser da competência do Tribunal de Justiça julgar crimes atribuídos ao Procurador-Geral de Justiça. No entanto, a leitura do acórdão indica que o caso em questão dizia respeito à previsão da Constituição paraibana (art. 136, inciso XII) que conferia ao TJ local a competência para julgar os procuradores dos Estados (PARAÍBA, 1989)¹⁹. O que se deu ali, então, foi o fenômeno do *hermentismo* (FISCHER, 2022, p. 1). Veja-se a ementa mal escrita:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO: REMUNERAÇÃO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA: COMPETÊNCIA ORDINÁRIA PARA PROCESSAR E JULGAR O PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA. Constituição do Estado da Paraíba, artigos 41, 42, 43 e seu parágrafo único, 44, 45 e seu

14 “Competência – Habeas Corpus – Ato de Procurador de Justiça. A competência para julgar habeas-corpus impetrado contra ato de Procurador de Justiça, considerada retenção de recurso, é do Tribunal de Justiça do Estado”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. **HC 75.901/CE**. Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 21/07/1997.

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. **RHC 81.944/RJ**. Relator Ministro Carlos Velloso, julgado em 04/06/2002.

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. **HC 68.846/RJ**. Relator Ministro Ilmar Galvão, julgado em 02/10/1991. 17 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **HC 72.686/RJ**. Relator Ministro Néri da Silveira, julgado em 28/06/1995.

18 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. **HC 74.573/RJ**. Relator Ministro Carlos Velloso, julgado em 10/03/1998.

19 “São assegurados ao procurador do Estado ser processado e julgado, originariamente, pelo Tribunal de Justiça do Estado, nos crimes comuns ou de responsabilidade” (PARAÍBA, 1989).

parágrafo único, do ADCT; art. 136, XII, da parte permanente. [...] II. – Cabe à Constituição do Estado-membro estabelecer a competência dos seus Tribunais, observados os princípios da Constituição Federal (C.F., art. 125, § 1º). Constitucionalidade do inciso XII, do art. 136, da Constituição da Paraíba que fixa a competência do Tribunal de Justiça para processar e julgar, originariamente, nos crimes comuns ou de responsabilidade, o Procurador-Geral de Justiça. III. – Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, em parte²⁰.

Contudo, no RE 141.209/SP, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, o STF realmente cuidou do assunto, quando discutia a competência do Tribunal de Justiça, conforme a Constituição de São Paulo, no tocante à apreciação de habeas corpus impetrado contra ato abusivo atribuído a uma promotora de Justiça do Ministério Público local. Na ocasião, o Supremo Tribunal fez ver que “a competência material por prerrogativa de função [...] não é da área estrita do direito processual, dada a correlação do problema com a organização dos poderes locais, conforme já se entendia sob a ordem constitucional decaída”.²¹ No mesmo sentido foi o RE 141.211/SP, no qual o STF firmou o entendimento de que compete ao TJ local o julgamento de habeas corpus impetrado contra ato de promotor de Justiça²². Esses precedentes, portanto, não resolveram a questão que aqui se coloca: a do foro competente para julgar os procuradores de Justiça.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) enfrentou superficialmente o tema do foro especial dos procuradores de Justiça em pelo menos quatro ocasiões. No HC 38.691/MG, se debateu a questão do foro do procurador de Justiça Márcio Decat de Moura do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, acusado de supostos crimes em sua gestão como procurador-Geral de Justiça (PGJ)²³. Decidiu-se que a causa deveria ser julgada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, após a Corte discutir se o réu, já então aposentado, tinha ou não direito ao foro especial no Tribunal de Justiça em Belo Horizonte ou se deveria responder perante juiz de Direito na capital mineira.

Na Operação Naufrágio, o *procurador de Justiça* Eliezer Siqueira de Souza, do Mi-

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI nº 541/PB**, Relator Ministro Carlos Velloso, Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, julgado em 10/05/2007. No mesmo sentido, quanto à competência para julgamento dos procuradores do Estado (e não dos procuradores de Justiça), vide: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI nº 2553/MA**. Relator Ministro Gilmar Mendes, Redator para o acórdão Ministro Alexandre de Moraes, julgado em 15/05/2019.

21 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. **RE 141.209/SP**. Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 04/02/1992.

22 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. **RE 141.211/SP**. Relator Ministro Néri da Silveira, julgado em 26/05/1992.

23 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. **HC 38.691/MG**. Relator Ministro Arnaldo da Fonseca, julgado em 16/12/2004.

nistério Público do Estado do Espírito Santo, respondia à ação penal 623/DF em conjunto com vários desembargadores. Com a aposentadoria de alguns desses desembargadores, deslegitimou-se o foro especial no STJ, e a AP 623/DF inicialmente decidiu que os autos baixariam ao Tribunal de Justiça do Espírito Santo, o que acabou não ocorrendo²⁴.

Na Operação Caixa de Pandora, o *promotor de Justiça* Leonardo Bandarra do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) foi acusado de, na função de procurador-geral de Justiça do Distrito Federal, ter praticado certos crimes. Bandarra deixou de ser procurador-Geral de Justiça antes da propositura das ações penais. Portanto, não atuava mais perante o Tribunal de Justiça do DF. Em se tratando de membro do MPU de primeiro grau, a competência originária para tais ações penais é do TRF da 1ª Região nos termos do art. 108, inciso I, letra 'a', da CF. Neste caso, não se aplicou a regra do art. 105, inciso I, alínea 'a', da CF, para Bandarra, apesar de, em quase todos os Estados e no Distrito Federal, promotores de Justiça (órgãos de primeiro grau) poderem ser escolhidos para o cargo de PGJ, passando a atuar perante tribunais. Algo similar ocorreu na Operação Faroeste, a promotora de Justiça Ediene Santos Lousado também ficou vinculada ao STJ por responder a acusações em conjunto com desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, na época em que era Procuradora-Geral de Justiça naquele Estado²⁵. Sua sujeição ao STJ ocorreu apenas por conexão.

Na perspectiva aqui defendida, os procuradores-Gerais de Justiça e os procuradores de Justiça devem ser julgados no Superior Tribunal de Justiça. Apesar de o conjunto de casos examinados não ser conclusivo, o entendimento atual coloca no Tribunal de Justiça a competência para julgar tais autoridades nos termos do art. 96, inciso III, da Constituição. Foi exatamente isso que entendeu a Corte Especial num caso julgado em 2015, relativo às operações Navajo e Derrama, envolvendo o Procurador-Geral de Justiça do Espírito Santo e um deputado estadual. Neste caso, houve exame específico dos dispositivos constitucionais em questão: o art. 105, inciso I, alínea *a*, e o art. 96, inciso III. Nele, o STJ afastou a tese de que existiria uma lacuna quanto a uma competência implícita da Corte:

2. Não se visualiza competência implícita do Superior Tribunal de Justiça para julgamento dos Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados-Membros da Federação. O Constituinte Originário, ao tratar da competência criminal originária dos Tribunais de Justiça, menciona membros do Ministério Público (art. 96, III), não fazendo

24 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. **APn n° 623 QO / DF**. Relatora Ministra Laurita Vaz, julgado em 20/10/2010.

25 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. **Ação Penal 1025/DF**. Relator Ministro Og Fernandes, decisão de 16 de dezembro de 2022.

diferença entre os Promotores de Justiça (com atuação perante os Juízes de Primeiro Grau) e os Procuradores de Justiça (com atuação perante os Tribunais de Justiça).

3. A regra se complementa, em uma interpretação sistemática, pelo que dispõe o art. 105, inciso I, alínea “a”, ao atribuir ao Superior Tribunal de Justiça a competência para processar e julgar, originariamente, as autoridades que ali arrola, fazendo, inclusive, expressa menção aos Membros do Ministério Público que oficiem perante tribunais, mas apenas aos que compõem o Ministério Público da União. Nada mencionou acerca dos Membros do Ministério Público dos Estados-Membros que oficiem perante Tribunais.

4. O presente caso difere dos julgados do Pretório Excelso, trazidos pelo representante, em que se verificaram verdadeiras lacunas nas normas de competência estabelecidas na Carta Magna, admitindo-se existência de “competência implícita”.

5. Não se pode olvidar que o próprio Supremo Tribunal Federal vem, diuturnamente, reafirmando o entendimento de que as regras de competência estabelecidas na Carta Magna devem ser interpretadas de forma restritiva, em atenção ao princípio constitucional explícito do juiz natural. Precedentes.

6. Não se vislumbra existência de princípio implícito que permeia a Constituição da República, de aplicação cogente, segundo o qual as autoridades judiciárias (Magistratura e Ministério Público) são processadas e julgadas, nos crimes comuns, perante cortes de grau superior ao daquelas perante as quais elas atuam.

6. Assim como cabe ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, I, “b”, da Constituição processar e julgar, pela prática das infrações penais comuns, o Procurador-Geral da República – que oficia perante aquele Tribunal Superior –, assim o é em relação aos Procuradores-Gerais de Justiça, que devem ser processados e julgados pelos Tribunais de Justiça, nos crimes comuns.

7. Questão de ordem resolvida, com declaração da incompetência do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar, originariamente, nos crimes comuns, atos atribuídos a Deputados Estaduais e Procuradores-Gerais de Justiça Estaduais, bem como demais membros dos Ministérios Públicos Estaduais que oficiem perante tribunais. Encaminhamento dos autos ao Exmo. Procurador-Geral da República, para análise dos fundamentos da Representação à luz do disposto no art. 109, § 5º, da Constituição Federal, e possível

formulação de Incidente de Deslocamento de Competência (IDC) para o Tribunal Regional Federal.²⁶

Em suma, o STJ entendeu que o art. 96, inciso III, da Constituição “não fez diferença entre os Promotores de Justiça (com atuação perante os Juízes de primeiro grau) e os Procuradores de Justiça (com atuação perante os Tribunais de Justiça)”. O julgado em questão passou ao largo da questão dos *checks and balances* do modelo democrático de Estado, que exige controles cruzados para garantir *accountability* e efetiva responsabilização de altas autoridades. Ademais, não convence a alegação de que o PGR responde perante o mesmo tribunal em que atua, o STF, uma vez que: a) o PGR também atua perante o STJ; e b) ainda assim há simetria entre tal autoridade e os juízes correspondentes, pois os ministros do STF também são julgados nos crimes comuns pelo próprio STF, tal como o é o PGR. A decisão unânime do colegiado maior do STJ foi assim certificada:

A Corte Especial, por unanimidade, decidiu, em questão de ordem, pela incompetência do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar, originariamente, nos crimes comuns, atos atribuídos a Deputados Estaduais e Procuradores-Gerais de Justiça Estaduais, bem como dos demais membros dos Ministérios Públicos Estaduais que oficiem perante tribunais [...]²⁷.

Deste modo não incidirá o art. 105, inciso I, letra ‘a’, da Constituição porque, como visto, este dispositivo somente se aplica a membros do MPU. Embora essa seja a compreensão predominante, nada impede que as premissas de tal entendimento sejam revisitadas. Um precedente pode ser superado com base em novas teses jurídicas, novas composições do tribunal. São trazidos aqui, assim, novos argumentos que fundamentam a necessidade de *overruling*, ou seja, a superação do referido precedente.

É certo que o sistema de precedentes brasileiro tem se tornado um instrumento de verdadeira ‘imposição’ de teses pelos tribunais superiores. Isso acaba levando a que os *leading cases* acabem perdendo a sua dupla natureza, de estabilidade e flexibilidade, tornando-se apenas estáveis (LOPES FILHO, 2016, p. 100). Essa é uma constatação problemática, haja vista que a capacidade de tribunais inferiores, da doutrina e dos agentes do sistema de justiça colaborarem com a interpretação e a aplicação de precedentes é saudável e essencial para o sistema jurídico-processual.

26 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. **Rp n. 479/DF**. Relator Ministro Og Fernandes, julgado em 19/08/2015, DJe de 14/10/2015.

27 STJ. Corte Especial. **Rp n. 479/DF**. Relator Ministro Og Fernandes.

6 O PRINCÍPIO DA SIMETRIA NA FIXAÇÃO DO FORO DOS PROCURADORES DE JUSTIÇA

O princípio da simetria constitucional é reconhecido pela doutrina e acolhido pelos tribunais. Trata-se de diretriz que reclama a equivalência de institutos federais e estaduais, o que se estende, entre outros pontos, às capacidades legislativas, prerrogativas dos órgãos da União e dos Estados e à competência *ratione muneris* de seus tribunais. Tal princípio está previsto no art. 11 do ADCT: “Art. 11. Cada Assembléia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecidos os princípios desta”. No particular, o art. 125 da Constituição Federal estatui que os “Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição”.

Assim, as Constituições estaduais devem reproduzir o modelo federal, inclusive, quanto à organização de suas justiças. A aplicação mais conhecida do princípio da simetria em processo penal se relaciona ao foro especial dos deputados estaduais, extraído construtivamente do art. 27, §1º, da Constituição:

Art. 27. O número de Deputados à Assembleia Legislativa corresponderá ao triplo da representação do Estado na Câmara dos Deputados e, atingido o número de trinta e seis, será acrescido de tantos quantos forem os Deputados Federais acima de doze.

§ 1º - Será de quatro anos o mandato dos Deputados Estaduais, aplicando-se-lhes as regras desta Constituição sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas.

Dito de outro modo, os deputados estaduais têm as mesmas garantias e prerrogativas, inclusive processuais, que os seus similares federais. Isto é, se os deputados federais têm foro no STF, seus colegas estaduais são processados e julgados na mais alta corte estadual, o Tribunal de Justiça. As regras referentes àqueles se comunicam com as referentes estes no âmbito de seus respectivos entes político-administrativos. Essa tese é adotada pelo STF como se vê no RE 456.679/DF:

Com o advento da Constituição de 1988 (art. 27, § 1º), que tornou aplicáveis, sem restrições, aos membros das assembleias legislativas dos Estados e do Distrito Federal, as normas sobre imunidades parlamentares dos integrantes do Congresso Nacional, ficou superada a tese da Súmula 3/STF (“A imunidade concedida a deputados

estaduais é restrita à Justiça do Estado”), que tem por suporte necessário que o reconhecimento aos deputados estaduais das imunidades dos congressistas não derivava necessariamente da CF, mas decorreria de decisão autônoma do constituinte local.²⁸

O princípio da simetria também tem sido aplicado para a definição do foro especial dos prefeitos municipais. Pelo artigo 29, inciso X, da Constituição, esses agentes são processados e julgados pelos Tribunais de Justiça dos seus respectivos Estados. Embora tal regra somente se refira às cortes estaduais, o paralelismo entre as cortes de segundo grau e a disciplina da competência material do art. 109, IV, da CF, leva a que os prefeitos, quando autores de crimes federais, sejam submetidos a julgamento perante os Tribunais Regionais Federais (TRF). Trata-se de uma competência implícita. Já quando cometem delitos eleitorais, os prefeitos são julgados pelos Tribunais Regionais Eleitorais (TRE). Esta orientação foi sumulada pelo STF no seu enunciado 702, que, pode-se dizer, também reconheceu ser esta uma competência implícita no texto constitucional:

A competência do Tribunal de Justiça para julgar prefeitos restringe-se aos crimes de competência da justiça comum estadual; nos demais casos, a competência originária caberá ao respectivo tribunal de segundo grau.

As ideias de simetria e paridade permeiam toda a disciplina constitucional e legal sobre os direitos, deveres, prerrogativas e vantagens dos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, instituições substancialmente irmanadas, tanto aqui quanto no direito comparado, especialmente na Europa continental, em países como a França, Itália e Portugal. Tal tratamento paritário em tudo foi recentemente reafirmado pelo CNJ e pelo STJ quando equipararam as vantagens dos juízes federais àqueles percebidas pelos procuradores da República (CNJ, 2023).

É assim em todos os aspectos dessas carreiras, cujos contornos decorrem diretamente da Constituição Federal, prevalecendo o paralelismo também na definição do foro especial por prerrogativa de função. Tal quadro é delimitado pelos arts. 93, 95, 128 e 129, §4º, da Constituição. Há uma simetria entre o Judiciário e o Ministério Público. Essas carreiras são tratadas como uma só *magistratura*, embora autônomas e funcionalmente separadas.

A esta simetria *exógena* (MP \approx Judiciário) soma-se uma outra de índole *endógena*

28 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE 456.679/DF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 15/12/2005, DJ de 07/04/2006.

(MPE ≈ MPU), que também inspira, de maneira especular, as regras que disciplinam os papéis do Ministério Público da União (MPF + MPT + MPM + MPDFT) e dos 26 ministérios públicos estaduais. Tanto é assim que o art. 80 da Lei Federal nº. 8.625/1993, em nome da unidade constitucional da instituição, manda aplicar aos membros dos Ministérios Públicos dos Estados subsidiariamente as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União – LOMPU (Lei Complementar 75/1993). Entre estas avulta, para o tema que ora importa, a prerrogativa processual do art. 18 da LOMPU:

Art. 18. São prerrogativas dos membros do Ministério Público da União:

II - Processuais:

b) do membro do Ministério Público da União que officie perante tribunais, ser processado e julgado, nos crimes comuns e de responsabilidade, pelo Superior Tribunal de Justiça;

Tal regra do modelo federal é compatível com a estrutura dos Ministérios Públicos Estaduais. Isto importaria afastar, neste ponto, a interpretação incorreta do art. 96, inciso III, da Constituição, que diz competir privativamente aos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como todos os membros do Ministério Público (e não apenas os de primeiro grau), nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral. Há sobre isso precedente do STF em que é feita expressa menção à competência do TRE para julgar apenas os juízes de direito por crimes eleitorais, e não os desembargadores:

Competência por prerrogativa de função do tribunal de justiça para julgar crime contra a honra de magistrado estadual em função eleitoral, praticado por juiz de direito (CF, art. 96, III). Firme a jurisprudência do Supremo Tribunal no sentido de que a única ressalva à competência por prerrogativa de função do tribunal de justiça para julgar juízes estaduais, nos crimes comuns e de responsabilidade, é a competência da Justiça Eleitoral: precedentes²⁹.

Neste precedente, é possível perceber o reforço à literalidade do significado do texto constitucional no que se refere à competência de Tribunal de justiça no julgamento de crime comum praticado em função eleitoral de juiz de direito. Além disso, também há referência à única exceção no que se refere à competência da Justiça Eleitoral. Sobre

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. **RE 398.042/BA**. Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 02/12/2003, DJ de 06/02/2004.

o mesmo tema, há também precedente que confirma a competência do Tribunal de Justiça, inclusive, quando o crime é de competência da Justiça Federal. O STF determinou que, “nos termos do art. 96, III, da Constituição, compete aos tribunais de justiça julgar os juízes estaduais, mesmo quando acusados de crimes de competência da Justiça Federal”.³⁰

O equívoco está em ler no art. 96, III, da CF, mais do que ali está escrito. Por simetria com os juízes de Direito ali mencionados, os membros do Ministério Público a que se refere a norma são os de primeiro grau. Vale dizer: este dispositivo (art. 96, III, da CF) *parece* não distinguir entre esses membros do Ministério Público, mas um exame prospectivo e mais acurado encontra na expressão “membros do Ministério Público” apenas os “promotores de Justiça”, pois equiparados aos juízes de Direito, e não os “procuradores de Justiça”, similares aos desembargadores.

Assim, numa exegese pautada na simetria constitucional, somente os membros do Ministério Público estadual em primeiro grau estão sujeitos a julgamento perante o Tribunal de Justiça tal como os juízes daquele mesmo Estado. Para os procuradores de Justiça, exatamente como ocorre com os desembargadores perante os quais atuam, a competência deve ser do STJ em função do princípio da simetria institucional e constitucional nas suas feições endógena (na comparação com o MPU) e exógena (na comparação com o Poder Judiciário estadual).

O art. 40, inciso IV, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público – Lonamp (Lei 8.625/1993) dá razão a esta interpretação, pois afirma constituir prerrogativa dos membros do Ministério Público “ser processado e julgado originariamente pelo Tribunal de Justiça de seu Estado, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada exceção de ordem constitucional”. Tal exceção, embora não expressa, decorre da principiologia por ela adotada (art. 5º, §2º, da CF). A divisão do Ministério Público em ramos (art. 128, incisos I e II, da CF) não desfaz tal simetria intrínseca, porque, à luz do art. 127, §1º, da Carta, o princípio da unidade da instituição deve ser o principal vetor interpretativo das regras constitucionais e legais que se lhe aplicam. Em consequência, sustenta-se a tese de que os procuradores de Justiça dos 26 Ministérios Públicos Estaduais³¹ têm foro especial por prerrogativa de função no Superior Tribunal de Justiça, cabendo apenas aos tribunais de Justiça o julgamento dos promotores de Justiça.

30 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. **HC 77.558/ES**, Relator Ministro Carlos Velloso, julgado em 16/03/1999, DJ de 07/051999.

31 Os procuradores de Justiça do MPDFT dispensam esta interpretação extensiva, pois são membros do MPU e já são julgados pelo STJ, o que é uma razão a mais para a simetria estadual, dado que o MPDFT exerce funções análogas às dos MPs estaduais.

7 A COMPETÊNCIA DO STJ E A *ACCOUNTABILITY* INSTITUCIONAL

A sujeição dos procuradores de Justiça ao STJ também contribuiria para fortalecer o princípio da independência funcional (art. 127, §1º, CF). Isso porque questões parciais da Justiça ou do Ministério Público locais não seriam capazes de coarctar a liberdade de atuação desses membros do *Parquet* de segundo grau. Estes poderiam atuar sem receio ou temor de perseguição pelos entes estaduais. Aliás, esta foi uma das razões que levaram o constituinte em 1987 a inserir os desembargadores dos Tribunais de Justiça³² entre as autoridades com foro no tribunal nacional, o STJ. *Mutatis mutandi*, as razões que se aplicam aos juízes estaduais de segundo grau também valem para os procuradores de Justiça.

Ademais, a solução aqui proposta seria salutar para promover o distanciamento da apuração das tensões locais, em que a proximidade de tais autoridades (procuradores de Justiça) com os seus julgadores (os desembargadores) costuma criar um desalentador quadro de suspeição sobre todos, na medida em que podem surgir alegações, fundadas ou infundadas, de compadrio ou de julgamentos pouco isentos dos primeiros pelos segundos, seja por favorecimento ou por perseguição. Deste modo, o deslocamento dos procuradores de Justiça para foro mais distante no STJ também contribuiria para a preservação da imparcialidade objetiva dos julgadores e da credibilidade da justiça sem qualquer inovação inconstitucional em relação ao juiz natural dada a natureza implícita e simétrica de tal competência. O próprio STJ decidiu em 2018 que:

[...] o julgamento de Desembargador por Juiz vinculado ao mesmo Tribunal gera situação, no mínimo, delicada, tanto para o julgador como para a hierarquia do Judiciário, uma vez que os juízes de primeira instância têm seus atos administrativos e suas decisões judiciais imediatamente submetidas ao crivo dos juízes do respectivo Tribunal de superior instância” e que “A atuação profissional do juiz e até sua conduta pessoal, podem vir a ser sindicados, inclusive para fins de ascensão funcional, pelos desembargadores do respectivo Tribunal. Essa condição, inerente à vida profissional dos magistrados, na realidade prática, tende a comprometer a independência e imparcialidade do julgador de instância inferior ao conduzir processo criminal em que figure como réu um desembargador do Tribunal ao qual está vinculado o juiz singular³³.

32A CF se refere aos chamados desembargadores federais simplesmente como juízes de TRF.

33 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. **QO na Sd 705/DF**. Relator Ministro Raul Araújo, julgado em 21/11/2018, DJe 19/12/2018.

Tais razões também se aplicam aos procuradores de Justiça e ao PGJ. Sem declarar apoio à tese que é defendida aqui, Alves (2021, p. 578) lembra que a estipulação do foro especial obedece a “um verdadeiro critério hierárquico”, no que podemos ver mais uma razão para que os procuradores de Justiça sejam julgados por uma instância superior àquela na qual ordinariamente oficiam. Tal prerrogativa funcional visa conferir a esses réus “um julgamento o mais imparcial e justo possível, distante de pressões externas, intentando-se ainda evitar qualquer ingerência do próprio agente público no processo em que é acusado” (ALVES, 2021, p. 578). Basta extrapolar essa percepção, muito precisa, para a situação dos procuradores de Justiça e se perceberá que a própria investigação de tais autoridades, quando realizada na instancia local, poderá ser marcada por tensões no âmbito dos Ministérios Públicos, especialmente quando a autoridade investigada for o Procurador-Geral de Justiça.

8 CONCLUSÃO

Na definição do foro especial dos procuradores de Justiça, a Constituição não observou a simetria endógena e exógena que vigora entre as carreiras do Poder Judiciário e do Ministério Público. Enquanto os desembargadores estaduais são sempre julgados pelo STJ, mesmo o Procurador Geral de Justiça dos Estados Membros ficará na jurisdição dos Tribunais de Justiça do seu Estado. Estudos adicionais devem ser feitos para determinar o sentido adotado pelos constituintes na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 para a expressão “membros do Ministério Público”. Essa interpretação histórica talvez ajude a compreender o que se passou para se determinar a dissociação das duas carreiras que, em tudo o mais na Constituição, seguem um modelo de paralelismo.

Em razão da unidade institucional e da independência funcional (art. 127, §1º, CF); em função da paridade com seus congêneres do MPU e por simetria com os julgadores perante os quais oficiam (desembargadores dos Tribunais de Justiça) é uma prerrogativa processual dos membros dos Ministérios Públicos dos Estados que atuam perante os respectivos Tribunais de Justiça (os procuradores de Justiça) serem processados pelo Procurador-Geral da República e julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art. 105, inciso I, letra ‘a’, da Constituição, conforme uma competência implícita no texto.

Por fim, necessário dizer que a interpretação constitucional pode ser compreendida como uma árvore viva. Tal como uma árvore, o significado da Constituição pode se desenvolver com o tempo em diálogo com novos fatos e argumentos. Esse desenvolvimento, no entanto, não resulta em uma liberdade plena, mas deve acontecer apenas dentro dos limites de suas raízes. A indeterminação constitucional a respeito da devida

competência para julgamento dos procuradores de Justiça permite que a tese do STJ seja devidamente debatida e superada para maior respeito dos princípios da comunidade constitucional brasileira. Ainda que não seja por *overruling* do precedente de 2015 do STJ, defende-se que os elementos que aqui se discutiu são suficientes para justificar uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC) que esclareça o sentido da expressão “membros do Ministério Público” no inciso III do art. 96.

ABSTRACT

The approach that the Brazilian Supreme Court has been giving to the issue of the court competent to try the highest authorities of the Republic is neither coherent nor stable. In this article, we rely on a normative analysis and judicial cases adjudicated by the Supreme Court and the Superior Court of Justice to, using the deductive method, examine which would be the proper venue to judge appellate prosecutors of the States, within the framework of a centralist federation. The conclusion reached is that it is a procedural prerogative of those state prosecutors to be prosecuted by the Prosecutor General of the Republic and judged by the Superior Court of Justice, in symmetry with the state judges before whom they practice.

Keywords: special judicial privilege; Prosecution Service; state appellate prosecutors; state court judges; isonomy.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Manual de Processo Penal**. São Paulo, SP: Editora Juspodivm, 2021.

ARAS, Vladimir. O foro do procurador. **Blog do Vlad**, 2 de maio de 2012. Disponível em: <https://wordpress.com/post/vladimiraras.blog/4662>. Acesso em: 9 nov. 2023.

ARAS, Vladimir. Quem julga os promotores de Justiça e os juízes de Direito? **Consultor Jurídico**, 27 de setembro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-27/aras-quem-julga-promotores-justica-juizes-direito>. Acesso em: 6 nov. 2023.

BARROS, Francisco Dirceu. **Tratado doutrinário de processo penal**. Leme, SP: Editora JH Mizuno, 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. CNJ aprova resolução que garante equiparação entre direitos e deveres de juízes e integrantes do MP. **CNJ**, 17 de outubro de 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-aprova-resolucao-que-garante-equiparacao-entre-direitos-e-deveres-de-juizes-e-integrantes-do-mp/>. Acesso em: 10 nov. 2023.

BRASIL. Lei Complementar nº. 75, de 20 de maio de 1993. **Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp75.htm. Acesso em: 10 nov. 2023.

BRASIL. Lei Federal nº. 8.443, de 16 de julho de 1992. **Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18443.htm. Acesso em: 10 nov. 2023.

BRASIL. Lei Federal nº. 8.625, de 12 de fevereiro de 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.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18625.htm. Acesso em: 10 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. **AgRg no HC n. 647.437/SP.** Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 25/05/2021, DJe de 01/06/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. **HC 38.691/MG.** Relator Ministro Arnaldo da Fonseca, julgado em 16/12/2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. **Ação Penal 1025/DF.** Relator Ministro Og Fernandes, decisão de 16/12/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. **AgRg na Rcl 10.037/MT.** Relator Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 21/10/2015, DJe 25/11/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. **APn nº 623 QO / DF.** Relatora Ministra Laurita Vaz, julgado em 20/10/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. **QO na Sd 705/DF.** Relator Ministro Raul Araújo, julgado em 21/11/2018, DJe 19/12/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. **Rp n. 479/DF.** Relator Ministro Og Fernandes, julgado em 19/8/2015, DJe de 14/10/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. **RE 141.209/SP.** Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 04/02/1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. **RE 398.042/BA.** Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 02/12/2003, DJ de 06/02/2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. **HC 75.901/CE.** Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 21/07/1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. **HC 68.846/RJ.** Relator Ministro Ilmar Galvão, julgado em 02/10/1991.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. **HC 74.573/RJ.** Relator Ministro Carlos Velloso, julgado em 10/03/1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. **HC 77.558/ES.** Relator Ministro Carlos Velloso, julgado em 16/03/1999, DJ de 07/05/1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. **RE 141.211/SP.** Relator Ministro Néri

da Silveira, julgado em 26/05/1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. **RHC 81.944/RJ**. Relator Ministro Carlos Velloso, julgado em 04/06/2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI nº 2553/MA**. Relator Ministro Gilmar Mendes, Redator para o acórdão Ministro Alexandre de Moraes, julgado em 15/05/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI nº 3667/RJ**. Relator Ministro Cezar Peluso, julgado em 13/.04/2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI nº 541/PB**. Relator Ministro Carlos Velloso, Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, julgado em 10/05/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **HC 72.686/RJ**. Relator Ministro Néri da Silveira, julgado em 28/06/1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Inquérito 4781/DF**. Relator Ministro Alexandre de Moraes, autuado em 14/03/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **RE 456.679/DF**. Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 15/12/2005, DJ de 07/04/2006.

CARMO, Corival Alves do; DASSO JÚNIOR, Aragón Érico; HITNER, Verena. Federalismo, democratização e construção institucional no governo Hugo Chávez. In: LINHARES, Paulo de Tarso Frazão S. (Org.). **Federalismo Sul-Americano**. Rio de Janeiro: IPEA, 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Barreto Leivas vs. Venezuela**. Sentença de 17 de novembro de 2009 (Mérito, reparações e custas), § 91. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/5523cf3ae7f45bc966b18b150e1378d8.pdf>. Acesso em: 7 nov. 2023.

ESTADO DA BAHIA. **Constituição do Estado da Bahia**, promulgada em 5 de outubro de 1989. Disponível em: <http://www.legislabahia.ba.gov.br/documentos/constituicao-do-estado-da-bahia-de-05-de-outubro-de-1989>. Acesso em: 8 nov. 2023.

ESTADO DA PARAÍBA. **Constituição do Estado da Paraíba**, promulgada em 5 de outubro de 1989. Disponível em: <http://www.al.pb.leg.br/wp-content/uploads/2017/02/Constitui%C3%A7%C3%A3o-Estadual-Atualizada-at%C3%A9-a-Emenda-40-de-2015.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2023.

ESTADO DO CEARÁ. **Constituição do Estado do Ceará**, promulgada em 5 de outubro de 1989. Disponível em: <https://www.al.ce.gov.br/download-file/197760>. Acesso em: 8 nov. 2023.

FISCHER, Douglas. Quando (mais uma vez) a ementa diz o que não foi decidido! **Temas Jurídicos Professor Douglas Fischer**, 4 de outubro de 2022. Disponível em: <https://temasjuridicospdf.com/quando-mais-uma-vez-a-ementa-diz-o-que-nao-foi-de>

cido/. Acesso em: 10 nov. 2023.

GARCIA, Emerson. **Ministério Público**. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. *E-book*. ISBN 9788547217051. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547217051/>. Acesso em: 8 nov. 2023.

GOMES JUNIOR, Francisco Tarcísio Rocha. **O constitucionalismo como árvore viva de Wil Waluchow: entre emergência e autoritarismo**. Tese (doutorado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2022a.

HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 2.ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 8. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2020.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: Editora Juspodium, 2016.

LOPREATO, Francisco Luiz C. Federalismo brasileiro: origem, evolução e desafios. **Economia e Sociedade**, [S. l.], v. 31, p. 1–41, 2022. DOI: 10.1590/1982-3533.2022v31n1art01. p. 2-3.

LORENZETTO, Bruno Meneses; PEREIRA, Ricardo dos Reis. O Supremo Soberano no Estado de Exceção: a (des)aplicação do direito pelo STF no âmbito do Inquérito das “Fake News” (Inquérito n. 4.781). **Sequência (Florianópolis)**, [S. l.], p. 173–203, 2020. DOI: 10.5007/2177-7055.2020v41n85p173.

SOARES, Márcia Miranda. Federação, democracia e instituições políticas. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, [S. l.], p. 137–163, 1998. DOI: 10.1590/S0102-64451998000200007. p. 159-161.

TOURINHO FILHO, Fernando. Pela competência por prerrogativa de função. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**. v. 21, 2005.

WALUCHOW, Wil. **A common law theory of judicial review: The living tree**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

WALUCHOW, Wil. Indeterminacy: critical notice: law, language and legal determinacy by Brian Bix. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, [s. l.], n. 2, p. 397-409, jun. 1996.

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO
PENAL NOS CRIMES RACIAIS

*THE NON-PROSECUTION AGREEMENT
IN RACIAL CRIMES*

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NOS CRIMES RACIAIS¹

THE NON-PROSECUTION AGREEMENT IN RACIAL CRIMES

Heloisa Silva de Melo²

RESUMO

Objetiva-se debater a aplicabilidade do acordo de não persecução penal em casos que envolvam crime de racismo. São apresentadas as características e requisitos do instituto como técnica de utilização da justiça penal negociada. Em seguida, analisa-se o arcabouço jurídico antirracista brasileiro e os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil envolvendo a matéria. Apresenta-se a problemática acerca da compatibilidade entre o acordo e o compromisso constitucional brasileiro em combater o racismo. Para alcançar tais objetivos, utilizou-se metodologia de pesquisa bibliográfica e coleta de dados em sistema processual informatizado. Ao final, concluiu-se pela necessidade de soluções institucionais para a questão.

Palavras-chave: justiça penal negociada; acordo de não persecução penal; racismo; aplicabilidade.

1 INTRODUÇÃO

O acordo de não persecução penal (ANPP) é instituto de justiça penal negociada que se afasta do modelo conflitivo de solução de demandas em matéria penal, sendo seus requisitos e hipóteses de cabimento, assim como os casos em que sua utilização é vedada, previstos no artigo 28-A do Código de Processo Penal.

A partir da criação do instituto, em 2019, surgiu a discussão acerca da compatibilidade de sua aplicação a casos que envolvam crime de racismo, hipótese a que o legislador ordinário não impôs qualquer vedação.

Para alguns, a impossibilidade de propositura do ANPP nesses casos, todavia, advém dos princípios constitucionais relacionados ao combate ao racismo e à não-discrimina-

¹ Data de Recebimento: 28/08/2023. Data de Aceite: 14/11/2023.

² Juíza Federal na Seção Judiciária do Ceará. Especialista em Direito Penal pela Universidade de Fortaleza. Mestrado em andamento pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará. E-mail: heloisa.s.melo@hotmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9878256722800053>. ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-9744-8916>.

ção, bem como dos compromissos internacionais firmados pelo Brasil, por meio dos quais se comprometeu a combater práticas racistas com maior rigor.

A questão chegou a ser enfrentada por alguns Ministérios Públicos estaduais, que editaram orientações a seus membros sobre a matéria, bem como pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em julgamento de recurso ordinário em sede de Habeas Corpus.

Não há, todavia, pacificidade nem resolução definitiva sobre o tema, sendo a problemática e os argumentos que a norteiam objetos de estudo do presente artigo.

2 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO MANIFESTAÇÃO DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA NO BRASIL

Impera no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da necessidade do direito penal, segundo o qual é indispensável a intervenção estatal para punir lesão a direitos caros à sociedade. Tal necessidade de intervenção se refere tanto ao estabelecimento de previsão legal daquilo que configura conduta criminosa quanto à imprescindibilidade de atuação estatal para aplicação da pena cominada a determinado crime.

Delito, pena e processo, portanto, estão intimamente ligados ao referido princípio. “O princípio da necessidade impõe, para chegar-se à pena, o processo como caminho necessário e imprescindível, até porque o direito penal somente se realiza no processo penal (Lopes Júnior., 2023, p.64).

Nesse contexto, tradicionalmente, a justiça penal manifesta viés essencialmente conflitivo, em que a resolução do caso concreto coloca as partes em lados opostos e ocorre no bojo de um processo judicial submetido ao contraditório e à ampla defesa.

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, no entanto, houve mudança de paradigma quanto à questão. A partir da previsão contida no artigo 98, I, da Constituição, possibilitou-se a criação de juizados especiais competentes para processar e julgar infrações consideradas de menor potencial ofensivo, em cujo âmbito se adota procedimento oral e sumaríssimo e, em hipóteses previstas em lei, transação penal (Brasil, 1988).

Além do mencionado dispositivo, a legislação infraconstitucional posterior passou a dispor sobre outras vias de resolução não conflitivas de casos penais. Ganhou força, assim, a chamada justiça negociada, a qual pode ser tida como aquela que, buscando solução consensual, utiliza formas de negociação para abreviação do rito processual, com antecipação e/ou diminuição da pena aplicada, em uma ruptura com o modelo conflituoso e com a aplicação do axioma do *nulla poena sine iudicio* (Lopes Júnior, 2023).

Como exemplo, a Lei nº 9.099/1995, ao estruturar os juizados especiais criminais, buscando celeridade e eficiência no julgamento de crimes de menor potencial ofensivo,

inseriu no sistema processual penal brasileiro instrumentos de justiça penal negociada, tais como a composição civil dos danos perante o juízo criminal, a transação penal e a suspensão condicional do processo (Brasil, 1995).

Outro instituto exemplificativo da utilização de técnicas de justiça penal negociada é a colaboração premiada, prevista em diversas legislações penais, mas que tem atualmente como principal diploma normativo de regramento a Lei nº 12.850/2013, chamada Lei das Organizações Criminosas.

Por fim, insta destacar instituto de justiça penal consensual introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 13.964/2019, que incluiu o artigo 28-A no Código de Processo Penal para criar o acordo de não persecução penal. O ANPP pode ser definido como “o ajuste obrigacional celebrado entre o órgão de acusação e o investigado (assistido por advogado), devidamente homologado pelo juiz, no qual o indigitado assume sua responsabilidade, aceitando cumprir, desde logo, condições menos severas do que a sanção penal aplicável ao fato a ele imputado” (Vaz; Cunha, 2023).

Para a propositura do ANPP, prevê a redação do artigo 28-A, do Código de Processo Penal, uma série de requisitos, tais como ter sido a infração penal praticada sem violência ou grave ameaça à pessoa e ter previsão de pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, além de não ser o caso de arquivamento do procedimento investigatório e ser a celebração do acordo necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime (Brasil, 1941).

O mencionado artigo traz, ainda, as condições a serem ajustadas cumulativa e alternativamente para se firmar o ANPP, a saber: a) reparação do dano ou restituição da coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; b) renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; c) prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços; d) pagamento de prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse social, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito (Brasil, 1941).

Tal rol é meramente exemplificativo, já que o inciso V do artigo 28-A prevê a possibilidade de cumprimento, por prazo determinado, de qualquer outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada (Brasil, 1941).

O acordo de não persecução penal não será aplicável quando cabível transação penal de competência dos juizados especiais criminais; se o investigado for reincidente ou houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; caso o agente tenha

sido beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de gênero feminino, em favor do agressor (Brasil, 1941).

Dispondo a lei acerca dos requisitos e hipóteses de vedação à propositura do ANPP, caberá ao juiz a quem a avença é levada a homologação apenas verificar sua voluntariedade e a legalidade das condições impostas, não podendo se imiscuir no objeto da proposta para recusar a homologação.

Caso considere inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo apresentado, caberá ao julgador, tão-somente, devolver os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta, com concordância do investigado e seu defensor (Brasil, 1941).

Apenas quando não atendidos aos requisitos legais ou não realizada a adequação das condições após devolução da proposta ao Ministério Público, poderá o juiz recusar a homologação do ANPP.

Por outro lado, o oferecimento do acordo não se configura como direito subjetivo do investigado, sendo prerrogativa do Ministério Público, a partir de um juízo regrado de conveniência e oportunidade. No caso de recusa por parte do Ministério Público em propor o acordo de não persecução penal, resta ao investigado apenas a possibilidade de requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do artigo 28 do Código de Processo Penal (Brasil, 1941).

Uma vez apresentada a proposta de ANPP, visando acelerar e simplificar procedimentos legais, as partes concordam em negociar a aplicação de uma sanção penal, cada uma delas abrindo mão, em certa medida, de direito ou prerrogativa.

O investigado, confessando sua culpa, renuncia a seu direito a um julgamento perante juízo imparcial em que a acusação tem o ônus de comprovar os fatos criminosos. Em troca, ao cumprir as condições impostas, receberá sanção mais branda que aquela eventualmente imposta ao final de um julgamento (Giacomelli; Vasconcellos, 2015).

A acusação, por sua vez, abdica de prerrogativas suas enquanto detentora da ação penal, visando, assim, com a contribuição do investigado, por fim a um conflito social e antecipar a resposta estatal a lesão jurídica causada pela infração penal.

Sob outro prisma, indo além da busca pela economia de tempo e recursos que seriam empregados em persecução penal, o atual modelo legal para utilização do ANPP busca prestigiar a vítima do delito, prevendo a possibilidade de se impor como condição para o acordo a reparação do dano e a restituição do objeto do crime (Vaz; Cunha, 2023), além da obrigação de ser a vítima intimada da homologação do acordo e de seu descumprimento.

Almeja-se, assim, que a solução consensual advinda do acordo de não persecução penal tenha alcance amplo e favoreça, a um só tempo: o Sistema de Justiça e o órgão acusador, com a solução célere do conflito e a possibilidade de se dedicar a crimes mais graves; o agente infrator, com aplicação de uma sanção mais branda; a vítima, com a possibilidade e reparação pelos danos sofridos; e a sociedade como um todo, ao experimentar respostas estatais mais rápidas e efetivas a ilícitos penais.

3 A APLICABILIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NOS CRIMES RACIAIS

Conforme analisado linhas acima, o oferecimento do acordo de não persecução penal é poder-dever do Ministério Público, caracterizando-se como uma prerrogativa do órgão acusatório exercida discricionariamente, mas em estrita conformidade com o que diz a lei.

Assim, além de observar as disposições do Código de Processo Penal acerca dos requisitos para o acordo, deverá o Ministério Público se atentar para as hipóteses em que sua propositura é vedada.

Quanto ao tipo de delito, conforme já visto, segundo o Código de Processo Penal, não será permitida a assinatura de ANPP nos crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa e naqueles praticados no contexto de violência doméstica ou familiar ou contra mulher por razões da condição do gênero feminino.

Conquanto as hipóteses de vedação ao ANPP em razão da natureza do crime pareçam taxativas, é necessário perquirir se outros casos de inaplicabilidade poderiam ser deduzidos a partir dos princípios adotados pelo ordenamento jurídico brasileiro como um todo, não se limitando ao que diz a regra contida no artigo 28-A do Código de Processo Penal.

Podem ser tomados como exemplo para referido questionamento, os delitos previstos na Lei nº 7.716/1989, definidora dos crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

Cometidos, em regra, sem violência e grave ameaça à pessoa, a grande maioria dos crimes previstos na mencionada lei, com exceção daqueles que trazem disposição de causa de aumento da pena, são punidos com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, de modo que, não existindo qualquer vedação legal, seria plenamente possível a formulação de proposta de acordo de não persecução penal, a critério do Ministério Público.

A problemática acerca da inaplicabilidade do ANPP aos crimes de racismo surge, todavia, em razão de diversos princípios adotados no ordenamento pátrio, expressos na Constituição Federal de 1988 e em documentos internacionais que dispõem sobre a

matéria e aos quais o Estado brasileiro aderiu.

O artigo 3º, IV da Constituição de 1988 apresenta como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos sem preconceitos de raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. O artigo 4º, VIII, da Carta Magna, por sua vez, impõem que as relações internacionais do Brasil sejam regidas pelo repúdio ao racismo. O art. 5º, XLII, estabelece mandamento de criminalização, ao dispor que a prática de racismo configura crime imprescritível e inafiançável, sujeito a pena de reclusão, nos termos da lei (Brasil, 1988).

Internacionalmente, o Estado brasileiro aderiu a documentos que tratam do tema racial e por meio dos quais se comprometeu a combater o racismo, tais como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1966), aqui promulgada em 1968, e a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância (2013), promulgada pelo Estado brasileiro em 2022 com *status* de emenda constitucional.

Percebe-se, pois, a formação de um arcabouço jurídico com esteio em um elevado grau de censurabilidade de práticas racistas, o qual levou o legislador constituinte, inclusive, a se antecipar ao ordinário para estabelecer, desde logo, no texto constitucional, a necessidade de tutela penal do direito à não discriminação racial (Vaz, 2021).

No mesmo sentido, Dantas (2021) sustenta que o conjunto específico de normas antirracistas do sistema jurídico brasileiro, conduz à conclusão de que a adoção do ANPP em casos criminais relacionados à prática de discriminação racial se revela inadequada. A aplicação do acordo seria materialmente incompatível com os princípios da ordem constitucional e manifestamente insuficiente para reprimir e prevenir de maneira eficaz crimes dessa natureza.

Heemann (2021), a seu turno, considera que a celebração de ANPP na hipótese em discussão não só contraria o regime constitucional de repúdio e combate ao racismo, como também configura cenário de proteção desproporcionalmente inadequado, ao equiparar um crime considerado pela Constituição Federal de 1988 como imprescritível, inafiançável e sujeito a pena de reclusão, a delitos de menor gravidade.

Em razão de tais circunstâncias, muito embora, pela legislação processual penal vigente, os crimes de racismo previstos na Lei nº 7.716/1989 possibilitem, em tese, a propositura de acordo de persecução penal, já que não há vedação legal, sua aplicação poderia significar afastamento de tutela penal constitucionalmente determinada pelo artigo 5º, XLII da Constituição.

Pertencendo ao Ministério Público o poder-dever de formular ANPP, alguns órgãos ministeriais enfrentaram o tema, editando regulamentações sobre a aplicabilidade do instituto a crimes de racismo.

O Ministério Público de São Paulo editou a Orientação Conjunta nº 01/2020, dispondo o seguinte:

Com o fim de obedecer e concretizar os fundamentos, objetivos e os princípios estabelecidos na Constituição Federal, nos documentos internacionais de direitos humanos, em especial na Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, os órgãos de execução do Ministério Público do Estado de São Paulo devem evitar qualquer instrumento de consenso (transação penal, acordo de não persecução penal e suspensão condicional do processo) nos procedimentos investigatórios e processos criminais envolvendo crimes de racismo, compreendidos aqueles tipificados na Lei 7.716/89 e no art. 140, §3o, do Código Penal, pois desproporcional e incompatível com infração penal dessa natureza, violadora de valores sociais (São Paulo, 2020).

O Ministério Público do Acre, por sua vez, emitiu a Nota Técnica Orientativa Conjunta nº 01/2020, por meio da qual firmou entendimento pela inadequação de instrumentos consensuais de resolução de conflitos penais, dentre eles o ANPP, nos casos em que se apure crimes de racismo (Acre, 2020).

No mesmo sentido, os Ministérios Públicos do Paraná, por meio de nota técnica (Paraná, 2021), e do Piauí, através de recomendação conjunta (Piauí, 2020), orientaram seus membros quanto à não formulação de ANPP em casos de racismo.

O Ministério Público do Estado da Bahia, a seu turno, entende pela aplicabilidade do acordo de não persecução penal nos crimes raciais, mas, através do Conselho de Procuradores de Justiça com atuação na área criminal, aprovou enunciado, estabelecendo alguns parâmetros para formulação do ANPP em casos tais:

Nos crimes de racismo (inclusive injúria racial), a proposta de acordo de não persecução penal, além das condições dos incisos de I a V, do caput do art. 28 - A do CPP, deverá conter cláusula pertinente: I – à reparação mínima à vítima pelos danos morais e materiais decorrentes do crime, cujo valor deverá ser abatido em eventual condenação cível;

II – à fixação, em sendo o caso, de valor mínimo de indenização por dano moral coletivo, destinando-se o valor correspondente para fundos ou ações específicos destinados ao enfrentamento ao racismo e/ou à promoção da igualdade racial, sem prejuízo de eventual

ação civil pública, cujo valor da condenação deverá ser abatido do montante pago em decorrência do acordo;

III – à prestação de serviço à comunidade, que consistirá em atribuições de tarefas gratuitas a serem realizadas em organizações ou instituições públicas ou privadas cuja principal atuação esteja voltada para o enfrentamento ao racismo e/ou à promoção da igualdade racial;

IV – à participação do investigado em cursos ou grupos reflexivos de letramento racial, a serem realizados por organizações ou instituições públicas ou privadas cuja principal atuação esteja voltada para o enfrentamento ao racismo e/ou à promoção da igualdade racial (Bahia, 2022).

A questão acerca aplicabilidade ou não do ANPP em casos que envolvam crime de racismo acabou sendo discutida no Supremo Tribunal Federal no bojo do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 222.599/SC (Brasil, 2023).

Na ocasião, a segunda turma da Suprema Corte entendeu que:

3. (...) a delimitação do alcance material para a aplicação do acordo “despenalizador” e a inibição da *persecutio criminis* exige conformidade com o texto Constitucional e com os compromissos assumidos pelo Estado brasileiro internacionalmente, como limite necessário para a preservação do direito fundamental à não discriminação e à não submissão à tortura – seja ela psicológica ou física, ao tratamento desumano ou degradante, operada pelo conjunto de sentidos estereotipados que circula e que atribui tanto às mulheres quanto às pessoas negras posição inferior, numa perversa hierarquia de humanidades (Brasil, 2023).

A decisão em questão considerou, portanto, que o ANPP não abarca os crimes raciais. Em interpretação que levou em conta a teleologia da excepcionalidade da norma criadora do mencionado acordo e a natureza do bem jurídico tutelado nos crimes raciais, considerou-se que, tal como ocorre nos casos previstos no inciso IV do art. 28-A do Código de Processo Penal, o acordo de não persecução penal não se compatibiliza com crimes que envolvam práticas discriminatórias de caráter racista (Brasil, 2023).

Por ocasião do julgamento, outrossim, consignou-se que as mesmas razões se estenderiam ao crime de injúria racial, então previsto no artigo 140, § 3º, do Código Penal e considerado, por meio do julgamento do HC nº 154.248/DF, do Supremo Tribunal

Federal, como incorporador de todos os elementos essenciais para ser considerado uma das categorias de racismo. A mera distinção topológica entre os crimes estabelecidos na Lei nº 7.716/1989 e no art. 140, § 3º, do Código Penal não seria suficiente para conferir à última conduta criminosa uma natureza diversa do racismo (Brasil, 2021).

Destaque-se que a Lei nº 14.532/2023 promoveu a unificação topológica e introduziu no texto da Lei nº 7.716/1989 o artigo 2º-A, que caracteriza a injúria racial como uma ofensa à honra de outrem, baseada em elementos de raça, cor, etnia e procedência nacional. Assim, a injúria racial, por força de legislação, tornou-se uma das modalidades de racismo, alinhando-se ao que já havia sido decidido pelo STF.

No que se refere a todas as espécies de crimes raciais, portanto, a segunda turma do Supremo Tribunal Federal assentou que a mesma teleologia que levou o legislador a excepcionar os casos de violência doméstica e de gênero da aplicação do ANPP deve ser aposta aos crimes envolvendo discriminação racial, a partir de uma interpretação do artigo 28-A do Código de Processo Penal conforme à Constituição.

Disse, ainda, o tribunal que a ratificação pelo Estado brasileiro de documentos internacionais como a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância reafirma a decisão, já expressa no texto constitucional, de reprimir de forma mais severa o racismo. Firmar acordo de não persecução penal em tais hipóteses, na visão do Supremo Tribunal Federal, seria reconhecer que “o malferimento a determinados bens jurídicos, ainda que penalmente protegidos, não se constituem de *status* suficiente a conclamar maior rigor da repressão estatal – o que, como visto, é exatamente o oposto do que exige o texto constitucional e os compromissos assumidos pelo Estado brasileiro internacionalmente” (Brasil, 2023).

Muito embora tenha o STF se manifestado sobre o tema, a questão acerca da aplicabilidade ou não do ANPP aos crimes de racismo não se encontra resolvida. Haja vista que a decisão acima mencionada não fora proferida pelo plenário da corte, não gozando, em princípio, de qualquer efeito vinculante. Continua, pois, em plena vigência, sem revogação ou declaração de inconstitucionalidade com efeitos *erga omnis*, a redação do art. 28-A do Código de Processo Penal, a qual não prevê qualquer vedação à aplicação do instituto aos crimes raciais.

Desse modo, sua aplicação ou não em casos envolvendo crimes de racismo tem ocorrido por meio de juízo de discricionariedade legalmente vinculada dos membros do Ministério Público – considerando-se, ainda, que somente alguns Estados regulamentaram a matéria - , bem como da interpretação da norma feita pelo juízo perante o qual o acordo é levado à homologação.

4 O RACISMO INSTITUCIONAL COMO DIFICULDADE PARA A RESOLUÇÃO DA QUESTÃO

Conquanto não haja e talvez nunca tenha havido no Brasil conflito racial aberto, as estruturas sociais e os sistemas institucionalizados brasileiros afetam de maneira distinta pessoas negras e brancas em múltiplos setores de suas vidas, sem que tal distinção esteja calcada em atos discriminatórios explícitos e isolados, mas em um processo histórico de privilégios de determinados indivíduos e desvantagens e exclusão em relação a grupo estigmatizado.

Reconhecendo a necessidade de combater e punir severamente as condutas baseadas em discriminação racial, consoante já analisado, o Brasil desenvolveu desde a promulgação da Constituição de 1988, legislação antirracista de significativa importância.

A criação de leis antirracistas e políticas públicas antidiscriminatórias, todavia, não se mostraram suficientes para diminuir as dificuldades, desigualdades, violências e exclusão social causadas pelo racismo.

Acerca do tema, é de suma importância decisão proferida no Caso Simone André Diniz, apreciado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em 2006 (CIDH, 2006).

Naquele julgamento, a CIDH responsabilizou o Estado brasileiro em virtude da violação do pleno exercício do direito à justiça e ao devido processo legal e falhas na condução dos recursos internos para apurar discriminação racial sofrida por Simone André Diniz, o que resultou no descumprimento pelo Brasil da obrigação de garantir o exercício dos direitos previstos na Convenção Americana e o dever de adotar disposições de direito interno.

Declarou a Comissão, ainda, existir no país um racismo institucional, obstáculo à aplicação da legislação antirracista brasileira, destacando, que, da prova testemunhal, passando pelo inquérito na polícia até a decisão do Judiciário, há verdadeira incapacidade de reconhecer o racismo.

Tal incapacidade decorre, dentre outros fatores, da sempre alegada ausência de tipificação do crime e dificuldade em provar a intenção discriminatória diante da negativa do autor de que quis discriminar. A solução de tais casos acaba, na maioria das vezes, com a declaração do agressor perante as autoridades públicas de que não teve motivação racista em sua conduta, sustentando que tudo não passou de um mal-entendido.

Segundo a Comissão, tal prática se configura em uma discriminação indireta, posto impedir o reconhecimento do direito de não ser discriminado, assim como obsta o acesso à justiça para reparação pela violação sofrida (CIDH, 2006).

Por racismo institucional, considera-se, nos termos definidos por Almeida (2021),

uma das concepções da discriminação racial em sua forma sistema, juntamente com o racismo individual e o estrutural.

A concepção individualista estaria ligada à subjetividade do indivíduo e está associada à sua natureza psicológica e tida por irracional, distanciando-se da ideia de existência de sociedades ou instituições racistas. Por outro lado, as concepções de racismo estrutural e institucional vão além de comportamentos individuais, sendo considerados fenômenos que influenciam a estrutura da sociedade. O racismo estrutural implica em uma dinâmica de dominação e relações de poder, resultando na naturalização de estruturas causadoras de desigualdade e na reprodução sistemática do racismo nas esferas ideológica, econômica, jurídica e política da sociedade. O racismo institucional, por sua vez, ocorre quando instituições reproduzem desigualdades raciais existentes na sociedade, atribuindo privilégios e desvantagens com base em critérios raciais. Na esfera pública, isso pode se manifestar em condições precárias de saúde, educação e alimentação para indivíduos racializados, além de respostas mais severas por parte das autoridades, resultando em maior abordagem policial, letalidade policial elevada e predominância de pessoas negras na população carcerária (Almeida, 2021).

Como pontuou Vaz (2021), o racismo institucional identificado no julgamento da CIDH é fator determinante para inaplicabilidade da legislação antirracista no Brasil.

Nesse sentido, a resistência do Poder Judiciário em reconhecer o dolo nas práticas racistas e o consequente alto índice de absolvições têm gerado ineficiência não apenas da tutela penal, mas também da tutela cível, inviabilizando ações de indenização por dano moral. Ademais, também há prejuízos no que tange à responsabilização das instituições públicas e privadas diante das tão comuns absolvições na seara criminal (Vaz, 2021).

Embasando-se na existência desse racismo institucional no Brasil, Vaz (2021) defende que, ao revés de contrariar os princípios antirracistas e as próprias determinações da CIDH no caso Simone André Diniz, a propositura de ANPP a pessoas investigadas por crimes raciais acabaria por resultar em uma efetiva resposta estatal à vítima e à sociedade como um todo. Isso porque “o ANPP, embora considerado por parte da doutrina como um instituto de despenalização, não tem o condão de descriminalizar a conduta. Na prática, o que ocorre é uma resposta penal mais célere e, muitas vezes, mais eficiente e ampla do que aquela que adviria ao fim de um longo processo penal” (Vaz, 2021).

Segundo pesquisa realizada pelo Laboratório de Análises Econômicas, Históricas, Sociais e Estatísticas das Relações Raciais (Menezes, 2008) e também utilizada por

Vaz (2021) para defender a utilização do acordo de não persecução penal nos crimes de racismo, entre 1º de janeiro de 2005 e 31 de dezembro de 2006, em 85 ações que tratavam de racismo, 57,7% dos julgamentos em segunda instância resultaram em sua improcedência, ou seja, foram favoráveis a quem supostamente teria cometido discriminação racial. Outrossim, em razão das penas em abstrato previstas para os tipos penais de racismo, em caso de condenação, o autor do fato teria, muitas vezes, sua pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direito idêntica a eventual condição imposta por meio de ANPP.

Nesse contexto, Vaz (2023) entende pela aplicabilidade do ANPP aos crimes de racismo, porém com análise caso a caso e desde que as condições propostas pelo Ministério Público se mostrem efetivamente adequadas e suficientes para a reprovação e prevenção de tais condutas dotadas de elevado grau de censurabilidade constitucionalmente reconhecido, a exemplo dos parâmetros traçados pelo Ministério Público do Estado da Bahia (Bahia, 2022).

A conclusão acerca das vantagens na utilização com cautela do acordo de não persecução penal nos crimes raciais acima analisada, como visto, levou em conta a resistência do Judiciário em reconhecer práticas racistas.

Todavia, é preciso que se diga que o racismo institucional apontado está presente em todas as esferas, órgãos e instituições que compõem o Sistema de Justiça, sendo múltiplas e sucessivas as barreiras enfrentadas por quem pretende ver tutelado pelo Estado seu direito à não-discriminação.

(...) Na prática, a falta de uma investigação diligente, imparcial e efetiva, a discricionariedade do promotor para fazer a denúncia e a tipificação do crime, que exige que o autor, após a prática do ato discriminatório, declare expressamente que sua conduta foi motivada por razões de discriminação racial são fatores que contribuem para a denegação de justiça para a investigação dos crimes raciais e a impunidade.

(...) este tratamento desigual que é dado aos crimes raciais no país, seja na fase investigativa, seja na judicial, reflete a distinção com que os funcionários da polícia e da justiça tratam as denúncias de ocorrência de discriminação racial, pois na maioria das vezes em que recebem estas denúncias, alegam a ausência de tipificação do crime e dificuldade em provar a intenção discriminatória toda vez que o perpetrador nega que quis discriminar a vítima, como fatores para não processar a denúncia.

(...) Pretende-se também minimizar a atitude do agressor, fazem-

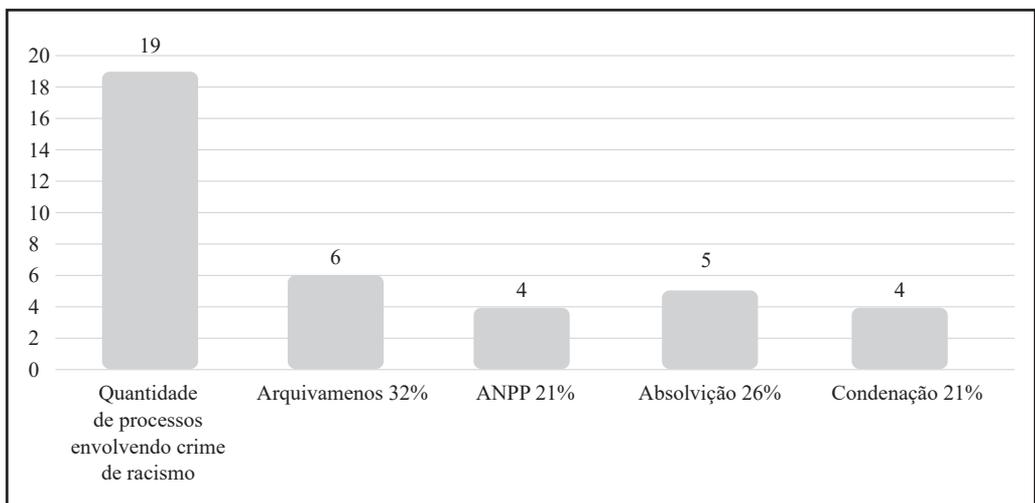
do parecer que tudo não passou de um mal-entendido. Poucos ou raríssimos casos são denunciados, entre estes, a maioria é barrada na delegacia, onde os delegados minimizam a ação do acusando, entendendo como simples brincadeira ou mal-entendido. Das denúncias que chegam a virar inquérito, muitas são descaracterizadas como mera injúria (CIDH, 2006).

A discussão quanto à utilização do ANPP nos casos de racismo, portanto, acaba ficando mais complexa, a partir da constatação da presença de um arraigado racismo institucional no âmbito de todo o Sistema de Justiça.

Até que se chegue à fase em que se apresenta viável a propositura do acordo, é preciso que as autoridades públicas envolvidas no caso anteriormente tenham se convencido da presença de indícios da prática racista. A resistência a ser enfrentada, em consequência, vai além do Poder Judiciário e passa, inclusive, pelos órgãos do Ministério Público.

A título de exemplo, segundo levantamento de dados realizados junto ao sistema do Processo Judicial Eletrônico (PJe), dos 19 processos envolvendo crimes de racismo que tramitaram perante o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, 32% resultaram em arquivamento dos procedimentos investigatórios (inquérito policial e procedimento investigatório criminal no âmbito do Ministério Público Federal) e 26% culminaram na absolvição do réu. Em 21% dos feitos, foram propostos acordos de não persecução penal e as condenações tiveram o mesmo percentual.

Gráfico 1 – Processos envolvendo racimos no âmbito do TRF5 entre 2018 e 2022



Fonte: elaborado pela autora a partir de dados coletados no sistema PJe

Sem adentrar nos motivos que levaram aos arquivamentos e absolvições, constata-se que a quantidade de arquivamentos, ato requerido pelo Ministério Público por entender não ser o caso de oferecimento de ANPP ou denúncia, é também significativa quando levado em conta o número total de processos envolvendo crimes raciais.

A questão, percebe-se, é complexa, por envolver, não apenas aparente conflito entre disposição de lei e princípios constitucionais relacionados ao direito à igualdade, à não-discriminação e o compromisso estatal de combate ao racismo e todas as formas de preconceito, mas por ser perpassada por práticas sociais arraigadas e de difícil enfrentamento como o racismo institucional.

Por outro lado, é inegável que os crimes de racismo, em decorrência do arcabouço jurídico antirracista brasileiro, devem ser combatidos com maior rigor em virtude, inclusive, de mandado constitucional de criminalização.

Conquanto não se possa afirmar que o acordo de não persecução penal seja medida essencialmente descriminalizadora, é necessário que sua aplicação em casos de racismo seja tratada com distinção e a distinção que mais se coaduna com os preceitos constitucionais vigentes, por tudo que já fora aqui exposto, é a vedação de que seja o acordo firmado em casos tais e, apenas subsidiariamente, a imposição de critérios mais rigorosos para sua propositura, na linha da orientação elaborada pelo Ministério Público do Estado da Bahia (Bahia, 2022).

Ressalte-se, por outro lado, que a segurança jurídica impõe que a vedação, assim como a eventual imposição de critérios mais rigorosos para a propositura do acordo, advenha de disposição de lei ou de decisão definitiva de mérito proferida pelo Supremo Tribunal Federal com efeito *erga omnis* e que, portanto, devem ser obrigatoriamente observadas pelos demais órgãos do Judiciário e pelo Poder Executivo.

Urge, pois, que a questão seja regulamentada pelo Poder Legislativo ou levada a conhecimento da Corte Maior em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento dos instrumentos de justiça penal negociada no ordenamento jurídico brasileiro tem ganhado força em razão da celeridade proporcionada aos feitos criminais, bem como na construção de soluções a partir do consenso entre as partes.

O acordo de não persecução penal é manifestação desse modelo de justiça penal negociada e, a partir de sua concepção, passou a contribuir com o Sistema de Justiça, o agente infrator e a sociedade como um todo, ao propiciar respostas estatais mais rápidas e efetivas a ilícitos penais.

Quando da criação do instituto, o legislador ordinário cuidou de estabelecer as hi-

póteses que considerou não serem adequadas para a utilização do ANPP, utilizando-se, para tanto, como um dos critérios, o grau de censurabilidade da conduta do investigado. É o que se deduz da vedação do acordo em casos de crimes envolvendo violência doméstica ou em razão de gênero.

A partir desta teleologia quanto ao grau de censurabilidade da conduta como critério para a não utilização do instituto em determinados casos, é que se defende seja feita diferenciação, ainda que não haja previsão legal, quando a hipótese envolva crime de racismo.

Tal distinção independeria de previsão legal em razão dos princípios estabelecidos na Constituição Federal de 1988 e nos documentos internacionais aos quais o Estado brasileiro aderiu e, pelos quais, o racismo exige uma resposta estatal severa e que passa pela criminalização da conduta discriminatória.

A segurança jurídica que a questão exige e a inegável existência do racismo institucional no âmbito do Sistema de Justiça, no entanto, tornam imperioso que soluções institucionais sejam dadas à questão, seja pela provocação ao Supremo Tribunal Federal para que julgue a matéria em decisão de caráter vinculante, seja pela modificação legislativa, deixando clara a distinção rigorosa que deve ser dada aos crimes raciais.

Enquanto isso, cabe aos agentes estatais envolvidos nas demandas que tenham a temática por objeto buscar soluções que atendam os preceitos constitucionais de defesa pela igualdade.

THE NON-PROSECUTION AGREEMENT IN RACIAL CRIMES

ABSTRACT

The aim is to debate the applicability of the non-prosecution agreement in cases involving racism. The characteristics and requirements of the institute as a technique for using negotiated criminal justice are presented. Next, the Brazilian anti-racism legal framework and the international commitments made by Brazil in this area are analyzed. The issue of compatibility between the agreement and Brazil's constitutional commitment to combat racism is presented. In order to achieve these objectives, the methodology used was bibliographical research and data collection in a computerized procedural system. The conclusion is that institutional solutions are needed.

Keywords: negotiated criminal justice; non-prosecution agreement; racism; applicability.

REFERÊNCIAS

ACRE. Ministério Público do Estado do Acre. **Nota Técnica Orientativa Conjunta nº 01/2020**. Dispõe sobre a orientação para atuação deste Órgão Ministerial, ante a situação de atos de racismo e discriminação ou incitação. Acre. 2020. Disponível em: <https://www.mpac.mp.br/wp-content/uploads/NT-Racismo-1-1.pdf>. Acesso em 25 jun. 2023.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **O que é racismo estrutural?** Belo Horizonte: Letramento, 2021.

BAHIA. Ministério Público da Bahia. **Enunciados do Conselho de Procuradores e Promotores de Justiça da área criminal**. Bahia 2022. Disponível em: https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/area/criminal/2022/enunciados_aprovados_20221021.pdf Acesso em: 25 jun. 2023.

BRASIL. **Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 1941**. Brasília, DF: Presidência da República, 03 out. 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 24 jun. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Presidência da República, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 1995**. Brasília, DF: Presidência da República, 26 set. 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 24 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - Tribunal Pleno. **Acórdão nº HC 154.248/DF**. Paciente: Luiza Maria da Silva. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 28 de outubro de 2021. Diário de Justiça. Brasília, 22 fev. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349811889&ext=.pdf>. Acesso em: 24 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Segunda Turma. **Acórdão nº RHC 222.599/SC**. Reclamante: Dany Phillippi de Aguiar. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 07 de fevereiro de 2023. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 22 mar. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15356846599&ext=.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2023.

CIDH - OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Relatório 66/06. **Sentença nº 12.001, Caso Simone André Diniz vs Brasil, 21 out. 2006**. Disponível em: <http://www.cidh.org/annualrep/2006port/brasil.12001port.htm>. Acesso em: 28 jun. 2023.

DANTAS, João Victor Barros. **A inconstitucionalidade do acordo de não persecução penal nos crimes de racismo e injúria racial no Brasil**. Monografia (Graduação em

Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufc.br/handle/riufc/62983>. Acesso em: 28 nov. 2023.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão (Teoria do Garantismo Penal)**, 4 ed. São Paulo, RT, 2014.

HEEMANN, Thimotie Aragon. A inconstitucionalidade de acordos de não persecução penal em casos de racismo. **JOTA**, 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniaao-e-analise/artigos/a-inconstitucionalidade-de-acordos-de-nao-persecucao-penal-em-casos-de-racismo-09012021>. Acesso em: 28 nov. 2023.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.

MENEZES, Maiá. **Vítimas de racismo perdem 57,7% das ações**. O Globo, 20 nov. 2008. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/408706>. Acesso em: 28 jun. 2023.

PARANÁ. Ministério Público do Paraná. **Nota Técnica nº 01/2021**. Paraná, 2021. Disponível em: <https://site.mppr.mp.br/nupier/Pagina/Notas-tecnicas>. Acesso em: 25 jun. 2023.

PIAUI. Ministério Público de Piauí. **Recomendação Conjunta PGJ/CGMP-PI nº 04/2020**. Piauí, 2020. Disponível em: <https://www.mppi.mp.br/internet/wp-content/uploads/2021/01/Recomendacao-conjunta-PGJ-e-Corregedoria-04-2020-crimes-nao-passiveis-de-ANPP.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2023.

VAZ, Livia Sant'Anna. **O acordo de não persecução penal nos casos de racismo**. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/olhares-interseccionais/356037/o-acordo-de-nao-persecucao-penal-nos-casos-de-racismo>. Acesso em: 25 jun. 2023.

VAZ, Livia Sant'Anna; CUNHA, Rogério Sanches. **(Im)possibilidade de se aplicar o ANPP nos crimes de racismo**. 2023. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2023/02/09/impossibilidade-de-se-aplicar-o-anpp-nos-crimes-de-racismo/>. Acesso em: 16 jun. 2023.

A INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA
PELO DIREITO DO TRABALHO E SEUS
EFEITOS PREVIDENCIÁRIOS

*THE INCLUSION OF THE PERSONS WITH
DISABILITIES BY LABOR LAW AND ITS
SOCIAL SECURITY EFFECTS*

A INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA PELO DIREITO DO TRABALHO E SEUS EFEITOS PREVIDENCIÁRIOS¹

*THE INCLUSION OF THE PERSONS WITH DISABILITIES BY LABOR
LAW AND ITS SOCIAL SECURITY EFFECTS*

Liliane Souza Barbosa Saraiva²

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo demonstrar a ocorrência da inclusão da pessoa com deficiência (PCD) através do direito social do trabalho, assim como apontar os efeitos previdenciários decorrentes, resguardados pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) que replicou importantes alterações na Lei nº 8.742/93, pela Lei Complementar 142/2013 e Constituição Federal de 1988 e suas alterações. Como ponto de partida da abordagem pretendida, fez-se necessário demonstrar, em visão geral no Brasil, como a pessoa com deficiência estava inserida em sociedade, e, em seguida, desenvolve-se as previsões normativas de proteção a pessoa com deficiência constantes no ordenamento jurídico brasileiro, para, na sequência, tratar da proteção social ao trabalho, da dignidade da pessoa humana através do autosustento, além de apontar que os efeitos previdenciários decorrentes da relação de trabalho ensejam condições de plena proteção previdenciária do que em comparação ao recebimento de benefício de prestação continuada (BPC/LOAS).

Palavras-chave: pessoa com deficiência; previsões legais; direito social ao trabalho; inclusão social; dignidade da pessoa humana; aposentadoria ao segurado com deficiência.

1 INTRODUÇÃO

O estudo remete uma visão da ciência e do direito social, tendo o objetivo de demons-

1 Data de Recebimento: 10/09/2023. Data de Aceite: 14/11/2023.

2 Advogada com experiência em direito do trabalho e previdenciário. Pós-Graduada em Direito e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela Faculdade Descomplica. E-mail: draliliane09@gmail.com. currículo lattex: <https://lattex.cnpq.br/5092304200155123>. ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-9697-9438>.

trar os efeitos previdenciários trazidos pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) e suas alterações na Lei nº 8.742/93, pela Lei Complementar 142/2013, e Constituição Federal de 1988, mais alterações associados ao processo de inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho com amparo na legislação vigente.

A relevância decorre da necessidade de apontar a importância da evolução da pessoa com deficiência (PCD)³ como membro da sociedade, desde o Brasil Colônia até os dias atuais e a crescente proteção legislativa iniciada, propriamente dita, no Século XX com a Declaração dos Direitos de Pessoas com Deficiência Mental, promulgada pela ONU em 1971, o resgate da dignidade da pessoa humana e cidadania através da inclusão social por meio do trabalho, o auto sustento, percepção de auxílio-inclusão ao PCD como vantagem em relação ao benefício de prestação continuada (BPC)⁴ ao deficiente, e a proteção previdenciária como a aposentadoria e benefícios.

O estudo tem o propósito de investigar por qual motivo a percepção do auxílio-inclusão é mais vantajosa ao PCD do que este se manter com a percepção do BPC.

Visa, também, demonstrar a diferença entre deficiência e incapacidade, resultando diretamente na participação no mercado de trabalho, ou na percepção de benefício de prestação continuada ao deficiente e seus efeitos.

Para tanto, a metodologia utilizada no presente estudo é a descritiva, tendo em vista que o assunto é de conhecimento público e notório e o que se busca é proporcionar uma nova visão sobre o tema, ao passo que a abordagem dos dados é de forma qualitativa e com uso de técnica de pesquisa bibliográfica que servirá para obter dados descritivos sobre o tema.

2 PCD AO LONGO DA HISTÓRIA NO BRASIL

2.1 Brasil colonial, imperial e republicano

Segundo Silva (1987, p. 273-274), na “História do Homem, as doenças graves, os acontecimentos nefastos e os muitos infortúnios que sempre levaram às situações de deficiências físicas ou sensoriais jamais deixaram de existir”, de modo que a tendência foi criar as Casas de Misericórdia, sendo a primeira delas instalada pelo padre José de Anchieta, na vila de São Sebastião do Rio de Janeiro.

3 PCD – pessoa com deficiência – a partir desse momento será utilizada a sigla para identificar no texto, a pessoa com deficiência.

4 BPC – benefício de prestação continuada – a partir desse momento será utilizada a sigla quando tratar do referido benefício em destaque.

Na formação do Brasil Colonial, o historiador da medicina Licurgo Santos Filho acentua que “tal e qual como entre os demais povos, e no mesmo grau de incidência, o brasileiro exibiu casos de deformidades congênitas ou adquiridas. Foram comuns os coxos, cegos, zambros⁵ e corcundas” (Santos Filho apud Figueira, 2008, p. 56).

Lanna Júnior (2010, p. 19) aduz que “durante o período colonial, usavam-se práticas isoladas de exclusão – apesar de o Brasil não possuir grandes instituições de internação para pessoas com deficiência. As pessoas com deficiência eram confinadas pela família e, em caso de desordem pública, recolhidas às Santas Casas ou às prisões”.

Silva (1987, p. 275) destaca que quase todas as Casas de Misericórdia da época “mantinham a tristemente famosa Roda dos Expostos, na qual muitos recém-nascidos com deformações foram colocados por mães desesperadas, tendo eles sido criados em orfanatos ou nos conventos, como elementos à margem da sociedade”.

Lanna Júnior (2010, p. 20) explica que pessoas com hanseníase eram isoladas em espaços de reclusão como o Hospital dos Lázaros, fundado em 1741 e tinha denominação de “leprosa”, “insuportável” ou “morfética”, uma vez que a doença provocava horror pela aparência física do doente não tratado com lesões ulcerantes na pele e deformidades nas extremidades do corpo.

Exemplo categórico de PCD nessas condições e de desempenho de trabalho de alta qualidade é de Antônio Francisco Lisboa (1730 a 1814), apelidado pela população como “Aleijadinho”. Silva (1987) aborda que com setenta anos de idade, firmava contrato para execução em pedra dos doze profetas no adro da Igreja do Bom Jesus dos Matosinhos (MG) e descreve que:

Por essa época já tinha que ser carregado, provavelmente devido à tromboangeíte obliterante, que em seu caso se caracterizava por ulcerações nas mãos e nos pés.

Com alguns dedos das mãos perdidos ou imobilizados, mandava que seus auxiliares ou empregados amarrassem o martelo e o cinzel às suas mãos.

Morreu aos oitenta e quatro anos de idade, sozinho e esquecido, meio paralisado e cego. Foi um homem competente em sua arte considerada hoje como genial. (SILVA, 1987, p. 282).

De acordo com Lanna Júnior (2010, p. 20), foi com no contexto do império (1822-1889), em 1835, durante o período Regencial, que as questões relacionadas às pessoas cegas e surdas surgiram. Foi proposto pelo conselheiro Cornélio Ferreira França, depu-

⁵ Que tem pernas tortas, que coxeia.

tado da Assembleia Geral Legislativa, que em cada província tivesse um professor de primeiras letras para surdos e cegos, contudo, devido ao cenário político conturbado em razão da recém-independência de Portugal, o tema só foi retomado em 1850.

O Decreto nº 82, de 18 de julho de 1841 determinou a fundação do primeiro hospital “destinado privativamente para o tratamento de alienados” denominado Hospício Dom Pedro II, vinculado à Santa Casa de Misericórdia, instalado no Rio de Janeiro, com funcionamento efetivo em 09 de dezembro de 1852.

Lanna Júnior (2010, p. 20) traz que, em 1854, criou-se o Imperial Instituto dos Meninos Cegos (hoje Instituto Benjamim Constant – IBC, desde 1891) e em 1856, o Imperial Instituto dos Surdos-Mudos (hoje Instituto Nacional de Educação de Surdos – INES, desde 1957), sendo instituições que funcionaram como internatos, inspiradas nos preceitos iluministas, e com objetivo principal de inserir os alunos na sociedade brasileira, por meio de ensino das letras, das ciências, da religião e de alguns ofícios manuais. Afirma, ainda que “a cegueira e a surdez foram, no Brasil do século XIX, as únicas deficiências reconhecidas pelo Estado como passíveis de uma abordagem que visava superar as dificuldades que ambas as deficiências traziam, sobretudo na educação e no trabalho”.

Aduz, ainda, que com o advento da República, o Hospício Dom Pedro II foi desanexado da Santa Casa de Misericórdia e passou a ser chamado de Hospício Nacional de Alienados e, em 1904, foi instalado o primeiro espaço destinado apenas a crianças com deficiência, o Pavilhão-Escola Bourneville, no Rio de Janeiro, contudo, ainda na primeira metade do século XX, o Estado pouco promoveu ações para PCD’s, apenas expandindo, modesta e lentamente, os institutos de cegos e surdos para outras cidades.

Dada a restrição de ações concretas do Estado, e ao atendimento apenas para cegos e surdos, menciona criação, pela sociedade civil, de organizações voltadas para a assistência de outros tipos de deficiências e com formas de trabalho diferenciadas: são as Sociedades Pestalozzi (1932) e as Associações de Pais e Amigos dos Excepcionais (1954).

Aduz, ainda, que “até a metade do século XIX, a deficiência intelectual era considerada uma forma de loucura e era tratada em hospícios”, sendo durante a República que se iniciou as investigações sobre etiologia da deficiência intelectual, que já teve denominações de “idiotia”, “oligofrênica”, “cretina”, “imbecil”, “idiota”, “débil mental”, “mongoloide”, “retardada”, “excepcional” e “deficiente mental”.

2.2 BRASIL CONTEMPORÂNEO: SÉCULO XX

Lanna Júnior (2010, p. 24-28) traz os marcos de fundações das sociedades Pestalozzi, APAE e centros brasileiros de reabilitação, para pessoas com poliomielite mencionando, respectivamente, que em 1945 foi fundada a Sociedade Pestalozzi no Brasil,

sendo em 1948, no Rio de Janeiro, em 1952, em São Paulo e, em 1970, foi fundada a Federação Nacional das Sociedades Pestalozzi (FENASP), a APAE fundada, em 1954, no Rio de Janeiro, inaugurou o Conselho Deliberativo da APAE do Rio de Janeiro em março de 1955 na sede da Sociedade de Pestalozzi do Brasil, momento em que decidiu-se pela criação da Federação Nacional das APAEs (FENAPAES), cuja fundação oficialmente ocorreu, em 10 de novembro de 1962, e a Associação Brasileira Beneficente de Reabilitação (ABBR) foi fundada em 1954, que contou com apoio financeiro de grandes empresários da comunicação, bancários, aviação, de seguros e outros, teve como primeira ação a de formar fisioterapeutas e terapeutas ocupacionais, dada a carência de profissionais no Brasil, com curso de graduação no início de abril de 1956.

Esclarece, ainda, que a partir da década de 1960, o perfil dos usuários dos centros de reabilitação mudou, dado o desenvolvimento urbano e industrial da sociedade associado ao êxito das campanhas de vacinação, que, em conjunto, promoveram a diminuição dos casos de sequelas por poliomielite e aumentaram os casos de deficiência atrelados a causas violentas, como acidentes automobilísticos, mergulho e ferimentos por armas de fogo. Foi, então, o surgimento da reabilitação física como modelo médico da deficiência, ou seja, as dificuldades originadas na deficiência poderiam ser superadas pela intervenção de médicos.

Testifica que a década de 1970 foi período embrionário, em que se pode perceber o surgimento de organizações criadas e geridas pelos próprios PCD's (cegos, surdos e deficientes físicos) dispostos a buscar os direitos humanos e autonomia que lhe cabiam, além de visarem auxílio mútuo e sobrevivência, sem objetivo político definido. Tal conduta ganhou visibilidade e assim, passaram a ser ativos agentes políticos na busca de transformação da sociedade.

O marco histórico na conquista dos direitos das PCD's é a Declaração dos Direitos de Pessoas com Deficiência Mental, promulgada pela ONU, em 1971 e em 1975 houve a proclamação da Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

O ano de 1981, foi proclamado por decisão da ONU como o Ano Internacional das Pessoas Deficientes (AIPD), promovendo, com isso, os PCD's como centro de discussões no mundo e, no Brasil, com o fim da ditadura militar (1964 a 1985), ressurgiram os movimentos sociais, sendo a Assembleia Nacional Constituinte (1987 a 1988) mais democrática com canais abertos e legítimos de participação popular.

De acordo com Lanna Júnior (2010, p. 70), o interesse público em relação aos direitos das PCD's foi reconhecido pelo Estado brasileiro, a partir criação da Coordenadoria

Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (CORDE)⁶, em 1986 e da Política Nacional para Integração de Pessoa Portadora de Deficiência, em 1989.

A atuação da CORDE, efetivamente, materializou-se em 1989 com o advento da Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, que dispôs sobre integração social da PCD, sobre as competências da CORDE, instituição da tutela jurisdicional dos interesses dessas pessoas, estabeleceu responsabilidades do Poder Público para o pleno exercício dos direitos básicos das PCD's, inclusive definindo aspectos específicos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade. Foi definido, ainda, que a CORDE deveria elaborar planos, programas e projetos considerando a Política Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, instituída por meio do Decreto nº 914, de 6 de setembro de 1993, cujo princípio era ação conjunta do Estado e da sociedade civil para assegurar a plena integração da PCD em todos os aspectos da vida em sociedade.

O Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência (CONADE)⁷ foi criado como órgão superior de deliberação coletiva com atribuição principal de garantir a implementação da Política Nacional de integração da Pessoa Portadora de Deficiência. O Decreto de criação, nº 3.076, de 1 de junho de 1999, determinou que fosse constituído paritariamente por representantes do Poder Público e da sociedade civil, sob a responsabilidade do Ministro de Estado da Justiça disciplinar o funcionamento do órgão.

2.3 Século XXI: PCD no Brasil

Conforme Medeiros Monteiro e col. (2016), o início do século XXI marcou importantes iniciativas para a promoção e defesa dos Direitos Humanos e dos direitos das pessoas com deficiência, ampliando a discussão sobre PCD como um cidadão com mesmos direitos às oportunidades disponíveis na sociedade, independentemente do tipo e do grau de comprometimento da deficiência.

Barbosa *et al.* (2022) destaca que em 2001 houve aprovação pela Organização Mundial da Saúde (OMS) da Classificação Internacional de Deficiências, Incapacidades e Desvantagens (CIF) com objetivo de proporcionar linguagem unificada e padronizada como sistema de descrição de saúde e oferecer uma visão para o desenvolvimento e funcionalidade global do indivíduo.

⁶ A partir desse momento será utilizada a sigla CORDE para referir a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência.

⁷ A partir desse momento será utilizada a sigla CONADE para referir a Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência.

Aduz que em 2006, foi promulgada a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, sendo o Brasil signatário, assumindo o compromisso de promover os direitos humanos de PCD.

A Organização dos Estados Americanos (Copyright 2023 OEA) declarou a Década das Américas pelos Direitos e pela Dignidade das Pessoas Portadoras de Deficiência no período de 2006-2016 com objetivo de

Alcançar o reconhecimento e exercício pleno dos direitos e da dignidade das pessoas portadoras de deficiência e por seu direito de participar plenamente da vida econômica, social cultural e política e do desenvolvimento de suas sociedades, sem discriminação e em condições de igualdade com outros. (COPYRIGHT, 2023, OEA).

Destaca Barbosa *et al.* (2022) que a Lei Brasileira de Inclusão (LBI), criada em 2015, teve como finalidade dar efetividade à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo – assinada em Nova York pelo Brasil em 30 de março de 2007 – elencando regras e orientações para promover os direitos e liberdades de PCD's com o objetivo de garantir inclusão social e cidadania.

A principal inovação foi a alteração no conceito jurídico de deficiência, que deixou de ser condição estática e biológica da pessoa, e passou a ser o resultado da interação das barreiras impostas pelo meio como as limitações de natureza física.

Em 2018 foi lançado, pela ONU (Copyright 2023 Nações Unidas no Brasil) o primeiro relatório sobre deficiências e desenvolvimento demonstrando que PCD estão em desvantagem a alguns dos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), que forma conjunto de compromissos para acabar com a pobreza e a fome, garantir educação e saúde de qualidade para todos, eliminar a violência contra as mulheres e reduzir as desigualdades até 2030.

3 PROGRESSÃO LEGAL DA PROTEÇÃO A PCD NO SÉCULO XX E XXI NO BRASIL

O século XX (de 1901 a 2000) trouxe várias alterações na forma legal de ver e tratar PCD.

A Declaração dos Direitos de Pessoas com Deficiência Mental, promulgada pela ONU em 1971, e a proclamação da Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1975, tornaram o objetivo de resguardar e reafirmar os direitos humanos e as liberdades fundamentais de PCD em sociedade.

Barbosa *et al.* (2022), explicita que a CF/88 acarretou progressos à questão social, principalmente quanto a garantia de direitos e cidadania, no entanto, sobre legitimidade de garantia de direitos à PCD, embora tenha formalizado direitos básicos e inerentes à dignidade da pessoa humana, constitui entrave para a plena inclusão social.

A Lei nº 7.853/1989 e o Decreto nº 3.298/1999 são documentos normativos que visam a cidadania das pessoas com deficiência. O caput do art. 2º da Lei nº 7.853/1989 prevê que:

Ao poder público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico. (BRASIL, 1989, Art. 2º).

A Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, assegurou, no âmbito do setor público, que PCD's pudessem se inscrever em concurso público para provimento de cargos, cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras, sendo que para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso.

Em 1991, foi instituída a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, para estabelecer em seu artigo 93 que empresas com cem ou mais empregados devem preencher uma parte dos seus cargos com PCD.

Em 1993, vem a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), Lei nº 8.742/93, para regulamentar as ações relativas ao atendimento de habilitação e reabilitação de PCD e a promoção de sua integração à vida comunitária, garantindo benefício assistencial não-contributivo⁸ destinado a PCD e ao idoso, desde que a renda familiar *per capita* seja inferior a ¼ do salário mínimo.

A Assistência Social, prevista na CF/88, no artigo 203, é regulamentada pela Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993 e seu artigo 20, § 2º com redação dada pela Lei nº 13.146/2015, traz consideração sobre PCD para efeitos de concessão ao BPC:

Para efeitos de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua

⁸ Benefício Assistencial denominado Benefício de Prestação Continuada (BPC).

participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (BRASIL, 1988, Art. 203).

No § 10 do referido artigo, esclarece que impedimento de longo prazo é aquele que produz efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos.

No artigo 20-B, § 2º, redação dada pela Leiº 14.176, de 22 de junho de 2021, verifica-se que para o PCD fazer jus ao BPC deverá atender a elementos probatórios de miserabilidade e vulnerabilidade, devendo ser observados os aspectos de grau de deficiência e comprometimento do orçamento familiar com gastos médicos, tratamento de saúde, fraldas, alimentos especiais e medicamentos não disponibilizados pelo SUS⁹ para que então haja ampliação do critério de aferição de renda familiar mensal per capita de ¼¹⁰ para ½ salário mínimo.

No § 3º do mesmo artigo, diz que o grau de deficiência será aferido por instrumento de avaliação biopsicossocial, observados os termos dos §§ 1º e 2º do art. 2º da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), e do § 6º do art. 20 e do art. 40-B da Lei nº 8.742/93.

A Convenção de Guatemala em 1999, promulgada no Brasil através do Decreto nº 3.956/2001, de acordo com Barbosa *et al.* (2022) trata da eliminação de todas as formas de discriminação contra PCD, visando a plena inserção na sociedade com foco em prevenção, detecção e intervenção precoce, tratamento, reabilitação, educação, formação ocupacional e prestação de serviços, sensibilização da população através de campanhas de educação, destinadas a eliminar preconceitos, estereótipos e atitudes que atentam contra o direito das pessoas de serem iguais.

Em 2000, foram sancionadas as Leis nº 10.048, de 08 de dezembro de 2000 e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, regulamentadas pelo Decreto nº 5.296, de 02 de dezembro de 2004, em que, respectivamente, trazem prioridade de atendimento a pessoas portadoras de deficiência física, idosos, gestantes, lactantes e pessoas acompanhadas por crianças de colo, e promove acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência, ou com mobilidade reduzida, implementando acessibilidade aos meios de transporte, acesso à informação e à comunicação, tecnologia assistiva, tornando obrigatório a todos os portais e sites dos órgãos da Administração Pública atenderem aos padrões de acessibilidade digital.

Em 2001, foi aprovado a Classificação Internacional de Deficiências, Incapacidades e Desvantagens (CIF) pela Organização Mundial da Saúde (OMS) que dá suporte e

9 Sistema Único de Saúde.

10 Art. 20, § 3º da Lei nº 8.742/93 com redação dada pela Lei nº 14.176/21: Observados os demais critérios de elegibilidade definidos nesta Lei, terão direito ao benefício financeiro de que trata o caput deste artigo a pessoa com deficiência ou a pessoa idosa com renda familiar mensal per capita igual ou inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo.

ênfase a capacidade do indivíduo, ao invés de valorizar as incapacidades e limitações.

A evolução normativa acerca da proteção legal a PCD adentrou o século XXI, e merece destaque o período estabelecido pela OEA – Organização dos Estados Americanos, de 2006 a 2016, como década das Américas das Pessoas com Deficiência – pelos Direitos e Dignidade das Pessoas com Deficiência, em que visa promover a cidadania e qualidade de vida.

De acordo com Lanna Júnior:

Os Estados acordaram que, até o ano de 2016, devem apresentar avanços significativos na construção de uma sociedade inclusiva, solidária e baseada no reconhecimento do exercício pleno e igualitário dos Direitos Humanos e liberdades fundamentais. E ainda que as pessoas com deficiência sejam reconhecidas e valorizadas por suas efetivas colaborações em melhorias em sua comunidade, seja urbana ou rural. (LANNA JÚNIOR, 2010, p. 84).

Lanna Júnior (2010, p. 85) aborda que os objetivos do Programa de Ação para a Década das Américas pelos Direitos e pela Dignidade das Pessoas com Deficiência foram: saúde, educação, emprego, acessibilidade, participação política, participação em atividades culturais, artísticas, desportivas e recreativas, bem-estar e assistência social, cooperação internacional.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência em 30 de março de 2007, na sede nas Nações Unidas em Nova York foi promulgada através do Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009.

Brasa (2015) esclarece que a Convenção elevou o movimento, mudando atitudes e abordagens para PCD, quando este passa de “objeto” de caridade, de tratamento médico e de proteção social para o patamar de “sujeitos” com direitos, capazes de buscar direitos e tomar decisões com base em consentimento livre e esclarecido, como membro ativo da sociedade.

De acordo com Castro e Lazzari (2020, p. 1070), surgiu com a Emenda Constitucional nº 47/2005, a aposentadoria destinada aos segurados com deficiência, dando nova redação ao art. 201, §1º da CF/88 e estabelecendo a necessidade de lei complementar, para regulamentar os critérios de concessão, contudo, enquanto não vier lei complementar, a aposentadoria de PCD será concedida na forma de Lei Complementar nº 142/2013, inclusive quanto aos critérios de cálculo dos benefícios. Nesse sentido, merece destaque a previsão do artigo 40-B da Lei nº 8.742/93 que trata realização de avaliação clínica e social.

Em 2008 e 2009, Maia (2013) testifica a abrangência do novo conceito de PCD:

A Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência patrocinada pela Organização das Nações Unidas – ONU, aprovada pelo Brasil através do Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008, nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição Federal e, portanto, com equivalência de emenda constitucional, ratificada em 1º de agosto de 2008 e promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro novo conceito de pessoa com deficiência, dessa vez de *status* constitucional e, assim, como eficácia renovatória de toda a legislação infraconstitucional que lhe seja contrária (MAIA, 2013, p 290).

É o primeiro tratado internacional de direitos humanos ratificado como equivalência constitucional, nos termos da Emenda Constitucional nº 45/2004.

O Decreto nº 6.949/2009 traz, no artigo 1º, o propósito da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas de “promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente” e ainda define PCD:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade, em igualdade de condições com as demais pessoas. (BRASIL, 2009, Art. 1º).

Sobre isso, Maia (2013) traz a ideia de que “a Convenção da ONU foi elaborada em processo que contou com a efetiva participação das pessoas com deficiência, com o mote *‘nothing about us without us’* (‘nada sobre nós sem a nossa participação’)”. Interpreta, ainda, ser parte de um processo iniciado no final do Século XX e início do Século XXI, tendo em vista a preocupação com a inclusão e a integração das pessoas com deficiência, buscando equiparação de oportunidades para o gozo de vantagens em sociedade, após longo histórico de rejeição e segregação.

A Lei nº 13.146/2015, de 06 de julho de 2015, e vigência a partir de 03 de janeiro de 2016, denominada de Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência ou Estatuto da Pessoa com Deficiência, define no artigo 2º, PCD:

Aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (BRASIL, 2015, Art. 2º).

Conforme Martins *et al.* (2019) “a lei possui a finalidade de garantir e promover os direitos e liberdades fundamentais das PCD, visando a sua real inclusão social e participação ativa na sociedade”.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, no artigo 94 e incisos, e a Lei Orgânica da Assistência Social, nos artigos. 26-A a 26-H, preveem o auxílio-inclusão como benefício destinado a PCD de grau moderado ou grave, no valor de 50% (cinquenta por cento) do valor do BPC em vigor. Terá direito a concessão o PCD que cumulativamente receba BPC/LOAS e passe a exercer atividade remunerada até 02 (dois) salários-mínimos, se enquadrando como segurado obrigatório do Regime Geral da Previdência Social, ou como filiado ao Regime Próprio de Previdência Social, que tenha inscrição atualizada no CadÚnico¹¹, inscrição regular no CPF, e atenda aos critérios relativos a renda familiar mensal *per capita*. Ao receber o auxílio-inclusão, o beneficiário autorizará a suspensão do BPC, passando, então a perceber o valor do auxílio-inclusão mais o salário do trabalho.

O artigo 8º do Estatuto da Pessoa com Deficiência elenca, como dever do Estado, sociedade e família, assegurar, com prioridade, a efetivação dos direitos:

à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à previdência social, à habilitação e à reabilitação, ao transporte, à acessibilidade, à cultura, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à informação, à comunicação, aos avanços científicos e tecnológicos, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, entre outros decorrentes da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e das leis e de outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico. (BRASIL, 2015, Art. 8º).

A delimitação do presente trabalho seguirá com abordagem da inclusão social do

11 Segundo art. 2º - Instrumento de coleta, processamento, sistematização de informações, com a finalidade de realizar a identificação e a caracterização socioeconômica das famílias de baixa renda que residem no território nacional – Regulamentado pelo Decreto nº 11.016, de 29 de março de 2022.

PCD, e sua participação ativa na sociedade por meio do direito ao trabalho e os efeitos refletidos no direito à previdência social.

4 PCD: DIREITO SOCIAL AO TRABALHO, REFLEXOS E SEUS EFEITOS PREVIDENCIÁRIOS

A CF/88 trouxe avanços em relação a questões sociais, garantia de direitos e de cidadania, e dispõe sobre direitos sociais em seu Capítulo II, no artigo 6º, elencando educação, saúde, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, através de redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015.

No tocante à PCD, ao longo de todo o texto constitucional verifica-se disposições de proibição de discriminação no tocante a salário e critérios de admissão (art. 7º, XXXI), cuidado da saúde e assistência pública, da proteção e garantia de pessoas portadoras de deficiência (art. 23, III) como competência comum da União, Estados Distrito Federal e Municípios; proteção e integração social, como competência concorrente dos entes federativos (art. 24, XIV); reserva de percentual destinado de cargos, empregos público e critérios de admissão (art. 37, VIII), estabelecimento de idade e tempo de contribuição diferenciados para aposentadoria de servidores com deficiência (art. 40, § 4º, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019), critérios ou requisitos como idade e tempo de contribuição distintos da regra geral para concessão de aposentadoria exclusivamente em favor de segurados com deficiência (art. 201, § 1º, I, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019), habilitação e reabilitação e promoção de integração à vida comunitária, através da Assistência Social e mais garantia de um salário mínimo à PCD e idoso que comprovem impossibilidade de prover a própria manutenção ou de tê-la pela família (art. 203, IV e V), atendimento educacional especializado (art. 208, III), dever da família, sociedade e Estado, a criação de programas de prevenção e atendimento especializado para PCD física, sensorial ou mental e integração social do adolescente e jovem PCD, mediante treinamento para trabalho e a convivência, e facilitar o acesso aos bens e serviços coletivos garantindo o acesso adequado (art. 227, §1º, II e § 2º); adaptação de logradouros, edifícios de uso público e veículos de transporte coletivo para garantir acesso adequado (art. 244), preferência em ordem de pagamentos decorrentes de processos (art. 102, § 2º e art. 107-A, § 8º).

Situações ensejadoras de crime punível de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa estão reguladas e previstas na Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, artigo 8º, incisos e parágrafo, com redação dada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

No âmbito do setor público, a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, prevê, no

artigo 5º, parágrafo 2º, que “às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso”.

No âmbito do setor privado, a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, dispõe no art. 93 trata, a obrigatoriedade das empresas com 100 (cem) ou mais empregados em preencher percentual de 2% a 5% dos seus cargos com beneficiários reabilitados, ou com PCD habilitados.

O reconhecimento ao direito de PCD ao trabalho, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, está previsto no artigo 27 do Decreto 6.949/2009, abrangendo a oportunidade de se manter com um trabalho de sua livre escolha, ou aceitação no mercado laboral, em ambiente que seja aberto, inclusivo e acessível a PCD. No item, 2 do referido artigo, é assegurado que PCD “não serão mantidas em escravidão ou servidão e que serão protegidas, em igualdade de condições com as demais pessoas, contra o trabalho forçado ou compulsório”.

De acordo com Basile (2015, p. 1) “capacidade de direito deve seguir a capacidade de fato”, contudo, no tocante a PCD, aduz que “nem toda pessoa com deficiência é incapaz e nem toda pessoa sem deficiência é plenamente capaz, pois há muitas deficiências, inclusive mentais, que não afetam essa aptidão, assim como há outras causas, não relacionadas qualquer deficiência, que podem trazer limitações”.

Na mesma vertente sobre capacidade, Lôbo (2017) traz entendimento de que “a capacidade legal da pessoa com deficiência não se confunde com a capacidade civil, nem com as hipóteses de incapacidade absoluta e relativa, estas especificadas nos arts. 3º e 4º do Código Civil”.

Basile (2015, p. 2) expressa que antes associava-se facilmente deficiência à incapacidade¹², sendo que com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, o exercício dos atos da vida civil passou a ser a capacidade da pessoa de entender o que faz e o modo de comunicar sua vontade, mesmo que possa haver discernimento reduzido, deve ter apoio para exercer esses atos ou mesmo que não possa haver comunicação, deverá haver representação por alguém que cuide dos interesses em seu nome.

O direito ao trabalho ao PCD é garantido no art. 7º, da CF/88 e implica diretamente no resgate da dignidade da pessoa humana, cidadania, no auto-sustento por meio do

12 As redações originais das Súmulas 29 e 47, Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, dão interpretação ao PCD como incapaz:

Súmula 29, TNU: “Para efeitos do art. 20, § 2º, da Lei nº 8.742, de 1993, incapacidade para a vida independente não é só aquela que impede as atividades mais elementares da pessoa, mas também a impossibilita de prover ao próprio sustento”.

Súmula 47, TNU: “Uma vez reconhecida a incapacidade parcial para o trabalho, o juiz deve analisar as condições pessoais e sociais do segurado para a concessão de aposentadoria por invalidez”.

salário, refletindo diretamente na possibilidade da percepção de auxílio-inclusão nos termos do artigo 26-A da Lei nº 8.742/93 e ainda concessão de aposentadoria pelo Regime Geral da Previdência Social, nos termos do artigo 3º da Lei Complementar nº 142, de 08 de maio de 2013.

Destaque-se que auxílio-inclusão é destinado a PCD moderada ou grave, no valor correspondente a 50% (cinquenta por cento) do BPC em vigor, conforme redação dos artigos 26-A¹³, incisos I a IV e 26-B, da Lei nº 8.742/93, que cumulativamente:

I – receba o benefício de prestação continuada, de que trata o art. 20 desta Lei, e passe a exercer atividade:

a) que tenha remuneração limitada a 2 (dois) salários-mínimos; e
b) que enquadre o beneficiário como segurado obrigatório do Regime Geral de Previdência Social ou como filiado a regime próprio de previdência social da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios;

II – tenha inscrição atualizada no CadÚnico no momento do requerimento do auxílio-inclusão;

III – tenha inscrição regular no CPF; e

IV – atenda aos critérios de manutenção do benefício de prestação continuada, incluídos os critérios relativos à renda familiar mensal per capita exigida para o acesso ao benefício, observado o disposto no § 4º deste artigo. (BRASIL, 1993, Art. 26-A).

A seção VI da Lei 8.742/93, incluída pela Lei nº 14.176/2021, prevê ainda concessão do auxílio-inclusão destinado a quem tenha recebido BPC/LOAS nos últimos 05 (cinco) anos imediatamente anteriores ao exercício da atividade remunerada, o valor de auxílio-inclusão percebido por membro familiar não será considerado para cálculo de renda familiar mensal para concessão e manutenção de outro auxílio-inclusão do mesmo grupo familiar, o valor do auxílio inclusão e o valor da remuneração desse beneficiário não são considerados para cálculo da renda mensal per capita para fins de manutenção de BPC concedido anteriormente a outra pessoa do mesmo grupo familiar, o valor do auxílio-inclusão é de 50% do valor do BPC em vigor, requerendo o auxílio-inclusão, o beneficiário autoriza a suspensão do BPC; o pagamento do auxílio-inclusão não pode ser cumulado com BPC/LOAS, aposentadorias, pensões ou benefícios por incapacidade e seguro-desemprego, hipóteses para cessação do auxílio-inclusão; não sujeição a des-

13 Art. 26-A. Terá direito à concessão do auxílio-inclusão de que trata o art. 94 da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), a pessoa com deficiência moderada ou grave que, cumulativamente: (Incluído pela Lei nº 14.176, de 2021)

conto de qualquer contribuição e não gera direito a abono anual; competência de gestão do auxílio-inclusão, sua operacionalização e pagamento; previsão de revisão do auxílio-inclusão em 10 anos com vistas a aprimoramento e ampliação.

No tocante a aposentadoria de PCD segurado do RGPS¹⁴, o art. 3º, da Lei Complementar nº 142/2013, que regulamenta o § 1º, do art. 201, da CF/88, prevê condições de tempo de contribuição, para homem e mulher, em caso de deficiência grave, moderada ou leve e independentemente do grau de deficiência:

Art. 3º. É assegurada a concessão de aposentadoria pelo RGPS ao segurado com deficiência, observadas as seguintes condições:

I - aos 25 (vinte e cinco) anos de tempo de contribuição, se homem, e 20 (vinte) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência grave;

II - aos 29 (vinte e nove) anos de tempo de contribuição, se homem, e 24 (vinte e quatro) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência moderada;

III - aos 33 (trinta e três) anos de tempo de contribuição, se homem, e 28 (vinte e oito) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência leve; ou

IV - aos 60 (sessenta) anos de idade, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, se mulher, independentemente do grau de deficiência, desde que cumprido tempo mínimo de contribuição de 15 (quinze) anos e comprovada a existência de deficiência durante igual período. (BRASIL, 2013, Art. 3º).

As disposições normativas supra trazem alguns questionamentos relacionados ao trabalho de PCD: Por que receber auxílio-inclusão se PCD, moderado ou grave, consegue trabalhar? Considerando os tempos de contribuição necessários para auferir direito a aposentadoria de PCD, o que é mais atrativo: contribuir por anos à Previdência Social ou requerer o BPC? Sendo o BPC concedido, não promoveria facilmente o trabalho informal, sem contribuição?

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A história brasileira contada sobre as pessoas com deficiência ao longo dos anos nos mostra o quão precário, disperso e espalhado foi o tratamento ofertado, seja pela

¹⁴ RGPS – Regime Geral de Previdência Social – a partir desse momento será utilizada a sigla para identificar no texto o regime geral previdenciário.

sociedade, seja pela família. Pessoa com deficiência era sinônimo de incapacidade, invalidez e insuficiência.

Movimentos crescentes buscando reconhecimento e direitos foram ganhando força e expressividade no tocante ao lugar das pessoas com deficiência como membros integrantes da sociedade.

A legislação não ficou de fora dessa crescente e por meio dela, as pessoas com deficiência passaram a ter direitos assegurados por leis, passaram a ser vistos como cidadãos, como membros pertencentes ao meio social e ambiente de convívio, sendo-lhes resguardados os direitos fundamentais à educação, saúde, trabalho, previdência social, lazer, segurança, proteção à maternidade e a infância e assistência aos desamparados, na forma da Constituição Federal de 1988.

O presente estudo demonstrou como o direito fundamental ao trabalho, seja no âmbito privado ou público, garante a inclusão da pessoa com deficiência e os efeitos previdenciários que resultam dessa garantia.

É nítida a aplicação da dignidade da pessoa humana por meio do auto-sustento, a participação no mercado de trabalho, a possibilidade de capacitação e qualificação profissional e direito a aposentadoria.

De acordo com o que consta no ordenamento jurídico atual associado aos estudos doutrinários abordados nesse trabalho, é possível concluir que nem toda pessoa com deficiência é incapaz, mas que toda pessoa incapacitada é pessoa com deficiência.

Com a Constituição Federal de 1988 e posteriormente com legislação específica, mais precisamente a Lei nº 8.742/93, a pessoa com deficiência estava assistida, independentemente de contribuição à seguridade social, por meio de 01 salário mínimo de benefício mensal, desde que atendidos requisitos legais. É o chamado benefício de prestação continuada.

O Auxílio-Inclusão previsto na Lei nº 8.742/93 incluído pela Lei nº 14.176/2021, possibilitou que pessoa com deficiência, moderada ou grave, que em seu favor tenha concedido o benefício de prestação continuada e que passe a exercer atividade remunerada com até 02 (dois) salários mínimos, independentemente do regime de previdência, com contribuição mensal, passe a receber o auxílio-inclusão. Por óbvio, o benefício de prestação continuada será suspenso. Ou seja, à pessoa com deficiência é assegurado o recebimento de salário decorrente da atividade remunerada mais o valor do auxílio-inclusão.

No entanto, questiona-se porque receber auxílio-inclusão se PCD, moderado ou grave, consegue trabalhar? Considerando os tempos de contribuição necessários para auferir direito a aposentadoria de pessoa com deficiência, o que é mais atrativo: contribuir por anos à Previdência Social ou requerer o benefício de prestação continuada? E sendo

este concedido, não promoveria facilmente o trabalho informal, sem contribuição?

Com o presente estudo pode-se concluir que o objetivo do auxílio-inclusão é coibir a informalidade. O benefício veio para conciliar as disposições constantes nas leis de proteção às pessoas com deficiência como a Lei Complementar 142/2013, e o Estatuto da Pessoa com Deficiência com a realidade do benefício de prestação continuada previsto pela Lei nº 8.742/93. O meio termo é desmotivar o benefício de prestação continuada promovendo o trabalho, o auto sustento, a dignidade da pessoa humana e para isso concede-se o auxílio-inclusão a quem passou a ter atividade remunerada e contribui à previdência social para aposentar-se.

O fundamento do auxílio-inclusão é proteção à pessoa com deficiência, fomentando a contribuição à previdência social, garantir a cidadania e participar e se desenvolver no mercado de trabalho.

THE INCLUSION OF THE PERSONS WITH DISABILITIES BY LABOR LAW AND ITS SOCIAL SECURITY EFFECTS

ABSTRACT

This work aims to demonstrate the occurrence of the inclusion of people with disabilities (PCD) through the social labor law, as well as to point out the resulting social security effects, protected by the Statute of the Person with Disabilities (Law nº 13.176/2013) which replicated important changes in Law nº 8.742/93, by Complementary Law 142/2013 and the Federal Constitution of 1988 and its amendments. As a starting point for the intended approach, it was necessary to demonstrate, in general view in Brazil, how the disabled person was inserted in society; then, it develops the normative provisions for the protection of people with disabilities contained in the Brazilian legal system; to then deal with the social protection of work, the dignity of the human person through self-support, in addition to pointing out that the social security effects arising from the employment relationship give rise to conditions of full social security protection than in comparison to receiving a benefit of continuous provision (BPC/LOAS).

Keywords: Person with disability; legal predictions; social right to work; social inclusion; dignity of human person; retirement for the insured with disabilities.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFIA

Constituição Federal de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 12 jan. 2023.

BARBOSA, Luciane Maria Molina. *et al.* (2022). **Políticas Públicas para as pessoas com Deficiência:** Educação e inclusão Social no Brasil no Século XXI. Scientia Generalis, vol. 3, nº 2, p. 209-221. Disponível em: <http://scientiageneralis.com.br/index.php/SG/article/view/445/355>. Acesso em: 08 jan. 2023.

BASILE, Felipe. Capacidade Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Outubro/2015 (**Boletim do Legislativo nº 40**, de 2015). Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/boletins-legislativos/bol40>. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASA, 2015. **Convenção das nações unidas sobre os direitos das pessoas com deficiência**, 18 de maio de 2015. Disponível em: https://brasa.org.br/convencao-das-nacoes-unidas-sobre-os-direitos-das-pessoas-com-deficiencia/?gclid=Cj0KCQiAtvSdBhD0ARIsAPf8oNmA4D8IWMP2tIFtXBWHQpdWuYa0h3diVNYHZlkKxxl60HDhR-sV__J8aAi-bEALw_wcB. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. **Decreto nº. 82, de 18 de julho de 1841.** Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/385725/publicacao/15742236>. Acesso em: 01 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº. 7.853, de 24 de outubro de 1989.** Disponível em: L7853 (planalto.gov.br). Acesso em: 02 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm. Acesso em: 14 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18742.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm. Acesso em: 14 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.048, de 08 de dezembro de 2000.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/110048.htm. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/110098.htm. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 3.956, de 08 de outubro de 2001.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3956.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 5.296, de 02 de dezembro de 2004.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5296.

-o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia/?https://www.politize.com.br/&gclid=Cj0KCQiAn4SeBhCwARIsANeF9DIvcejSR_cIHNCwtTepB8ZFyghccCg5RkZGF9xOhl7hE-xDD_Qvh98AaAmksEALw_wcB. Acesso em: 13 jan. 2023.

MEDEIROS MONTEIRO, C. H., ARAÚJO SALES, J. J., ARAÚJO SALES, R. J., & GOMES NAKAZAKI, T. (2016). Pessoa com deficiência: a história do passado ao presente. **Revista Internacional de audición y lenguaje, logopedia, apoyo a la integración y multiculturalidad**, vol. 2, n° 3., p. 221-233. Disponível em: <https://revista-selectronicas.ujaen.es/index.php/riai/article/view/4231>. Acesso em: 08 jan. 2023.

SILVA, Otto Marques da. **A Epopeia Ignorada – A pessoa deficiente na história do mundo de ontem e hoje**. São Paulo: DEDAS, 1987.

AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO DE
ENDEREÇOS ELETRÔNICOS NO
REQUERIMENTO DE REGISTRO DE
CANDIDATURA - A (IM)POSSIBILIDADE
DE REGULARIZAÇÃO POSTERIOR E
SUAS CONSEQUÊNCIAS

*ABSENCE OF COMMUNICATION OF
ELECTRONIC ADDRESSES IN THE
APPLICATION REGISTRATION APPLICATION - THE
(IM)POSSIBILITY OF SUBSEQUENT
REGULARIZATION AND ITS CONSEQUENCES*

AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO DE ENDEREÇOS ELETRÔNICOS NO REQUERIMENTO DE REGISTRO DE CANDIDATURA - A (IM)POSSIBILIDADE DE REGULARIZAÇÃO POSTERIOR E SUAS CONSEQUÊNCIAS¹

ABSENCE OF COMMUNICATION OF ELECTRONIC ADDRESSES IN THE APPLICATION REGISTRATION APPLICATION - THE (IM)POSSIBILITY OF SUBSEQUENT REGULARIZATION AND ITS CONSEQUENCES

Lucia Letícia Lourenço Alves²

RESUMO

O presente trabalho reflete, a partir de decisão paradigmática do Tribunal Superior Eleitoral, como a ausência da comunicação dos endereços eletrônicos pelos candidatos no Requerimento de Registro de Candidatura pode influenciar no período de campanha eleitoral e no alcance das propostas. A fim de melhor possibilitar o estudo do tema por método qualitativo estudo de caso, são expostas considerações sobre a propaganda eleitoral da internet e sua regulamentação na Lei n. 9.504/1997. Ademais, intenta sistematizar as várias nuances do assunto, com abordagens jurisprudenciais, além de apresentar posicionamento crítico acerca das consequências resultantes do entendimento da Corte Superior Eleitoral.

Palavras-Chave: propaganda eleitoral; internet; TSE; endereços eletrônicos; RRC.

1 INTRODUÇÃO

Uma das fases mais importantes do período eleitoral, a propaganda eleitoral tem como objetivo primordial apresentar as propostas dos candidatos, de modo a possibilitar que o eleitor aproxime-se das ideias e dos valores que entenda mais conveniente para escolha de seus representantes, e para a busca do bem comum.

¹ Data de Recebimento: 01/09/2023. Data de Aceite: 14/11/2023

² Técnica Ministerial no Ministério Público do Estado do Ceará; Pós-graduada em Direito Eleitoral pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Regional do Cariri – URCA; Graduada em Direito pela Universidade Regional do Cariri – URCA. E-mail: lucia.lourenco@mpce.mp.br. Currículo Lattes: <https://lattes.cnpq.br/4087395580696376>. ORCID 0009-0008-0078-1712.

Atualmente, a rede social é uma das principais ferramentas para que o candidato efetivamente propague seus pensamentos e futuras ações. O grande alcance desses instrumentos viabiliza que um número incontável de eleitores receba o conteúdo da propaganda eleitoral e tenham acesso às futuras plataformas de governo daqueles que concorrem na disputa.

Não obstante a isso, justamente por facilitar a comunicação, de um modo pouco burocrático e muito acessível, foi sendo verificada a necessidade de estabelecer regras, visando impor limites imprescindíveis para que tais ferramentas, em período eleitoral, não se tornassem palco para desinformação e ataques.

O presente estudo busca analisar como a comunicação prévia dos endereços eletrônicos, que serão utilizados no período de campanha eleitoral, é uma ferramenta imprescindível para garantir o resguardo da integridade das eleições. Além disso, será realizada uma breve análise de como a legislação, que regulamenta as eleições, vem, historicamente, tentando se adaptar aos rápidos avanços digitais, notadamente, no que se refere às normas atinentes à propaganda eleitoral na internet.

Esta pesquisa, realizada de forma qualitativa, analisa o histórico do inciso IV do art. 57-B da Lei n. 9504/97, além do §1º do mesmo artigo, que prevê expressamente que os endereços eletrônicos, salvo aqueles de iniciativa da pessoa natural, deverão ser comunicados à Justiça Eleitoral.

Além disso, pelo método estudo de caso, o trabalho procura refletir sobre decisão proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) no Recurso Especial Eleitoral nº 0601004-57.2020.6.06.0199, relativa ao pleito de 2020, publicada no DJE em 11/06/2021, e sua repercussão na atuação dos candidatos em período eleitoral, especificamente, no que se refere à propaganda eleitoral.

Ademais, busca-se ainda fazer uma análise sobre as regras trazidas nos dispositivos que regulam a propaganda na internet, que estão no Projeto do Novo Código Eleitoral, em tramitação no Congresso Nacional. Não obstante, o presente estudo trouxe farto estudo jurisprudencial, elencando os vários posicionamentos de Tribunais Regionais Eleitorais (TRE's) sobre o tema em comento, apresentados antes da decisão paradigma.

Outrossim, serão expostas, de forma breve, as lições de alguns estudiosos do assunto, bem como seus respectivos posicionamentos no que se refere ao prazo de comunicação dos endereços eletrônicos.

Ademais, sempre considerando a real vantagem para o processo democrático de escolha dos representantes, buscou-se trazer um posicionamento crítico sobre a efetividade do controle trazido pela obrigatoriedade de comunicação dos endereços eletrônicos no Requerimento de Registro de Candidatura (RRC) e as consequências trazidas pela fixação do limite temporal para apresentar a informação.

2 BREVES ASPECTOS SOBRE A PROPAGANDA ELEITORAL NA INTERNET

Acompanhando a evolução digital das últimas décadas, a Justiça Eleitoral ao longo dos anos foi tentando adequar a regulamentação da propaganda eleitoral para além das mídias clássicas, como: rádio, televisão, outdoors, etc.

De início, não podemos esquecer que, a Lei das Eleições, antes mesmo das alterações promovidas no ano de 2009 (que acrescentou o art. 57-B), já havia previsto como gasto eleitoral os custos de criação e inclusão de sítios na internet (art. 26, inciso XV).

Já no âmbito do TSE, podemos observar que a Resolução n. 22.261/2006, em seu art. 71, permitia que os candidatos ao pleito mantivessem uma página na rede mundial de computadores, desde que utilizassem a terminologia “*can.br*”, sendo que o registro do domínio somente poderia ser realizado após o efetivo requerimento do registro de candidatura perante a Justiça Eleitoral. Ao mesmo tempo, o art. 72 da mesma Resolução, indicava ser defesa a propaganda eleitoral em páginas de provedores de acesso à internet.

Posteriormente, no que se refere às eleições de 2008, a Resolução n. 22.718/2006 do TSE, em seu art. 18, trazia em seu bojo norma que permita aos candidatos que utilizassem página da internet destinada exclusivamente à campanha eleitoral, até a antevéspera da eleição.

Conforme bem destacado por Veloso e Agra (2020, p. 301), tal regulamentação restritiva serviu como limitadora à veiculação da propaganda política no único meio de comunicação totalmente aberto ao eleitorado, o que impediu uma maior isonomia de publicidade entre os candidatos.

Verifica-se que, mesmo inicialmente tímida, a Justiça Eleitoral não se manteve omissa às inovações tecnológicas que surgiam nos primeiros anos do século XXI. Dessa forma, a regulamentação, por meio de Resoluções, se demonstrava uma via alternativa à omissão legislativa da época. Frise-se que, somente no ano de 2009, com a Lei n. 12.034/2009, entendeu-se por regulamentar a propaganda eleitoral na internet, fazendo alterações na Lei das Eleições.

A instituição de ferramentas jurídicas para cercear abusos no âmbito da propaganda eleitoral sempre pôde ser identificado como um grande desafio, devido à forma célere de como tais métodos se desenvolvem. Além disso, não é concebível minimizar a força da internet e das redes sociais no mundo contemporâneo. Sobre o tema, é pertinente lembrar o ensinamento de Ramayana (2016, p. 643):

As redes sociais são capazes de expressar ideias políticas e econômicas inovadoras com o surgimento de novos valores, pensamentos

e atitudes. Esse segmento proporciona a ampla informação a ser compartilhada por todos, sem canais reservados e fornecendo a informação de uma cultura de participação, é possível, graças ao desenvolvimento das tecnologias de comunicação e da informação, à globalização, à evolução da cidadania, à evolução do conhecimento científico sobre a vida etc. (RAMAYANA, 2016, p. 643).

Levando em consideração esse aspecto, com ainda mais fundamento, verifica-se que a Justiça Eleitoral atentou-se, antes mesmo do Poder Legislativo, em resguardar a igualdade das eleições estabelecendo limites à propaganda eleitoral na internet, com o escopo de manter a finalidade precípua da propaganda eleitoral: a disseminação de ideias e a divulgação de propostas. Sobre o escopo da propaganda, assim já se manifestou a Corte Superior Eleitoral:

[...] ato de propaganda eleitoral aquele que leva ao conhecimento geral, ainda que de forma dissimulada, a candidatura, mesmo que apenas postulada, a ação política que se pretende desenvolver ou razões que induzam a concluir que o beneficiário é o mais apto ao exercício de função pública [...] (TSE. Ac. nº 15.732 /MA, DJ de 7.5.99, rel. Min. Eduardo Alekmin).

De acordo com o art. 57-A da Lei das Eleições, a propaganda eleitoral na internet somente poderá ter seu início após o dia 15 de agosto do ano da eleição. Importante frisar que as limitações impostas a esta modalidade propaganda eleitoral, não tem o condão de atingir diretamente o eleitor, que expressa seu apoio ao candidato nas redes sociais.

Pelo contrário, o próprio Tribunal Superior Eleitoral, no art. 27, §1º da Resolução n. 23.610/2019, em comunhão com o princípio da liberdade de expressão, prevê que a livre manifestação de pensamento do eleitor identificado (ou identificável) somente poderá ser limitada, quando incorrer em ofensa à honra ou imagem dos candidatos, partidos, federações ou coligações, ou mesmo, quando proceder à divulgação de fatos sabidamente inverídicos.

Dessa forma, a legislação permite propaganda em blogs, redes sociais, sítios de mensagens instantâneas e aplicações de internet a qualquer pessoa natural, desde que não contrate o impulsionamento de conteúdos (art. 57-B, IV da Lei n. 9.504/1997). No entanto, a exigência de comunicação de endereços eletrônicos à Justiça Eleitoral, conforme o art. 57-B, §1º da Lei n. 9.504/1997, é direcionada apenas aos candidatos, partidos e coligações.

3 O ART. 57-B, IV e §1º DA LEI N. 9.504/97 E SUA INTERPRETAÇÃO NO LEADING CASE

No Recurso Especial Eleitoral nº 0601004-57.2020.6.06.0199, um candidato de São José dos Pinhais/PR buscava a reforma de decisão proferida pelo Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Paraná que, por sua vez, ratificou a sentença proferida pelo juízo da 199ª Zona Eleitoral. O juízo eleitoral *a quo* proferiu condenação do candidato no valor de cinco mil reais por propaganda irregular.

Conforme análise do caso concreto, a condenação no juízo de piso foi fulcrada no art. 57-B, §1º da Lei 9.504/97, vez que o candidato veiculou propaganda eleitoral em endereços eletrônicos que não foram previamente informados à Justiça Eleitoral.

Nesse diapasão, no TSE, o relator Ministro Mauro Campbell Marques apresentou voto em que sustentou a obrigatoriedade de comunicação prévia dos endereços eletrônicos à Justiça Eleitoral, com amparo no dispositivo legal supracitado e nos arts. 23, 24 e 28, §1º da Resolução nº 23.609/2019 da Corte.

Tal entendimento confrontou diretamente a alegação do candidato Recorrente, que sustentava que a exigência não estava expressamente imposta no art. 57-B, IV, da Lei 9.504/97. Como se verá adiante, a celeuma analisada no recurso eleitoral em debate tinha como cerne a limitada interpretação do texto legal pelo candidato, que se demonstrou, ao fim, equivocada.

Em análise perfunctória da redação legal do art. 57-B da Lei 9.504/97, verifica-se que, diferentemente de seus incisos I e II (que se referem ao sítio do candidato e sítio do partido ou coligação), não consta expressamente no inciso IV do dispositivo a necessidade de comunicação dos endereços eletrônicos à Justiça Eleitoral.

No entanto, como bem frisou o relator em seu voto, a obrigatoriedade da comunicação advém da previsão do §1º do art. 57-B, cujo escopo é garantir o efetivo controle das divulgações em meio virtual.

Citando a manifestação da Procuradoria Geral Eleitoral, nos autos do referido Recurso Especial Eleitoral nº 0601004-57.2020.6.06.0199, o Ministro Relator enfatiza que o “(...) objetivo precípua é aferir a regularidade dos conteúdos postados, evitando-se, por conseguinte, abusos no direito de manifestação, impulsionamento indevido, dentre outras irregularidades”.

Pelo visível escopo de garantir maior eficácia no controle das irregularidades durante o processo eleitoral, formulou-se no julgado em tela a conclusão também de que não haveria que se falar em afastamento da multa aplicada pelo juízo *a quo*, por eventual ausência de prejuízo ao processo eleitoral.

Esse entendimento, utilizando-se, certamente, de um método de interpretação histó-

rico-evolutivo, está em consonância com a visível finalidade do legislador de buscar regulamentar a propaganda eleitoral na internet. Não obstante, como já visto, tal processo tenha sido feito de uma forma lenta e gradativa, mostra-se evidente a notória intenção de exercer controle no espaço virtual.

Ademais, revertendo o argumento apresentado pelo Recorrente, sustentou o Ministro Relator que, além da obrigatoriedade da comunicação, esta não poderia ser realizada a qualquer tempo, indicando que a etapa específica para tanto era o Requerimento de Registro de Candidatura. Dessa forma, haveria impossibilidade de adotar a providência em momento posterior a esta fase.

3.1 Aspectos legislativos relevantes ao tema

Diante das argumentações trazidas ao crivo do Tribunal Superior Eleitoral, a ceulema do julgado em torno da aplicação (ou não) da exigência legal de comunicação dos endereços eletrônicos, possivelmente seja resultado da grande “colcha de retalhos” que se tornou a Lei n. 9.504/97, em razão das mais variadas “reformas” a que tal norma foi submetida no decorrer dos anos.

O dispositivo em debate foi inserido na Lei das Eleições, no ano de 2009, pela Lei n. 12.034, sendo que a redação original do artigo 57-B somente era composta pelo caput e seus quatro incisos. No entanto, posteriormente, no ano de 2017, o texto do inciso IV foi modificado, bem como foi incluído o §1º, que estendeu a todas as formas de propaganda da internet a obrigatoriedade de comunicação prévia à Justiça Eleitoral.

Importante frisar que, seguindo a linha atual da Lei n. 9504/97, o projeto de Lei Complementar n. 112/2021 (Novo Código Eleitoral), também se preocupa em regulamentar a Propaganda Eleitoral na Internet.

No entanto, replicando a controversa redação do atual art. 57-B, o art. 495 do Projeto continua a especificar no inciso I a necessidade de comunicação à Justiça Eleitoral, especificamente, dos sítios do candidato e do partido/coligação para, somente em seu §1º, utilizar da regra geral de prévia comunicação, ampliando-a a todos os demais endereços eletrônicos e aplicações, situações tratadas nos demais incisos.

Outrossim, como novidade em relação à atual legislação, o mencionado art. 495, §1º, do PL 112/2021, em tramitação no Senado Federal, prevê que a comunicação deve ocorrer no Requerimento de Registro de Candidatura ou no Demonstrativo de Regularidade de Atos Partidários (DRAP).

Ademais, redação idêntica aos arts. 23, XII e 24, VII da Resolução nº 23.609/2019 também se encontra no PL 112/2021, na medida que em seus arts. 717, VIII e 721, VII também está previsto que nos formulários DRAP e RRC sejam informados à Justiça Eleitoral os endereços eletrônicos respectivos.

Caso permaneça sem alterações até a aprovação, os referidos dispositivos corroboram o entendimento apresentado pelo Relator no acórdão em comento, de que não é possível a regularização da falha posteriormente ao registro de candidatura.

3.2 As consequências práticas da decisão proferida no Recurso Especial Eleitoral nº 0601004-57.2020.6.06.0199

Diante das várias nuances do julgado em estudo, encontramos interessante discussão sobre os desdobramentos práticos do julgamento em debate, especificamente, sobre a impossibilidade de regularização posterior pelo candidato que não informou à Justiça Eleitoral, no RRC, os blogs, redes sociais, sítios de mensagens instantâneas e aplicações de internet assemelhadas.

Imperioso ressaltar que não se está discutindo a aplicação da sanção prevista no art. 57-B, §5º da Lei n. 9.506/97, multa que pode variar de R\$ 5.000 (cinco mil) a R\$ 30.000 (trinta mil reais).

Trata-se, na verdade, de debater se, mesmo com a aplicação da multa, o candidato que apresentar os endereços eletrônicos extemporaneamente pode continuar a utilizar blogs e mídias sociais, sem incorrer novamente na sanção, sanando a omissão do RRC. Daí a relevância prática da discussão, pois como se observará adiante, os Tribunais Regionais Eleitorais conflitam sobre a possibilidade de regularização posterior.

O entendimento esboçado no Recurso Especial Eleitoral nº 0601004-57.2020.6.0.6.0199, se aplicado a rigor, poderá ensejar que o candidato que, eventualmente, se omita na comunicação, não possa utilizar qualquer mídia social durante a campanha (fato que cercearia sobremaneira a divulgação das propostas do candidato).

Saliente-se que a liberdade da divulgação de suas propostas e de uma futura plataforma de governo deve ser assegurado a quem coloca o nome na disputa a um cargo público.

Não obstante muitos dos candidatos (seja por inabilidade, perspicácia ou falta de tempo de propaganda), não apresentem de forma eficaz os ideais e valores que escudam, é primordial que essa garantia de liberdade da propaganda política não seja tolhida. A importância desse direito é sabiamente apresentado por Carlos Neves Filho (2012, p.20):

Assim, a propaganda política democrática é a tentativa de criar estados mentais favoráveis às propostas e realizações políticas, mas calcadas no debate e na livre circulação de informações e ideias. O exercício da política democrática está diretamente ligado ao livre convencimento e à pluralidade de ideias, e o convencimento só se

dá por meio da propagação dessas várias ideias; e, hoje, com uso de novas técnicas da propaganda, a comunicação se faz direta e bi-fronte entre eleitor e político, e não mais do político para o eleitor – vê-se o twitter, por exemplo. É fundamentalmente, por isso, que a propaganda política em um Estado Democrático de Direito goza do princípio da liberdade – permite-se e exige-se a livre circulação de ideias e o amplo debate. (NEVES FILHO, 2012, p. 20).

Já num cenário alternativo, caso o candidato omissos ainda persistisse em utilizar tal meio de propaganda, estaria submetido à multa por cada publicação, vez que os endereços eletrônicos não poderiam ser apresentados posteriormente ao registro. Dessa forma, mesmo com a aplicação reiterada de multa, a situação ainda permaneceria irregular.

Os dois panoramas expostos, objetos desta discussão, não obstante revelem-se como resultado da aplicação da legislação eleitoral já explanada, denotariam grave prejuízo aos atos de campanha e exposição de ideias pelos candidatos.

4 ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS PRETÉRITOS AO *LEADING CASE*

Em notório confronto com o acórdão objeto deste estudo, podemos mencionar o Recurso Eleitoral nº 0600046-73.2020.6.20.0033, julgado pelo TRE/RN, em fevereiro/2021. No referido julgado, consignou-se que, apesar de ser indiscutível que o candidato Recorrente deveria ter procedido à comunicação dos endereços eletrônicos à Justiça Eleitoral, não haveria qualquer empecilho para que houvesse a atualização da informação a qualquer tempo, desde que, previamente, não tivesse sido realizada propaganda eleitoral.

Segundo o entendimento apresentado no julgado mencionado, apesar de haver lapso temporal suficiente entre a comunicação à Justiça Eleitoral (RRC) e o início da propaganda eleitoral realizada, para a incidência da multa prevista no art. 57-B da Lei n. 9.504/97, seria apenas necessária a realização de uma única postagem nos sites e endereços de aplicação não informados previamente.

Dessa forma, vê-se que, não obstante conclua sobre a inexistência de dúvidas em relação à aplicação da multa, o Tribunal Eleitoral Potiguar, ao contrário do TSE, não entendeu pela definição de um prazo definido para a comunicação dos endereços eletrônicos.

Nessa mesma linha, o TRE/CE, no Recurso Eleitoral nº 0600405-55.2020.6.06.0019, julgado em março/2021, analisou o argumento de regularização posterior apresentada pela candidata Recorrente. Conquanto também tenha reconhecido acertada a aplicação

da multa pelo juízo *a quo*, expôs que a comunicação a destempo não afasta a irregularidade praticada, mas, tão somente, a regulariza a partir de então.

Logo, o TRE/CE facultou ao candidato que apresentasse comunicação dos endereços eletrônicos a destempo, posteriormente ao RRC, não obstante tenha reconhecido que a comunicação intempestiva não afasta a irregularidade gerada pela afronta à norma eleitoral.

Importante mencionar que, no supramencionado julgado, o TRE/CE ainda declarou a abrangência legal da obrigatoriedade de comunicação prévia a endereços eletrônicos, que também não sejam propriamente reconhecidos como redes sociais.

Na decisão em comento, ao inferir os argumentos da candidata Recorrente, o Tribunal considerou que a plataforma de vídeos *Youtube* enquadra-se no termo “aplicações de Internet assemelhadas”, previsto no art. 57-B, IV da Lei n. 9.504/1997, cujo conceito é descrito pela Resolução n. 23.610/2019, no art. 37, XVIII.

Em julgado posterior, o mesmo TRE/CE, em abril/2021, no Recurso Eleitoral nº 0600488-71.2020.6.06.0019, reiterou o mesmo raciocínio de que a falha pode ser sanada a qualquer tempo. No entanto, ao mesmo tempo em que expôs que a comunicação de endereços eletrônicos dos sites, redes sociais, blogs e assemelhados não se tratava de uma faculdade do candidato, indicou que a comunicação se tornava obrigatória a partir de quando forem criados os endereços, ou passarem a ser utilizados em propaganda eleitoral, não havendo um limite temporal. Para tanto, traz em seus fundamentos decisão proferida pelo TRE/MG, no Recurso Eleitoral n. 0604908-55.2018.613.0000, julgado em 22/11/2018.

O ponto interessante é que, no caso acima, o TRE/CE proferiu julgamento sob a égide da Resolução 23.609/2019, porém utilizou como fundamento a decisão da Corte Eleitoral Mineira, por sua vez, proferida na vigência da Resolução n. 23.548/17 do TSE. Frise-se que, tal ato regulamentador não trazia, em sua redação, a obrigatoriedade da comunicação ocorrer “impreterivelmente”, no Requerimento de Registro de Candidatura ou Demonstrativo de Regularidade dos Atos Partidários, como faz a Resolução vigente.

Nesse mesmo Recurso Eleitoral nº 0600488-71.2020.6.06.0019, foi também enaltecida a importância da comunicação prévia dos endereços eletrônicos à Justiça Eleitoral, pois tal providência asseguraria ao eleitor a legitimidade do canal utilizado para a propaganda eleitoral. Ademais, o Tribunal asseverou que a ausência da informação “(...) obstrui a persecução de responsabilidades, o que configura descaso para com todos aqueles que o fizeram no tempo e modos devidos”.

Ainda sobre o marco temporal para comunicação dos endereços eletrônicos, importante mencionar mais um julgado do TRE/CE, no Recurso Eleitoral nº 06000426-31.2020.6.06.0019, em que o candidato Recorrente alegou em suas razões ser dever

do juízo de 1º grau, antes de aplicar a multa, possibilitar a correção da falha do RRC pelo candidato.

Logo, o candidato Recorrente defendeu ser legítima a que referida comunicação ocorresse antes de encerrar as instâncias ordinárias, supostamente com base em entendimento do próprio TSE sobre registro de candidatura.

No entanto, na decisão proferida neste caso, a Corte reconheceu que o argumento não se sustentava, vez que a regularização posterior não seria capaz de excluir a ilegalidade. Ademais, por se tratar de propaganda irregular, o entendimento do TSE supracitado seria inaplicável, pois este estaria restrito ao registro de candidatura.

Em contraposição às decisões comentadas acima, o TRE/RO, no julgado nº 0600158-81.2020.6.22.0002, reconheceu ser impreterível a comunicação no RRC, porém, numa visão flexível, indicou que, se a informação fosse juntada durante a tramitação do processo de registro de candidatura e, antes do trânsito em julgado da sentença, não ensejaria irregularidade.

Importante mencionar que, no caso em tela, não foi realizada nenhuma menção à veiculação de propaganda antes que a irregularidade fosse sanada. Dessa forma, não obstante, inicialmente, os endereços eletrônicos não tenham sido comunicados, como não foram aludidas publicações irregulares, bem como o candidato apresentou as informações ainda durante a tramitação do RRC, a multa prevista no art. 57-B, §5º, da Lei n. 9.504/1997 sequer foi aplicada.

No mesmo sentido, mas em relação aos endereços preexistentes antes do pleito, o TRE/RR, no processo nº 06000864-40.2020.6.23.0001, indicou que, caso já existentes, deveriam os endereços eletrônicos ser informados no formulário RRC. No entanto, caso não existentes, a informação deve ser introduzida no bojo do Requerimento de Candidatura (Rcand), mas antes de veicular qualquer propaganda eleitoral.

O Tribunal Regional continua seu posicionamento, indicando que aderir à ideia de propaganda eleitoral antes da informação ser apresentada à Justiça Eleitoral frustraria completamente a razão de ser da sanção prevista na legislação, pois a finalidade da multa é, primordialmente, inibir a prática de uma espécie de propaganda eleitoral irregular.

Além disso, no que se refere à comprovação do momento em que ocorre a divulgação da propaganda (se antes ou depois da informação à Justiça Eleitoral), o TRE/RR concluiu que, não é pelo sítio da Justiça Eleitoral “DivulgaCand” que tal marco deve ser aferido. Relembrando o procedimento adotado pela legislação eleitoral pela Resolução n. 23.609/2019, indicou que, após o recebimento dos pedidos de registro de candidatura, a Justiça Eleitoral validará os dados e os encaminhará para divulgação no site da Justiça Eleitoral.

Dessa forma, de acordo com o referido Tribunal, a aferição do momento da di-

vulgarção deve considerar o que consta no processo de Requerimento de Candidatura (RCand), por ser a fonte que alimenta o sítio oficial. Dessa forma, a referida Corte Eleitoral concluiu no processo nº 06000864-40.2020.6.23.0001 que o RCand é “(...) o fiel da balança para saber-se, com precisão, se houve comunicação prévia ou não dos endereços eletrônicos (...)”.

Observa-se que os julgados mencionados acima são anteriores à decisão proferida pelo TSE, revelando-se a urgente necessidade de padronização de entendimento sobre o assunto, situação que, como mencionado pelo Ministro Sérgio Banhos no julgamento da Corte Superior Eleitoral, evidencia o status de *leading case* do Recurso Especial Eleitoral nº 0601004-57.2020.6.06.0199.

5 ABORDAGEM DOUTRINÁRIA SOBRE O TEMA

Não obstante as várias pretensões de candidatos analisadas pelos TRE's, intencionando ver reformadas as decisões que aplicaram a sanção do art. 57-B, §1º da Lei n. 9504/97, no geral, o argumento de inconformismo recai sobre a exegese da legislação. Logo, nesta pesquisa, observamos que a doutrina não possui grandes aprofundamentos sobre o tema, nem sobre a incongruência da legislação que induz à interpretação equivocada, tampouco sobre o prazo de comunicação.

Obviamente, os estudiosos, quando analisam o tema propaganda eleitoral na internet fazem menção ao dispositivo legal em comento (art.57-B da Lei n. 9.504/97), indicando as modalidades de propaganda na internet permitidas, como se depreende na obra de Santos (2022, p. 255) e Reis (2018).

Por sua vez, Velloso e Agra (2021, p. 304), ainda aduzem que o dispositivo 57-B tem como escopo trazer hipóteses taxativas. No entanto, de uma forma coerente, estes últimos autores defendem que, considerando a celeridade das inovações tecnológicas, seria melhor tratá-las como hipóteses exemplificativas, podendo novas formas serem acrescentadas pela jurisprudência.

Como exceção à análise superficial sobre o tema, podemos destacar a obra de Zilio (2022, p. 501) que trata da importância da comunicação dos endereços à Justiça Eleitoral, da seguinte forma:

A exigência de que os endereços eletrônicos empregados na propaganda na internet por partidos, federações, coligações e candidatos sejam comunicados à Justiça Eleitoral tem o objetivo de possibilitar um controle mais eficaz sobre eventuais irregularidades conferidas no âmbito virtual. Vale dizer, é um mecanismo que busca conferir

uma responsabilização mais efetiva em caso de ilicitudes na propaganda na internet. A veiculação de propaganda eleitoral na internet em endereços eletrônicos que não tenham sido previamente comunicados à Justiça Eleitoral é infração sujeita à multa prevista no §5º do art. 57-B da LE. (ZILIO, 2022, p. 501).

O mencionado autor ainda transcreve parte da decisão proferida no julgado do TSE em discussão, que reconheceu a impossibilidade de regularização posterior ao registro de candidatura.

De uma forma similar, Gomes (2022, p. 627) indica em sua obra que candidatos e partidos devem comunicar à Justiça Eleitoral os endereços eletrônicos das aplicações aludidas no mencionado art. 57-B e que a comunicação deverá ser feita no RRC ou DRAP, conforme TSE.

Frise-se que, sobre a inclusão do §1º do art. 57-B, pela minirreforma de 2017, verificamos a breve análise de Nepomuceno e Junior (2018, p. 53) que indica que a alteração legislativa autorizou que

(...) o candidato continue utilizando o endereço eletrônico que detinha antes do período eleitoral, desde que o informe no ato de registro de candidatura. Registra-se que devem ser objeto de informação não só os endereços dos sítios eletrônicos, mas de quaisquer perfis do candidato nas redes sociais. (NEPOMUCENO; JUNIOR 2018, p. 53).

Durante a pesquisa, pudemos observar posicionamento curioso de Medeiros (2021, p. 1207), comentando o art. 57-B e seus parágrafos (minirreforma de 2017), quando indica que inexistente sanção ao descumprimento do referido dispositivo legal, “havendo a veiculação de propaganda eleitoral na internet fora das formas previstas nesse dispositivo, descabe a aplicação de multa, impondo-se apenas a suspensão da propaganda por meio do exercício do poder de polícia”.

Por fim, não obstante não se detenha, especificamente, sobre a comunicação prévia dos endereços eletrônicos à Justiça Eleitoral, mas tecendo considerações sobre propaganda na internet, não poder deixar de citar Neves Filho (2012, p. 93) que, por sua vez, defende de forma veemente a liberdade de expressão, no entanto, reconhece necessária o controle (pós-divulgação) da propaganda:

(...) a propaganda eleitoral virtual não escapa do controle, pós-exibição (não há censura prévia), dos conteúdos, como qualquer outra

propaganda – responderá aquele que colocar propaganda eleitoral ofensiva à honra, por exemplo.(...) Mais das vezes, tenta-se enquadrar o novo (a internet) na lógica de processos já existentes (TVs e rádios), apesar de estar muito mais próxima da lógica das ruas, onde é livre a ilimitada criatividade humana. (NEVES FILHO, 2012, p. 93).

Diante do explanado, mesmo que o dispositivo não passe despercebido nos estudos doutrinários, é forçoso reconhecer que não se verificam análises amplas sobre a obrigatoriedade de comunicação dos endereços eletrônicos à Justiça Eleitoral no RRC e DRAP, tampouco sobre o limite temporal para fazê-lo. Da mesma forma, são restritas as análises sobre as implicações práticas do julgamento que aqui se discute na prática da campanha eleitoral.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificando as particularidades do julgado em comento, inicialmente, percebe-se que a decisão tratou de pacificar uma inquietação causada pela interpretação literal de um único inciso (art. 57-B, IV da Lei 9.504/97).

Ocorre que, ao mesmo tempo que o TSE tornou indiscutível a aplicação da sanção trazida no §1º do dispositivo da Lei das Eleições, após uma interpretação conjunta do art. 57-B da Lei n. 9504/97 e Resolução n. 23.609/2019, exteriorizou entendimento que reflete diretamente na prática eleitoral, notadamente em importantes instrumentos de campanha, quais sejam: as aplicações de internet e assemelhados.

Importante mencionar que o posicionamento jurisprudencial prevalecente enfraquece a fundamentação de vários recursos interpostos por candidatos omissos que, por sua vez, utilizam a comunicação extemporânea posterior ao RRC ou DRAP como escusa para desnecessidade de aplicação da sanção prevista no art. 57-B, §5º da Lei das Eleições.

Na verdade, o entendimento do TSE sobre a indiscutível aplicação da multa prevista no dispositivo supracitado vem reforçar a intenção do legislador em garantir maior segurança na propagação das propostas dos candidatos. A necessidade de identificar a origem da propaganda, impede que a campanha eleitoral seja utilizada para fins escusos e que nada acrescentam ao debate político.

Destarte, como já mencionado, diante da inviabilidade de comunicação posterior dos endereços eletrônicos ao Requerimento de Registro de Candidatura, só restam duas saídas àqueles que se omitirem: 1) Cerceamento dos atos de propaganda por todo período

eleitoral nas mídias sociais ou; 2) A submissão à multa do art. 57-B, §1º da Lei 9.506/97, por cada propaganda veiculada em endereços não informados.

Saliente-se que a segunda opção, *inclusive*, poderia forçar os juízes *a quo* a aplicar a sanção acima do patamar mínimo, vez que, em caso de reincidência da ilegalidade, seria desproporcional fixar a multa sempre no valor mínimo previsto (prática vista como constante na pesquisa de jurisprudência realizada).

Não obstante a isso, o cerceamento aos atos de campanha revela-se como um “mal” necessário ante ao atual desenfreamento nos usos de redes sociais e assemelhados. Se em tempos normais, percebe-se que a internet virou um declarado universo paralelo, onde pessoas são enaltecidas ou escrachadas numa assombrosa rapidez, maiores cautelas devem ser aplicadas no período eleitoral.

Dessa forma, se torna acertada a decisão da Superior Corte Eleitoral, vez que o intuito da comunicação prévia dos endereços eletrônicos no RRC salvaguarda a integridade do pleito, na medida que serve como mecanismo de controle das publicações e identificação do emissor da propaganda, principalmente, nos casos de veiculação de propaganda negativa. Assim, resta facilitada a aplicação de eventual sanção ao abusador, bem como concessão de direito de resposta ao Ofendido.

Obviamente, é indiscutível que a perda do prazo para informar os endereços eletrônicos diminui demasiadamente o alcance das propostas do candidato (cerceamento de atos de propaganda), demonstrando-se ser desproporcional que se inviabilize a utilização das ferramentas virtuais, por toda a campanha, por uma falha no preenchimento no RRC.

Levando em conta tal aspecto, entendemos razoável a interpretação do TRE/RO no mencionado julgado n. 0600158-81.2020.6.22.0002, de que seja possível a comunicação dos endereços eletrônicos ocorra antes do trânsito em julgado do RRC, preservando o princípio democrático.

Dessa forma, por ser um posicionamento flexível, não se contraria a decisão do TSE ou a legislação eleitoral, pois a informação seria apresentada ainda no período de análise do RRC ou DRAP.

Por outro lado, também não interfere no alcance das propostas dos candidatos no uso das mídias digitais durante a integralidade da campanha, em comunhão com o princípio de liberdade de informação e comunicação. Obviamente, sem prejuízo de aplicação de multa, em caso de divulgação de propaganda, enquanto não informados os endereços à Justiça Eleitoral.

Conforme já pontuado, anteriormente, a exigência legal não viola o direito à livre manifestação de pensamento, tendo em vista este não se revestir de caráter absoluto. Na realidade, o interesse sobressalente é a garantia da normalidade das eleições, bem como

sua legitimidade, sob pena de esvaziamento da norma regulamentadora.

Destarte, o intuito é prevenir que não surjam futuros questionamentos sobre a autenticidade das páginas da internet e sua vinculação aos candidatos, tendo em vista a grande facilidade de criação de páginas falsas por terceiros mal intencionados, que podem, inclusive, utilizar fotografias dos candidatos.

Importante frisar, por fim, sobre o importante papel do Ministério Público Eleitoral na fiscalização da efetiva comunicação dos endereços eletrônicos, quando da análise do RRC, e verificação de eventual veiculação de propaganda irregular nos blogs, redes sociais e assemelhados.

Nas lições de Castro (2022), o Ministério Público Eleitoral revela-se como figura defensora natural do interesse público, de modo a preservar que toda pessoa possa manifestar seu voto livremente, fazendo com que o resultado do pleito coincida com a vontade popular.

Como fiscal da ordem jurídica e da regularidade das eleições, é do interesse do Parquet Eleitoral, a responsabilização dos autores de propaganda irregular na internet, sendo a prévia comunicação dos endereços eletrônicos ferramenta primordial para a promoção de eleições isentas e participativas.

Importante destacar que, não obstante seja possível ajuizamento de representação por adversários políticos (partido político, coligação ou candidato), grande parte dos julgados analisados neste trabalho foram iniciativa do Ministério Público Eleitoral.

Dessa forma, resta clarividente que, numa eleição municipal, por exemplo, onde os ânimos dos candidatos e apoiadores se apresentam mais exasperados, um Promotor Eleitoral com postura ativa em muito contribui com a preservação da legitimidade do pleito, na medida que permanece atento para coibir irregularidades.

A atuação firme do Parquet Eleitoral contra abusos no uso da propaganda eleitoral na internet destaca-se, notadamente, em municípios pequenos, em que alguns candidatos utilizam aplicações de internet para manipular opiniões dos eleitores com falácias e ataques aos adversários.

Tal postura reprovável, muitas vezes, adotada com premeditação, visa tão somente, desestabilizar a disputa, enfraquecer o debate sobre aquilo que realmente interessa na discussão política, que é assegurar o bem-estar comum.

Assim, a atuação ágil do *Parquet* Eleitoral, principalmente em promover a Representação visando a aplicação da multa prevista no art. 57-B, §5º, da Lei das Eleições, além de intencionar o cumprimento fiel à legislação, tem efeito eminentemente pedagógico e preventivo.

ABSENCE OF COMMUNICATION OF ELECTRONIC ADDRESSES IN THE APPLICATION REGISTRATION APPLICATION - THE (IM)POSSIBILITY OF SUBSEQUENT REGULARIZATION AND ITS CONSEQUENCES

ABSTRACT

This work reflects, based on a paradigmatic decision of the Superior Electoral Court, how the absence of communication of electronic addresses by candidates in the Application for Candidacy Registration can influence the period of the electoral campaign and the scope of the proposals. In order to better enable the study of the subject through the qualitative method of case study, considerations are exposed about electoral propaganda on the internet and its regulation in Law n. 9,504/1997. In addition, it attempts to systematize the various nuances of the subject, with jurisprudential approaches, in addition to presenting a critical position on the consequences resulting from the understanding of the Superior Electoral Court.

Keywords: electoral propaganda; internet; TSE; electronic addresses; RRC.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 9.504/1997**. Estabelece normas para as eleições. *In:* Anne Joyce Angher. Vade Mecum Universitário de Direito RIDEEL. 29. ed. São Paulo: RIDEEL, 2022, p. 1199/1221.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 112/2021**. Dispõe sobre as normas eleitorais e as normas processuais eleitorais brasileiras. Brasília: Senado Federal, 2021. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9017431&ts=1644346819369&disposition=inline>. Acesso em: 01 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral do Ceará. **Recurso Eleitoral nº 0600405-55.2020.6.06.0019**. Relator Juiz Roberto Viana Diniz de Freitas. Publicação: DJE - Diário de Justiça Eletrônico, Tomo 51, Data 11/03/2021, Página 10/18. Disponível em: <blob:https://dje-consulta.tse.jus.br/4b5c720d-0450-4a6e-9b02-f179e6c51711>. Acesso em: 09 set. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral do Ceará. **Recurso Eleitoral nº 0600426-31.2020.6.060019**. Relator Juiz Francisco Érico Carvalho Silveira. Publicação: DJE - Diário de Justiça Eletrônico, Tomo 42, Data 02/03/2021, Página 10/16. Disponível: <blob:https://dje-consulta.tse.jus.br/831b584a-a732-445b-8234-5bb30878812c>. Acesso em: 11 set. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral do Ceará. **Recurso Eleitoral nº 0600488-71.2020.6.060019**. Relator Juiz Francisco Eduardo Torquato Scorsafava. Publicação: DJE - Diário de Justiça Eletrônico, Tomo 69, Data 08/04/2021, Página 40/49. Disponível: <blob:https://dje-consulta.tse.jus.br/52885fe4-81c5-4247-b633-b6808170b1db>. Acesso em: 09 set. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte. **Recurso Eleitoral nº 0600046-73.2020.6.20.0030**. Relator Desembargador Ibanez Monteiro da Silva. Publicação: DJE - Diário de Justiça Eletrônico, Tomo 52, Data 03/03/2021, Página 3/5. Disponível: <blob:https://dje-consulta.tse.jus.br/8e9391ab-37b7-4d55-bef4-ce873e2c2424>. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral de Rondônia. **Recurso Eleitoral nº 0600158-81.2020.6.22.0002**. Relator Juiz Clênio Amorim Corrêa. Publicação: DJE - Diário de Justiça Eletrônico, Tomo 25, Data 05/02/2021, Página 3. Disponível: <blob:https://dje-consulta.tse.jus.br/6ad885be-945d-4d50-9073-227f2c871852>. Acesso em: 08 set. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral de Roraima. **Recurso Eleitoral nº 0600864-40.2020.6.23.0001**. Relator Francisco de Assis Guimarães Almeida. Publicação: DJE - Diário de Justiça Eletrônico, Tomo 38, Data 24/02/2021, Página 4/6. Disponível em: <blob:https://dje-consulta.tse.jus.br/aa9774dc-e749-4012-9e84-ec2f3f7e0a19>. Acesso em: 08 set. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Ação Cautelar nº 15.732 /MA**. Relator Min. Eduardo Alekmin. Diário de Justiça, Brasília, 07 de maio de 1999. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/jurisprudencia/jurisprudencia-por-assunto>. Acesso em: 01 fev. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo em Recurso Especial Eleitoral nº 0600426-31.2020.6.06.0019**. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Publicação: DJE - Diário de Justiça Eletrônico, Tomo 174, Data 22/09/2021, Página 160/162. Disponível: <blob:https://dje-consulta.tse.jus.br/64ecf065-d6b4-4d51-bc86-8f6083e615a6>. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral nº 0601004-57.2020.6.06.0199**. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Publicação: DJE - Diário de Justiça Eletrônico, Tomo 106, Data 11/06/2021, Página 29/37. Disponível em: <blob:https://dje-consulta.tse.jus.br/f033f20f-1729-4557-a4aa-071952351430>. Acesso em: 01 ago. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 22.261/2006**. Brasília, DF, 29 de junho de 2006. Disponível em: https://www.justicaeleitoral.jus.br/++theme++justica_eleitoral/pdfjs/web/viewer.html?file=https://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/reso-

lucao-22-261-2006/@@download/file/RES222612006.pdf. Acesso em: 22 jun. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 22.718/2006**. Brasília, DF, 28 de fevereiro de 2008. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2008/5>. Acesso em: 22 jun. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 23.551/2017**. Brasília, DF, 18 de dezembro de 2017. Revogada pela Resolução nº 23.610/2019 Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2017/resolucao-no-23-551-de-18-de-dezembro-de-2017>. Acesso em: 22 jun. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 23.609/2019**. Brasília, DF, 18 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-609-de-18-de-dezembro-de-2019>. Acesso em: 10 jun. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 23.610/2019**. Brasília, DF, 23 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-610-de-18-de-dezembro-de-2019>. Acesso em: 11 jun. 2022.

CASTRO, Edson de Resende. **Curso de direito eleitoral** [recurso eletrônico]. 11. ed. rev. e atual – Belo Horizonte: Del Rey, 2022. Edição do Kindle.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 18. ed. Baureri: Atlas, 2022.

MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. **Direito eleitoral** [recurso eletrônico]. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018. Edição do Kindle.

MEDEIROS, Marcílio Nunes. **Legislação eleitoral comentada e anotada**. 3. ed. São Paulo: JusPodivm, 2021.

NEPOMUCENO, Luciana Diniz; JUNIOR, Pedro Abrão Marques. **Minirreforma Eleitoral Comentada**. São Paulo: Rideel, 2018.

NEVES FILHO, Carlos. **Propaganda Eleitoral e o princípio da liberdade da propaganda política** [recurso eletrônico]. Belo Horizonte: Fórum, 2012. Edição do Kindle.

RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

REIS, Roberto H. **Propaganda eleitoral nas mídias sociais** [recurso eletrônico]. Porto Alegre [RS] : Buqui, 2018. Recurso Digital. Edição do Kindle.

SANTOS, Antônio Augusto Mayer dos. **Campanha Eleitoral – Teoria e Prática**. 3. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Direito eleitoral : propaganda eleitoral**. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Edição do Kindle.

ZILIO, Rodrigo López. **Direito Eleitoral**. 8. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

A SOCIEDADE E OS ACOLHIMENTOS
INSTITUCIONAIS: DISCUSSÕES EM
REDE A PARTIR DE AUDIÊNCIA PÚBLICA

*SOCIETY AND INSTITUTIONAL
SHELTERING: NETWORK DISCUSSIONS
FROM THE PUBLIC HEARING*

A SOCIEDADE E OS ACOLHIMENTOS INSTITUCIONAIS: DISCUSSÕES EM REDE A PARTIR DE AUDIÊNCIA PÚBLICA¹

*SOCIETY AND INSTITUTIONAL SHELTERING: NETWORK DISCUSSIONS
FROM THE PUBLIC HEARING*

*Luciano Tonet²
Marcos Sousa França³*

RESUMO

A violação dos direitos de crianças e adolescentes merece atuação imediata com colocação das mesmas em família extensa ou sob tutela do Estado nos Acolhimentos Institucionais. A partir de todo o exposto, o objetivo geral do presente estudo é apresentar a realidade dos acolhimentos institucionais com seus problemas e desafios. O objetivo específico é demonstrar como instrumentos como a audiência pública podem democratizar o enfrentamento dos problemas, inserindo toda a comunidade nas discussões e sanar muitas destas questões. A hipótese é a de que com a participação efetiva e não somente formal da sociedade, os problemas sejam expostos, enfrentados e resolvidos com a atuação de todos. Para isso, foi realizada consulta bibliográfica e documental, além da análise da audiência pública realizada pelo Ministério Público do Ceará. Observa-se a importância da participação social e da rede de proteção na construção de uma política efetiva, considerando a intersetorialidade e transversalidade do tema. Conclui-se pela importância da Audiência Pública no fortalecimento da atuação rede e efetivação dos direitos dos infantes.

Palavras-chave: acolhimento institucional; criança e adolescente; rede de proteção; audiência pública; sociedade.

1 Data de Recebimento: 03/09/2023. Data de Aceite: 14/11/2023.

2 Doutor e Mestre em Direito Constitucional (UNIFOR). Promotor de Justiça (CE). Professor da Escola Superior do Ministério Público e da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. <http://lattes.cnpq.br/7401434519004510> / lucianotonet@mpce.mp.br / <https://orcid.org/0000-0002-5698-7954>.

3 Assessor Jurídico do Ministério Público do Estado do Ceará. Especialização em andamento em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Faculdade Legale. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará. LATTES: <https://lattes.cnpq.br/1713450765737187>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9515-5563>. E-mail: marcosfranca1612@gmail.com / marcos.franca@mpce.mp.br.

1 INTRODUÇÃO

A mendicância, a violência e o abuso sexual entre outras violações aos direitos das crianças e dos adolescentes exigem resposta imediata para proteger estes indivíduos em desenvolvimento. As medidas, como a colocação em família extensa, por exemplo, com avós, tios, ou outro familiar e, na sua impossibilidade, sob a tutela do Estado, são alternativas legais e institucionais para a garantia dos direitos das crianças e adolescentes. Isto pode ocorrer quando os lares dos infantes não forem, momentânea ou permanentemente, seguros para o seu desenvolvimento.

Desta forma, o Poder Público passa a ser o principal responsável por estas crianças, colocando-as em famílias acolhedoras, casas lares ou acolhimentos institucionais, prioritariamente no município em que a criança reside como forma de preservar os seus vínculos comunitários.

O acolhimento institucional por melhor que seja prestado, não deixa de ser também uma forma de violência, o afastamento da criança de situações de vulnerabilidade que porventura esteja exposta, não necessariamente pode seguir de uma medida efetivamente protetiva. Impor a essas crianças um ambiente desconhecido, com outras crianças e profissionais que ela não tenha relacionamento ou afetividade, afastando-a totalmente do convívio familiar, mesmo que neste haja alguns revezes, também não deixa de ser uma violência.

Essa observação acima, além de ser um fato do conhecimento popular, também o é do conhecimento científico, como restou evidenciado dos estudos realizados por pesquisadores da Universidade de Harvard com os chamados órfãos da Romênia⁴, no qual se estudou e comprovou-se que a institucionalização prolongada se apresenta como fator determinante para o aumento de distúrbios psicológicos e redução de capacidades linguísticas, entre outros efeitos sobre o desenvolvimento de crianças e adolescentes, especialmente na primeira infância. Isto é, uma grave forma de violência em relação ao público infantil, mesmo que visando a sua proteção.

No Brasil, o número de crianças e adolescentes nesta situação, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), é de aproximadamente 33.000 (trinta e três mil), divididas em 3.200 serviços que prestam o acolhimento (CNJ, 2022, p. 29).

A Constituição Federal em seu art. 227 determinou que a proteção da criança, respeitando os seus direitos e garantindo-os é de responsabilidade da família, da sociedade e

⁴ Além dessas modalidades, importante destacar que as orientações técnicas preveem a existência da modalidade de acolhimento para jovens entre 18 e 21 anos em situação de vulnerabilidade na chamada de República. O serviço oferece apoio e moradia para os jovens com supervisão técnica, visando a construção de autonomia pessoal e possibilitando o desenvolvimento de autogestão, auto-sustentação e independência (MDS, 2009, p. 94).

do Estado. Aqui é oportuno a lembrança do provérbio africano de que “é preciso de uma aldeia para se educar uma criança”, de forma a entender o mandamento Constitucional e o próprio papel da sociedade. Não se pode cruzar os braços e a partir do acolhimento de crianças esperar que o Estado as devolva integralmente educadas, cuidadas e protegidas.

Por isso, é cada vez mais importante integrar a sociedade, sob a vigilância do Estado, nos cuidados e desenvolvimento destas crianças institucionalizadas, bem como, é necessário discutir como o serviço prestado pode apresentar-se o mais acolhedor possível. Como se evitar acolhimentos indevidos e como agilizá-lo para que dure o tempo necessário, não mais nem menos.

Uma forma de concretizar a participação da sociedade é o debate conjunto, de forma pública, transparente, sem preconceitos ou ideias compartimentadas, uma vez que se trata de um serviço composto de muitas nuances, que envolve desde as condições de vida, a forma que se deu a institucionalização, o acolhimento destas crianças no serviço, os profissionais que as atenderão e se relacionarão com elas, quais vínculos serão formados e em que medida, entre diversas outras questões. A intersetorialidade e a transversalidade são essência desse trabalho.

A partir de todo o exposto, o objetivo geral do presente estudo é apresentar a realidade dos acolhimentos institucionais com seus problemas e desafios. O objetivo específico é demonstrar como instrumentos como a audiência pública podem democratizar o enfrentamento dos problemas, inserindo toda a comunidade nas discussões e sanar muitas destas questões.

A hipótese que se levanta e que se espera confirmada ao final é que para trabalho tão intersetorial e sensível a participação da sociedade é fundamental e que as audiências públicas são um importante instrumento para isto.

A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica e documental, bem como a análise de audiência pública realizada pelo Ministério Público do Estado do Ceará sobre o tema. A participação de representantes de diversos setores, com debates sobre a situação das unidades de acolhimento situados na cidade de Fortaleza, no Estado do Ceará demonstra o quanto a ciência e o conhecimento nas mais diversas áreas podem se integrar na busca do melhor tratamento da questão que envolve o acolhimento de crianças e adolescentes.

2 ACOLHIMENTOS INSTITUCIONAIS

A proteção de crianças e adolescente está associada, historicamente, em um primeiro momento, a caridade de entidade do Terceiro Setor, atualmente apresentadas como

Organizações da Sociedade Civil (OSC)⁵, principalmente ligadas a alguma prática religiosa. Posteriormente, com a institucionalização pelo Estado brasileiro das políticas públicas de assistência social e a promulgação do Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) pela Lei nº 8.069/1990, o acolhimento institucional passou a ser prioridade nas políticas públicas de forma transversal aos entes da federação.

Contemporaneamente a Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceram a mudança de paradigma quando passaram a adotar a Doutrina da Proteção Integral da criança e do adolescente. A política pública com este objetivo passou a repelir a Doutrina da Situação Irregular, marcada pelo risco que crianças e adolescentes poderiam causar para a sociedade, bem como do caráter filantrópico e assistencial que queriam imprimir. Portanto, as crianças e adolescentes passaram a ser efetivos titulares de direitos e deixaram de ser tratados como objetos (AMIM, 2022, p. 20).

Com a Doutrina da Situação Irregular os indivíduos menores de 18 anos eram considerados objetos de intervenção estatal quando se apresentavam em uma situação fora do padrão estabelecido. Nesse sentido, as crianças e adolescentes tornavam-se interesse do direito especial quando praticavam atos infracionais, sendo marcado pela atuação dos chamados juízes menoristas. A superação desse pensamento ocorreu com a evolução da Doutrina da Proteção Integral que apresenta crianças e adolescentes como sujeitos de direitos natos, especialmente com as garantias de seu desenvolvimento de forma adequado (LEITE, 2006, p. 100).

A construção dessa nova doutrina surge balizada pela Declaração dos Direitos da Criança, de 1959, e especialmente pela Constituição Federal de 1988 que estabeleceu em seu art. 227 ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente seus direitos básicos, caracterizando uma responsabilidade conjunta entre esses atores, consubstanciada também no art. 86 do ECA que dispõe sobre a rede de proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes.

Nesse sentido, importa realizar uma análise sobre os acolhimentos institucionais para crianças e adolescentes, tendo em vista a transversalidade e intersetorialidade, existência desses equipamentos e a importância do diálogo entre os mais diversos atores da rede socioassistencial.

⁵ Os Órfãos da Romênia são um grupo de crianças que foram institucionalizadas como parte de uma política estatal, criada pelo presidente Nicolae Ceausescu na segunda metade do século 20, com o objetivo de aumentar a população no país. O aumento populacional trouxe consigo questões quanto a saúde das crianças e a vulnerabilidade das famílias que tiveram um aumento no número de integrantes. Desta forma, foi estabelecido que o Estado possuiria melhores condições para criar as crianças, assim, procedeu-se a institucionalização das mesmas. A falta de afeto e cuidados específicos evidenciaram o surgimento de diversos distúrbios psicológicos nas crianças, além do retardo no seu desenvolvimento, que são estudados até os dias atuais. Mais informações podem ser observadas em: DaCosta, J.C. Neurodesenvolvimento e os primeiros anos de vida: genética vs. ambiente. *Revista Latinoamericana de Educación Infantil*, v. 7, p. 52-60, 2018.

2.1 O papel da rede de proteção na excepcionalidade e temporalidade dos acolhimentos

O art. 98 do ECA aponta que as medidas de proteção são aplicáveis sempre que os direitos das crianças ou adolescentes forem ameaçados ou violados em decorrência de ação ou omissão da sociedade, do Estado, dos pais ou responsáveis ou por sua própria conduta (BRASIL, 1990, art. 98). Além disso, o art. 101, VII, do mesmo diploma legal, estabelece que caso seja verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras medidas, o Acolhimento Institucional. (BRASIL, 1990, art. 101, VII).

Portanto, entende-se que o acolhimento institucional serve para abrigar crianças e adolescentes que estejam tendo algum direito violado, não podendo ser confundido com os centros socioeducativos que recebem adolescentes infratores. Trata-se de uma alternativa, para sanar ou minorar o modo de viver daqueles que fizeram estas crianças serem acolhidas. Pessoas que compõem o perverso modo de organização da sociedade, consoante traz Furini (2011, p. 119), mas que se prefere entender como uma sociedade adoecida. Diversos motivos podem levar a comportamentos contra as crianças, como a ausência de oportunidades de alguns indivíduos que as abandonam ou violam. Estas pessoas podem não ter tido acesso adequado a educação (de modo geral), ao trabalho e as relações sociais saudáveis e foram brutalizadas ou não tiveram forças para lutar contra a situação.

Dentre os diversos princípios que orientam a aplicação da medida protetiva de acolhimento, os princípios da excepcionalidade e da temporalidade possuem a importância de garantir a efetividade da medida. Por isso, o art. 34, § 1, do ECA, estabelece que a inclusão da criança ou adolescente em programas de acolhimento terá caráter temporário e excepcional.

Nesse mesmo sentido, visando garantir a excepcionalidade do afastamento do convívio familiar, o art. 130 do mesmo diploma legal dispõe que, nos casos de violência praticada por familiar ou responsável com o qual a criança ou o adolescente resida, poderá ser determinado o afastamento do agressor da moradia comum ao infante. Ainda, o art. 23, a situação de pobreza da família não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder.

Contudo, nos casos em que a criança deve ser protegida e a medida extrema deve ser aplicada, na ausência de alternativa melhor, isto é, quando todas as demais ou não são possíveis ou se mostram ineficientes para o fim de proteção. Mesmo que se saiba o quanto o cuidado materno não pode ser substituído, podendo até gerar efeitos na saúde mental (BOWLBY, 2020, p. 11), mas quando nem isto se tem de forma adequada, deve-

-se buscar alternativas, o acolhimento é a última delas, mas mesmo este pode vir eivado de mais violações, como intervenções abusivas e não razoáveis (SIQUEIRA NETO; ARAÚJO; ARRUDA S NETO, 2022, p. 172).

Diante disto e conforme pontuado no tópico anterior, a incorporação da assistência social pelo poder público afetou diversos setores incluindo a infância e juventude com a promulgação do ECA e a criação da política de acolhimento institucional. No entanto, a simples previsão dos acolhimentos no ECA é insuficiente diante da realidade que se apresenta no Brasil. Por isso, profundas e longas discussões entre representantes de diversos setores do poder público e sociedade civil foram consubstanciadas no manual de Orientações Técnicas para o Serviço de Acolhimento, isto no ano de 2009. As normas passaram a orientar o serviço prestados nas unidades que recebem os infantes.

Nesse sentido, aponta-se que o acolhimento institucional por melhor que seja prestado, não deixa de ser também uma forma de violência, uma vez que afasta a criança não só da vulnerabilidade e sofrimento que estava exposta, mas lhe impõe o desconhecido, de ambiente, outras crianças e profissionais, por isso deve ser excepcional e temporário. Tal situação ficou evidenciada com estudos realizados por pesquisadores da Universidade de Harvard com os chamados órfãos da Romênia, em que restou comprovada que a institucionalização prolongada se apresenta como fator determinante para o aumento de distúrbios psicológicos e redução de capacidades linguísticas, entre outros efeitos sobre o desenvolvimento de crianças e adolescentes, especialmente na primeira infância (DACOSTA, 2018, p. 55-56).

No Brasil, a ideia instituída por meio das Orientações Técnicas é que as unidades de acolhimentos devem ser locais acolhedores e de proteção, estabelecendo rotinas e regras para os jovens e que possibilitem o retorno familiar como prioridade. Na impossibilidade de retorno familiar, mesmo que para família extensa, a equipe técnica da unidade de acolhimento deve realizar relatório indicando a necessidade de destituição do poder familiar para que a criança seja cadastrada no Sistema Nacional de Adoção (SNA) e esteja apta a ser inserida em família substitua (BRASIL, 1990, art. 19).

Desta feita, a garantia da excepcionalidade diz respeito a forma extraordinário que uma criança deve ser afastada do seio familiar e incluída em medida protetiva de acolhimento, tendo em vista que a institucionalização se torna também uma violência em face do infante. Além disso, a temporalidade da medida visa que os efeitos da institucionalização sejam os menos gravosos possíveis, garantindo que a criança ou adolescente retorne a família de origem ou seja incluída em família substituta, possibilitando o convívio familiar e comunitário e o desenvolvimento psíquico do infante.

2.2 As modalidades de acolhimento institucional

Importa destacar as modalidades de acolhimento previstas nas Orientações Técnicas para o serviço de acolhimento, são elas: o Abrigo Institucional (Acolhimento Institucional), a Casa-Lar e o Acolhimento Familiar⁶.

O Abrigo institucional é a modalidade de serviço mais recorrente no país. O serviço atende crianças e adolescentes entre 0 e 18 anos, com capacidade para oferecer o acolhimento provisório para até 20 crianças e adolescentes afastados do convívio familiar por meio de medida protetiva, garantindo a estrutura e mobiliário para a quantidade de acolhidos na unidade. O Acolhimento Institucional deve possuir aspecto semelhante ao de uma residência e estar inserido na comunidade. Além disso, deve ser garantido aos acolhidos um atendimento personalizado e favorecer o convívio familiar e comunitário com a utilização dos equipamentos e serviços disponíveis na região (BRASIL, 2009, p. 67-72).

Nesse mesmo sentido, a casa lar possui as mesmas especificações do Acolhimento Institucional, diferenciando-se pela quantidade de acolhidos que é reduzida para até 10 acolhidos e por possuir um educador residente na unidade. O referido serviço deve organizar uma rotina e ambiente familiar, proporcionar vínculo estável entre o educador/cuidador residente e as crianças e adolescentes atendidos, buscando favorecer também o convívio familiar e comunitário e a utilização de equipamentos da própria localidade (BRASIL, 2009, p. 73-80).

Por fim, a última modalidade prevista é o Acolhimento Familiar também chamado de Serviço de Família Acolhedora (SFA). As famílias acolhedoras são formadas por voluntário que realizam o seu cadastrado e após análise do perfil são capacitadas e acompanhadas por uma equipe técnica para que possam acolher crianças ou adolescentes em medida de protetiva de acolhimento. Nessa modalidade de acolhimento é realizado um termo de guarda provisória para a família que irá receber o infante, emitido pela auto-

⁶ Cabe esclarecer que o Primeiro Setor diz respeito à esfera governamental e o Segundo Setor diz respeito à esfera privada. Por sua vez, o Terceiro Setor diz respeito a organização civil, legalmente constituída ou não, organizada pelos próprios cidadãos, sem fins lucrativos, com o objetivo de atuar em um problema social. O Terceiro Setor no Brasil apresentou-se de diversas formas, especialmente com as alterações legislativas ao longo dos anos, tendo a sua primeira evidência ligada a criação da Santa Casa de Misericórdia, de cunho totalmente assistencialista. Fundações, associações de moradores e entidades beneficentes são exemplos de organizações do Terceiro Setor. Além disso, ao longo dos anos, essas organizações assumiram muitas funções assistenciais (antes do Estado brasileiro assumir a Assistência Social como uma política estatal). Tais organizações, em grande parte, foram geridas por entidades religiosas. Cabe destacar que as Organizações Não Governamentais (ONGs) foram o modelo mais representativo do Terceiro Setor no Brasil, entretanto com a promulgação da Lei n.º 13.019/2014, que estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, a nomenclatura atualmente utilizada é Organização da Sociedade Civil (OSC), que passaram a firmar parcerias com o poder público para execução de atividades de cunho social com recursos públicos em cumprimento a um plano de trabalho, na qual as partes assumem responsabilidades conjuntas. Para mais informações sobre a evolução do Terceiro Setor no Brasil: OLIVEIRA, E. A.; GODÓI-DE-SOUSA, E. O Terceiro Setor no Brasil: Avanços, Retrocessos e Desafios para as Organizações Sociais. *Revista Interdisciplinar de Gestão Social*, v. 4, p. 181-199, 2015.

ridade judiciária (BRASIL, 2009, p. 74-93). Ademais, o ECA estabelece que a inclusão da criança ou adolescente em programas de acolhimento familiar terá preferência em relação ao acolhimento institucional (BRASIL, 1990, art. 34).

Todas essas modalidades de acolhimento devem ocorrer de forma excepcionalidade e temporariedade, servindo como forma de transição para reintegração familiar ou, não sendo esta possível, para colocação em família substituta (BRASIL, 1990, art. 101).

Por esse motivo, o ECA estabelece que toda criança ou adolescente que estiver inserido nesses serviços terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 3 (três) meses, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou pela colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei. (BRASIL, 1990, art. 19, §1). Além disso, o referido estatuto legal estabelece que a permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 18 (dezoito meses), salvo comprovada necessidade (BRASIL, 1990, art. 19, §2).

Entretanto, conforme dispõe as Orientações técnicas, para que o princípio da excepcionalidade do afastamento do convívio familiar de fato seja aplicado, é necessário que seja realizado um trabalho de inclusão social das famílias, por meio do acesso às políticas públicas e integração às ações comunitárias, assegurando o acesso aos serviços públicos e garantindo que em um menor tempo possível a criança possa retornar para o seio familiar, ou seja, a excepcionalidade também está afeta a provisoriedade do acolhimento e ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários (BRASIL, 2009, p. 23-25).

2.3 Trabalho Intersetorial e Transversal nos Acolhimentos como mecanismos do SUAS

Após apresentada algumas das peculiaridades que envolvem os acolhimentos no Brasil, faz-se necessário a discussão sobre os agentes que promovem a medida e fiscalizam o serviço garantindo o direito das crianças e adolescentes acolhidos, criando uma rede de proteção, especialmente dentro do Sistema Único de Assistência Social (SUAS).

Ademais, a Norma Operacional Básica (NOB-SUAS) estabelece como um dos objetivos do Sistema Único de Assistência Social (SUAS) consolidação da gestão compartilhada, o cofinanciamento e a cooperação técnica entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que, de modo articulado, operam a proteção social não contributiva e garantem os direitos dos usuários (BRASIL, 2012, art. 2).

Desta forma, cabe a esfera federal a regulamentação e a coordenação da Política

de Assistência Social, avaliar a implementação do SUAS e contribuir financeiramente para a manutenção dos serviços. Nessa esteira, cabe ao Estado a coordenação e implementação da Política Estadual de Assistência Social, em conformidade com a política federal, devendo fornecer apoio aos municípios de forma técnica e também financeira para a implementação da política no âmbito local. Nesse sentido, a responsabilidade dos municípios se traduz na operacionalização da política de assistência social em parceria com as demais instâncias (LOPES; RIZZOTTI, 2013, p. 69).

Portanto, essa lógica federativa estabelecida na gestão do SUAS também se aplica aos serviços de acolhimento para crianças e acolhimentos. Disto decorre a transversalidade, entre os três entes federais e as diversas áreas de conhecimento (Direito, Psicologia, Pedagogia, Assistência Social, saúde, educação entre outras), além da intersetorialidade, tendo em vista os diversos atores da rede de proteção que atuam desde o acolhimento inicial até o desligamento gradativo. Além disso, resta estabelecida a importância da participação da sociedade civil na construção dessa política.

Desta maneira, cumpre destacar que a composição das equipes técnicas das unidades de acolhimento deve ser formada por um coordenador com formação superior, além de assistente social e psicólogo (BRASIL, 2009, p. 138). Além disso, recomenda-se que as unidades de acolhimento possuam pedagogos, principalmente para o atendimento de adolescentes. A equipe técnica do acolhimento é responsável por elaborar relatórios de forma integrada que subsidiem decisão por parte dos agentes da rede de proteção sobre a manutenção dos acolhimentos, a reintegração familiar (que também pode ser para família extensa) ou a destituição do poder familiar com a inclusão no Sistema Nacional de Adoção.

Em regra, os acolhimentos se iniciam a partir de uma abordagem do Conselho Tutelar e o pedido da medida protetiva por meio do Ministério Público, restando ao Poder Judiciário a emissão da guia de acolhimento do infante. Esses três agentes também competem fiscalizar as unidades de acolhimento (BRASIL, 1990, art. 95). Ademais, a Defensoria Pública também possui importante papel no auxílio e orientações às famílias das crianças acolhidas proporcionando o acesso as políticas já estabelecidas. Esta função da Defensoria Pública é essencial, pois na grande maioria das vezes faz a diferença entre a criança continuar acolhida ou o seu retorno para família de origem, que será acompanhada pelas políticas públicas. A criança assim volta para a família, local dos afetos primeiros.

Nesse sentido, os referidos órgãos fazem encaminhamentos para o centro de referência da assistência social (CRAS), centro de referência especializado da assistência social (CREAS), sistema único de saúde (SUS), rede de educação, dentre outros, demonstrando a necessidade de discussões intersetoriais e transversais. Desta forma, o

ECA estabelece um modelo de participação ativa, conforme destaca Amin (2022, p.23).

Todo esse processo, desde a verificação de violação de algum direito do infante, passando pelo acolhimento e pelo ajuizamento de Ação de Medida Protetiva de Acolhimento ou Ação de Destituição do Poder Familiar, envolve diversos atores que englobam a chamada rede de proteção dos direitos das crianças e adolescentes.

Deste modo, o art. 86 do ECA estabelece que a política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente será realizada através de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios (BRASIL, 1990, art. 19). A sociedade participa diretamente na política, inserida pelo Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente (LEOPOLDO; ALVES, 2014, p. 99).

Por fim, cabe destacar a articulação que se dá com a participação ativa da sociedade ocorre por meio dos Conselhos Municipais de Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA), órgão paritário entre governo e sociedade para discussão da política infantojuvenil (DIGIÁCOMO e DIGIÁCOMO, 2020, p. 165). O art. 88, II, do ECA, estabeleceu a criação dos CMDCA como uma das diretrizes da política de atendimento às crianças e adolescentes, tendo em vista o papel fundamental na orientação da política municipal nessa seara.

Nesse sentido, os Conselhos Municipais se apresentam como locais importantes de discussão sobre os diversos aspectos da política infantojuvenil, sendo fundamentais para fiscalizar as entidades que ofertam os serviços de acolhimento. Assim, os CMDCA se apresentam como espaços de discussão, recebendo demanda de todos os atores da rede e orientando a política em âmbito municipal.

Desta forma, após apresentada a discussão sobre o trabalho intersetorial e transversal nos acolhimentos como mecanismos do SUAS, torna-se necessário apresentar a Audiência Pública como um mecanismo fundamental para que essas discussões sejam compartilhadas com os demais atores da rede de proteção dos direitos das crianças e adolescentes e com toda a sociedade.

3 AUDIÊNCIA PÚBLICA COMO INSTRUMENTO PARA ENSEJAR ENCAMINHAMENTOS EM REDE

Apresentado o cenário, resta mostrar a importância e necessidade da construção de soluções que levem em consideração a participação dos diversos atores do sistema de garantias dos direitos das crianças e adolescentes, além inclusive das discussões no âmbito dos Conselhos de Direitos das Crianças e dos Adolescentes.

É essencial a participação social na construção de uma resposta de fato contundente

com real aplicabilidade, o que pode ser obtido por meio das audiências públicas, mais precisamente as audiências realizadas pelo Ministério Público.

3.1 Pressupostos de uma Audiência Pública no Ministério Público

A Audiência Pública é um dos mecanismos de democracia participativa, estando prevista em diversas legislações específicas, representando um avanço democrático no cenário brasileiro, levando a efetivas discussões sobre problemáticas de interesse social (CABRAL, 2007, pag. 41). Nesse sentido, o Ministério Público possui um importante papel na realização de Audiências Públicas, tendo em vista a sua importante função constitucional de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (BRASIL, 1988).

No âmbito de atuação do Órgão Ministerial, a Resolução nº 82/2012 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) regulamenta a realização de Audiências Públicas em âmbito nacional. Por sua vez, o Provimento nº 113/2012 do Ministério Público do Estado do Ceará (MPCE) foi expedido para padronizar o referido instrumento no âmbito local.

O provimento estadual dispõe que a audiência pública constitui importante instrumento de participação dos diversos setores da sociedade em torno de determinado assunto, o que permite que toda a comunidade que possua possa expressar anseios e opiniões sobre temas a serem discutidos (MPCE, 2012, p. 2). A norma ainda destaca que os atos devem ocorrer em formato de reuniões organizadas, com temática definida, aberta a qualquer cidadão com interesse na área, para discussão sobre fato que cause ou possa levar a lesão de algum direito difuso ou coletivo (MPCE, 2012, art. 1º).

Desta forma, compete destacar que o objeto da audiência pública deve ter relação com algum interesse difuso ou coletivo, tendo em vista ser um instrumento para construção de encaminhamentos que necessitem de atuação plural, divergindo de decisões com repercussão apenas particular. O que se observa em consonância com as atuais discussões do processo estrutural, conforme estudos sobre o tema (FISS, 2021; VITORELLI, 2019, 2020; SANTOS, 2021). Além disso, uma das marcas do referido ato é a publicidade, deve haver a publicação prévia de edital, que informe sobre a data de sua realização e o procedimento que seguirá.

Em que pese o referido ato também possuir como objetivo a construção de consensos, o dissenso também possui grande relevância, uma vez que os atos públicos se inserem no cânone interpretativo do princípio do contraditório, primando pela possibilidade de que a sua fala possa influenciar a construção dos encaminhamentos do ato, inclusive mostrando um caminho até então não pensado, mas que pode se mostrar melhor (CABRAL, 2007, pag. 41).

Nesse sentido, diante da necessidade de se ouvir diversos aspectos sobre determinado fato com repercussões difusas ou coletivas, demonstra-se necessário que a composição de audiência englobe os diversos atores que podem levar contribuições que de fato possam influenciar na construção de encaminhamentos viáveis, o Ministério Público assim consegue implementar as suas atribuições com a efetiva participação da sociedade, co-responsável neste processo (OLIVEIRA, COSTA e PEREIRA, 2015, p. 70). Desta forma, importante analisar a prática da Audiência Pública, em especial, a audiência sobre acolhimento de crianças e adolescentes, objeto do presente trabalho.

3.2 Análise da Audiência Pública sobre acolhimento realizada pelo Ministério Público do Estado do Ceará

Para melhor ilustrar o exposto, analisar-se-á a audiência pública realizada no dia 04 de agosto de 2023, que tinha como objetivo tratar da situação dos acolhimentos de crianças e adolescentes situados em Fortaleza e colher solicitações e encaminhamentos para melhorar o serviço. Na referida audiência se tratou dos acolhimentos municipais, estaduais e das famílias acolhedoras, serviços da comarca de Fortaleza. Os acolhimentos tratados são geridos diretamente por organizações da sociedade civil – OSC, diretamente ou em co-gestão com o poder público.

A audiência foi promovida pela 77ª Promotoria de Justiça de Fortaleza em consonância com o Provimento nº 113/2012 do Ministério Público do Estado do Ceará (MPCE) e a Resolução nº 82/2012 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), os quais já foram analisados no tópico anterior.

De início, importa destacar que foi exposto sobre a atribuição da 77ª Promotoria de Justiça de Fortaleza na fiscalização das entidades públicas e privadas de atendimento responsáveis por programas de proteção à Infância e à Adolescência, podendo atuar a partir da responsabilização por irregularidade, conforme previsão do ECA, e de forma extrajudicial preventivamente, evitar lesões aos direitos coletivos e difusos de crianças e adolescentes (MPCE, 2019, art. 10).

A Audiência Pública realizada sobre o tema contou com ampla participação da sociedade e dos agentes da rede de proteção da infância e juventude, além dos próprios colaboradores das unidades de acolhimento. Dentre os integrantes pode ser destacada a presença de Vereadores, Deputado Estadual, Magistrada, Secretário Municipal e Estadual, Defensora Pública, Advogados representando a Ordem dos Advogados do Brasil - Seção Ceará (OAB-CE), Conselheiros Tutelares e Promotores de Justiça. Além dos representantes da rede que atuam com acolhimentos, também estiveram presentes interessados na temática independente de ligação com a área e representantes de entidades de diversas cidades do interior do estado (MPCE, 2023a).

Dentre as inúmeras falas, cabe destacar a realização de uma prévia análise sobre os avanços e pontos a serem melhorados desde o ano de 2014, marcado pela criação das promotorias de tutela coletiva da infância e juventude em Fortaleza. Os avanços foram mais significativos diante da especialização de diversos órgãos com a criação do Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude (CAOPIJ), do Núcleo de Atendimento da Defensoria Pública da Infância e da Juventude (Nadij) e a especialização da 3ª Vara da Infância e Juventude de Fortaleza, responsável pela determinação e reavaliação das medidas protetivas de acolhimento (MPCE, 2023b, p. 10).

Além da especialização dos diversos atores da rede, torna-se necessário destacar a atuação da 77ª Promotoria de Justiça de Fortaleza que atua desde 2014 regularizando as entidades que prestam o serviço de acolhimento, inclusive com diversas ações judiciais para encerrar atividades de acolhimentos irregulares, reestruturação de unidades e representações administrativas contra coordenadores e entidades que executam o serviço sem a observância das Orientações Técnicas para Serviço de Acolhimento Institucional (MPCE, 2023b, p. 39).

Diante de tal atuação, a Audiência também contou com momento para apresentação do atual cenário dos acolhimentos situados em Fortaleza (Municipais, Estaduais e geridos por OSC's), destacando os avanços com relação a documentação e trabalho das equipes técnicas, além das dificuldades enfrentadas, principalmente em relação a estrutura e atividades com os acolhidos (didáticas e lúdicas) nos Acolhimentos Municipais, a falta de equipes técnicas e retornos familiares nos Acolhimentos geridos por OSC's e a necessidade de mobília e individualização nos Acolhimentos Estaduais situados em Fortaleza (MPCE, 2023b, p. 29/38).

Nesse sentido, após a identificação das dificuldades, a Audiência Pública contou com falas dos diversos representantes e do público em geral, pontuou-se os principais desafios a serem enfrentados pelos acolhimentos e os rumos que precisam ser seguidos para a melhoria da medida protetiva. Cabe destacar as diversas contribuições no sentido que a medida precisa voltar a ser excepcional e temporário, mas que no período que a criança ou adolescente estiver presente na unidade deve ser oferecido o melhor serviço possível. (MPCE, 2023a).

Além disso, foi destacado a problemática envolvendo os acolhimentos emergenciais que tem se tornado regra em Fortaleza, com prejuízos enormes para as próprias crianças e adolescentes e suas famílias. Também, sobre a necessidade de se discutir a questão dos egressos do sistema socioeducativo e que precisam ser acolhidos e dos ameaçados de morte (MPCE, 2023a).

A Audiência Pública teve como um dos objetivos a coleta de informações dos demais componentes para ensejar encaminhamentos pela própria Promotoria de Justiça,

mas também como forma de dar a conhecer à sociedade sobre o serviço e demonstrar a responsabilidade de todos, consoante o próprio mandamento constitucional.

Desta forma, não obstante a atribuição para fiscalizar as unidades de acolhimento, e acionamento do Poder Executivo e executores do serviço, há necessidade de aumentar e qualificar as discussões em relação aos acolhimentos indevidos nos acolhimentos municipais, por exemplo, especialmente considerando a substituição dos mesmos em processos de escolhas periódicos.

Ademais, as discussões sobre a reestruturação do Programa de Proteção a Crianças e Adolescentes Ameaçados de Morte (PPCAAM) já se iniciaram nos setores competentes. Some-se o importante planejamento e realização de discussões sobre o Orçamento da Criança e do Adolescente no Município de Fortaleza que podem ser realizadas conjuntamente com o Poder Legislativo.

Deste modo, durante a Audiência Pública constatou-se a necessidade de articulação e de construção de outros momentos para debater assuntos de forma mais específicos. Assim, conseguiu-se demonstrar um panorama da situação dos acolhimentos situados em Fortaleza e a retomada de discussão entre os diversos atores da rede.

4 A AUDIÊNCIA PÚBLICA COMO CONTROLE SOCIAL DOS ACOLHIMENTOS INSTITUCIONAIS

Conforme tratado nos capítulos anteriores, a audiência pública é um instrumento fundamental na construção de uma política com participação efetiva da sociedade e para a construção de diálogos entre os atores da rede. Desta forma, possibilita o controle social referente ao serviço de acolhimento para crianças e adolescentes, os quais estão sob responsabilidade conjunta do Estado e da sociedade, conforme dispõe o art. 227 da Constituição Federal.

Desta feita, mister se faz analisar o controle social referente a política de atendimento de crianças e adolescentes, especialmente no que se refere aos Conselhos dos Direitos das Crianças e Adolescentes e a participação social efetiva por meio da Audiência Pública.

4.1 Efetivação da participação social por meio da Audiência Pública

A participação social para garantir a efetivação dos direitos dos infantes vai além da participação de organizações da sociedade civil nos conselhos dos direitos das crianças e dos adolescentes, porque naqueles há necessidade de eleição ou acompanhar as suas datas de reuniões.

A democracia vista como princípio, pode ser dividida em dois subprincípios: o da participação e o da informação. Assim, a efetiva participação somente pode se dar de forma efetiva e séria a partir da informação. Nesse sentido, a audiência realizada pelo Ministério Público no dia 04 de agosto de 2023, com o tema “Situação dos Acolhimentos de Crianças e Adolescentes Situados em Fortaleza”, possui um importante papel na concretização do princípio democrático, com informações para que a população possa cobrar dos seus representantes nos Conselhos ou de agentes políticos, eleitos ou não, a efetivação da política de atendimento de forma adequada, bem como que possa se assehorar das possibilidades de atuação social.

Por isso, na referida audiência foi realizado, em um primeiro momento, o balizamento dos integrantes do ato e, a partir da apresentação de informações básicas sobre o serviço e a realidade estabelecida, oportunizou-se a efetiva participação de todos os que compareceram (MPCE, 2023a). Assim, o princípio democrático foi alcançado na sua extensão, com a garantia da informação e com a participação de todos os presentes, com abertura de falas, permeadas de críticas, sugestões e propostas.

Com tudo isto, a audiência pública teve um importante papel na construção de um espaço de participação dos integrantes da rede de proteção, que puderam expor as ações realizadas para a população e que puderam reatar os laços que, muitas vezes, foram fragilizados pela pandemia da COVID-19, por exemplo. Um importante espaço para fortalecer a rede de proteção e estabelecer relações que avancem na plena efetivação dos direitos das crianças e adolescentes.

5 CONCLUSÕES

Na busca pela efetivação dos direitos das crianças e adolescentes é crucial a participação de representantes de diversos setores, tendo em vista que o ECA estabelece uma intersetorialidade na prestação e fiscalização dos acolhimentos de crianças e adolescentes. Para tanto, a atuação e participação pressupõem o conhecimento sobre o sistema e a rede de proteção para que posteriormente seja possível o aprofundamento sobre o tema.

Nesse sentido, como analisado, os Conselhos de Direitos das Crianças e Adolescentes é um espaço em que a sociedade participa paritariamente com o Poder Público e discute e decide sobre a política pública para o público infantojuvenil. Os Conselhos, portanto, são importantes espaços que marcam a participação de paridade entre poder público e sociedade civil, principalmente com a efetivação do controle social no âmbito municipal.

É fundamental a participação da sociedade também por meio dos Conselhos de Direitos das Crianças e Adolescentes em todas as discussões possíveis. A audiência pú-

blica horizontaliza ainda mais esta participação da comunidade uma vez que possui mínimos requisitos e pressupostos, como se ater ao tema sempre que possível. Pode haver oportunidades em que, excepcionalmente, outras questões de outras áreas devem ser previamente resolvidas. Por isso, é um importante mecanismo para garantia da participação social, uma vez que, como afirmado, presta informação para a população e garante espaço de fala para todos, com a efetivação do princípio democrático.

Ademais, a integração dos atores da rede e a possibilidade de identificação das competências e da intersetorialidade da política fazem com que atos públicos, como as audiências tratadas, possuam o condão de fortalecer relações fragilizadas por diversas questões como a pandemia de COVID-19, por exemplo. Nesse sentido, a intersetorialidade e a transversalidade, orientações basilares dos serviços de acolhimento, dentro da unidade de acolhimento e nos demais serviços do Sistema Único de Assistência Social (SUAS) denotam a necessidade de articulação conjunta por toda a sociedade.

Desta feita, a Audiência pública possibilita delimitar os desafios e dificuldades identificados na prestação do serviço de acolhimento para crianças e adolescentes, mas além disso, possui o condão de identificar os rumos a serem seguidos e vincular os diversos atores da rede.

Demonstrou-se a importância da Audiência Pública para o fortalecimento da atuação em rede e para a efetivação dos direitos infanto-juvenis, com a participação da sociedade na tomada de decisões.

SOCIETY AND INSTITUTIONAL SHELTERING: NETWORK DISCUSSIONS FROM THE PUBLIC HEARING

ABSTRACT

The violation of the rights of children and adolescents deserves immediate action by placing them in an extended family or under the guardianship of the State in Institutional Sheltering. The overall objective is to demonstrate the reality of institutional care with its problems and challenges. The specific objective is to demonstrate how instruments such as the public hearing can democratize the confrontation of problems, including the entire community in the discussions and remedy many of these questions. The hypothesis is that with the effective and not only formal participation of society, the problems are exposed, faced and solved with the action of all. For this, bibliographical and documentary consultation was carried out, in addition to the analysis of the public hearing held by the Public Ministry of Ceará. It is observed the importance of social participation and the protection network in the construction of an effective policy,

considering the intersectoriality and transversality of the theme. It concludes by the importance of the Public Hearing in the strengthening of the network performance and realization of the infants' rights.

Keywords: institutional sheltering; children and adolescents; network of protection; public hearing; society.

REFERÊNCIAS

AMIN, A. R. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. *In*: MACIEL, K. R. F. L. A. (coord). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 14ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. p. 20-24.

BOWLBY, John. **Cuidados maternos e saúde mental**. Trad. Vera Lúcia Baptista de Souza e Irene Rizzini. São Paulo: Martins Fontes, 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 01 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 31 ago. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.242, de 12 de outubro de 1991**. Cria o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda) e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18242.htm. Acesso em: 02 set. 2023.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Secretaria Nacional de Assistência Social. **Orientações Técnicas**: serviços de acolhimento para crianças e adolescentes. Brasília: MDS, 2009.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Secretaria Nacional de Assistência Social. **NOB-RH/SUAS**: anotada e comentada. Brasília: MDS, 2011.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Secretaria Nacional de Assistência Social. **Norma Operacional Básica**: NOB-SUAS. Brasília: MDS, 2012.

CABRAL, Antonio. Os efeitos processuais da audiência pública. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, v. 6, p. 41-67, 2007.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. **Unidades de acolhimento e famílias acolhedoras**. Diagnóstico Nacional da Primeira Infância. Brasília: CNJ, 2022.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO - CNMP. **Resolução nº 82, de 29 de fevereiro de 2012**. Dispõe sobre as audiências públicas no âmbito do Mi-

Ministério Público da União e dos Estados. Disponível: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-0822.pdf>. Acesso em: 02 set. 2023.

DIGIÁCOMO, I. A.; DIGIÁCOMO, M. J. **Estatuto da criança e do adolescente**: anotado e interpretado. 8ª ed. Curitiba: Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2020. Acesso em: 20 jun. 2023.

FISS, Owen. To Make The Constitution a Living Truth Four Lectures on The Structural Injunction. In: **Processos Estruturais**. 3ª Ed. Orgs. ARENHART, Sérgio; JOBIM, Mrcio Félix. Salvador: Juspodivm, 2021. P. 31-55.

FURINI, Luciano Antonio. **Redes Sociais de proteção integral à criança e ao adolescente: falácia ou eficácia?** São Paulo: Unesp, 2011.

LEOPOLDO, Denise Leal Fontes Albano; ALVES, Robson Cosme de Jesus. **Atores, papéis e atribuições na Rede de Proteção Integral e no Sistema de Garantia de Direitos da criança e do(a) adolescente no Brasil**. Disponível em: https://cesad.ufs.br/ORBI/public/uploadCatalogo/09312806112014Direitos_Infanto-Juvenis_no_Ambiente_Escolar_Aula_5.pdf. Acesso em: 01 set. 2023.

LOPES, M. H. C. L; RIZZOTTI, M. L. **Gestão Compartilhada no Sistema Único de Assistência Social - SUAS**. In: COLIN, D. R. A. *et al.* (org). Coletânea de Artigos Comemorativos dos 20 Anos da Lei Orgânica de Assistência Social. 1ª ed. Brasília: MDS, 2013. p. 66-87.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ - MPCE. **Provimento nº 113/2012**. Dispõe sobre a realização de Audiências Públicas no âmbito do Ministério Público do Estado do Ceará. Disponível: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2012/Provimento113-2012.pdf>. Acesso em: 02 set. 2023.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ - MPCE. **Resolução nº 59, de 23 de outubro de 2019**. Disciplina as atribuições das Promotorias de Justiça da Infância e Juventude da Comarca de Fortaleza. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2019/11/059-Atribuicoes-Promotorias-da-Infancia-e-Juventude.pdf>. Acesso em: 01 set. 2023.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ - MPCE. **Gravação da Audiência Pública do dia 04/08/2023**: situação dos acolhimentos de crianças e adolescentes situados em Fortaleza. MPCE: Fortaleza, 2023a. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/10IV6fovDY8ApkS3h1an3m8kecNAeS_Jx/view?usp=sharing. Acesso em: 01 set. 2023.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ - MPCE. **Situação dos Acolhimentos de Crianças e Adolescentes Situados em Fortaleza**. MPCE: Fortaleza, 2023b. Disponível em: https://mpce365-my.sharepoint.com/:b/g/person/marcos_franca_mpce_mp_br/EUePDtG6efJhPxtCKv1dJEB_TGpU8pB_

z3FRwVfUZ5KMw?e=QYZtaN. Acesso em: 01 set. 2023.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ - MPPR. **Orientações sobre o Controle Social**. MPPR: Curitiba, 2021. Disponível em: https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/Image/manuais/Cartilhas/cartilha_Orientacoes_sobre_o_Controlo_Social_02.pdf. Acesso em: 01 set. 2023.

OLIVEIRA, Tatiane Lacerda; COSTA, Liana Fortunato; PEREIRA, Sandra Eni Fernandes Nunes. A perspectiva do Ministério Público sobre o Processo de Reintegração Familiar. *In: Infância e adolescência abandonadas: acolhimento institucional no Distrito Federal*. Orgs.: PENSO, Maria Aparecida; COSTA, Liana Fortunato. Jundiaí: Paco Editorial, 2015. P. 67-80.

SANTOS, Camila Perez Yeda Moreira dos. **Processo Estrutural: controle jurisdicional de políticas públicas**. Coleção APMP. São Paulo: Almedina, 2021.

SIQUEIRA NETO, Lelio Ferraz de; ARAÚJO, Fernando Henrique de Moraes; ARRUDA S. NETO. **Acolhimentos de Crianças e Adolescentes, entre a violação e a garantia de direitos**. Leme/SP: Editora Imperium, 2022.

VITORELLI, Edilson. **O Devido Processo Legal Coletivo: Dos Direitos aos Litígios Coletivos**. 2ª. Ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil - Revista dos Tribunais, 2019.

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO
NA DISCUSSÃO SOBRE O MOMENTO DA
OITIVA DE ADOLESCENTE INFRATOR EM
JUÍZO E O ATUAL ENTENDIMENTO DOS
TRIBUNAIS SUPERIORES

*THE PERFORMANCE OF THE PUBLIC PROSECUTION
OFFICE IN THE DISCUSSION ON THE MOMENT
OF AN ADOLESCENT OFFENDER'S HEARING
IN COURT AND THE CURRENT UNDERSTANDING
OF THE HIGHER COURTS*

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DISCUSSÃO SOBRE O MOMENTO DA OITIVA DE ADOLESCENTE INFRATOR EM JUÍZO E O ATUAL ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES¹

*THE PERFORMANCE OF THE PUBLIC PROSECUTION OFFICE
IN THE DISCUSSION ON THE MOMENT OF AN ADOLESCENT
OFFENDER'S HEARING IN COURT AND THE CURRENT
UNDERSTANDING OF THE HIGHER COURTS*

*Anna Karina Omena Vasconcellos Trennepohl²
Eduardo Dias de Souza Ferreira³*

RESUMO

Este artigo propõe-se a tratar sobre a discussão em torno do momento em que adolescentes que cometem atos infracionais devem ser ouvidos em juízo: se na audiência de apresentação ou ao final da oitiva das testemunhas, esse último tal como ocorre no processo penal brasileiro. Para tanto, é necessário enveredar-se primeiramente sobre a análise da natureza jurídica da medida socioeducativa. Em seguida, trata-se sobre o direito da escuta dos adolescentes e de alguns dos princípios norteadores da infância e adolescência: da proteção integral, do interesse superior da criança e do adolescente, do princípio da prioridade absoluta e do princípio do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Para demonstrar a atualidade do tema, fez-se a análise dos entendimentos jurisprudenciais anteriores e atuais dos Tribunais Superiores e dos motivos ensejadores da visão adotada pelo Supremo Tribunal Federal – STF, no julgamento do habeas corpus (HC) n. 127.900. Além disso, discorreu-se sobre o projeto de lei, que

1 Data de Recebimento: 07/09/2023. Data de Aceite: 14/11/2023.

2 Promotora de Justiça no Ministério Público da Bahia (MP/BA), colaboradora da Corregedoria Nacional do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), ex-coordenadora do Centro de Apoio da Infância e Adolescência do (MP/BA), pós-graduada em Direito, pós-graduada em Infância e Juventude pela Fundação Escola Superior do Ministério Público — FMP — e mestranda em Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0402523193864050>. ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-8646-3062>. E-mail: annatrennepohl@gmail.com

3 Procurador de Justiça Cível do Ministério Público de São Paulo (MP/SP). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Especialista em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professor de Direitos Humanos (Graduação, Mestrado e Doutorado) com ênfase em Infância e Juventude da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Integrante do Corpo Docente dos Cursos de Especialização da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo (MP/SP). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8497057300721560>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0716-3131>. E-mail: edsferreira@puccsp.br

se encontra em trâmite na Câmara dos Deputados, que cogita revogar a oitiva/apresentação do Ministério Público em apuração de atos infracionais e alterar o interrogatório de adolescentes no processo de apuração de atos infracionais. Por fim, conclui-se qual deve ser a corrente predominante com o intuito de que possam os integrantes do sistema de Justiça, em especial, o membro do Ministério Público, resguardar os direitos dos adolescentes sujeitos ao procedimento para aplicação de medida socioeducativa. Para o desenvolvimento deste artigo, a metodologia adotada foi uma abordagem bibliográfica, associada a uma pesquisa da jurisprudência atual sobre a matéria.

Palavras-chave: adolescente; ato infracional; oitiva em juízo; jurisprudência; proteção.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Consoante o art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente — ECA, entende-se como adolescente o indivíduo com idade entre 12 e 18 anos incompletos (Brasil, 1990). A adolescência caracteriza-se como uma fase instável e de muitos questionamentos, pois o adolescente encontra-se em um momento de ruptura entre a infância e o período que antecede sua vida adulta.

Por se tratar de um período de metamorfose, há inúmeras descobertas e conflitos, motivo pelo qual é uma época em que o adolescente precisa de maior atenção, já que está mais exposto a riscos, medos e instabilidades.

Em razão disso, deve o adolescente ter tratamento diferenciado em relação às crianças, por ter mais autonomia que essas, e em relação aos adultos, por ainda não ser considerado como tal, carecendo ainda de proteção.

Desse modo, há previsão de um procedimento específico quando um adolescente comete um ato infracional análogo a um crime, na seção V, do Capítulo III, do ECA (Brasil, 1990).

Contudo, há a discussão jurisprudencial e doutrinária, acerca do momento adequado em que o adolescente que comete ato infracional deve ser ouvido em juízo, se na forma como disposto no art. 184, caput, do Estatuto, ou ao final da instrução da representação, como previsto na forma do capítulo III, do Código de Processo Penal (Brasil, 1941).

Dessa forma, pretende-se com este artigo expor sobre as justificativas apresentadas para a realização da oitiva do adolescente em juízo, no início ou ao final da instrução do procedimento de aplicação de medidas socioeducativas, para, ao final, concluir-se qual seria a mais benéfica para os adolescentes e que deve nortear a atuação do membro do Ministério Público e quais medidas devem ser adotadas pelo membro ministerial.

Para tanto, fez-se necessário discorrer sobre a natureza jurídica da medida socioeducativa aplicada ao adolescente que comete ato infracional, o direito do adolescente ser ouvido em juízo, bem como analisar o entendimento jurisprudencial vigente, para se perquirir qual seria a posição que está em consonância os princípios norteadores do direito da infância e adolescência.

Ante a atualidade do tema, fez-se menção ao projeto de lei que deseja modificar o que atualmente se encontra previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente sobre o momento da oitiva em juízo.

Este artigo faz uma análise do assunto proposto, tomando por base fontes primárias e secundárias, bem como de análise de jurisprudência sobre o assunto. A seleção das fontes bibliográficas foi realizada de acordo com critérios de relevância e atualidade, tendo em vista que a divergência sobre o momento da oitiva é recente.

Ademais, foi analisada a jurisprudência mais recente relacionada à assunto, demonstrando-se as posições do Superior Tribunal de Justiça – STJ e Supremo Tribunal Federal – STF, e os motivos que ensejaram o convencimento no julgado paradigmático do habeas corpus (HC) n. 127.900, que, a princípio, não teriam relação com o direito socioeducativo. Cabe ressaltar que a presente pesquisa segue as orientações metodológicas da pesquisa bibliográfica e da análise de jurisprudência, conforme descrito pelos autores Marconi e Lakatos (2022) e Lamy (2020, p. 264 -266).

2 A NATUREZA JURÍDICA DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA

Conforme o art. 1º do Código de Processo Penal, considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa e contravenção, a infração penal a que a lei impõe, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente (Brasil, 1941).

No Brasil, pessoas menores de 18 são inimputáveis, e, conseqüentemente, não cometem crime ou contravenção, e, sim, atos infracionais, conforme disposto no art. 228 da Constituição Federal (Brasil, 1988) e no artigo 103 do ECA (Brasil, 1990).

Ressalte-se, por oportuno, que para os atos infracionais praticados por crianças não há a aplicação de medidas socioeducativas e sim das medidas de proteção previstas no art. 101 do ECA (Brasil, 1990).

Ocorre que, uma questão importante, que atinge toda a discussão sobre o momento em que deve ocorrer a oitiva do adolescente em juízo, é a natureza jurídica da medida socioeducativa.

Um ponto que deve ser destacado é o rol elencado no art. 90 do ECA (Brasil, 1990),

que trata dos locais destinados aos adolescentes para o cumprimento de liberdade assistida, semiliberdade e internação, as quais são as entidades de atendimento onde aquelas medidas socioeducativas são aplicáveis aos adolescentes.

O segundo ponto são os objetivos a serem alcançados com as medidas socioeducativas: proteção, educação, reeducação, reintegração sociofamiliar, fortalecimento de vínculos familiares, pois, ainda assim, há quem entenda as medidas socioeducativas como uma espécie de responsabilidade penal especial (Saraiva, 1999, 38–41).

Para reforçar esse entendimento é importante trazer o item 23 da Exposição de Motivos n. 211, de 9 de maio de 1983, da nova parte geral do Código Penal (Brasil, 1983):

23. Manteve o Projeto a inimputabilidade penal ao menor de dezoito anos. Trata-se de opção apoiada em critérios de Política Criminal. Os que preconizam a redução do limite, sob a justificativa da criminalidade crescente, que a cada dia recruta maior número de menores, não consideram a circunstância de que o menor, ser ainda incompleto, é naturalmente antissocial na medida em que não é socializado ou instruído. **O reajustamento do processo de formação do caráter deve ser cometido à educação, não à pena criminal.** De resto, com a legislação de menores recentemente editada, dispõe o Estado dos instrumentos necessários ao afastamento do jovem delinquente, menor de dezoito anos, do convívio social, sem sua necessária submissão ao tratamento do delinquente adulto, expondo-o à contaminação carcerária. (grifo nosso).

Nesse sentido, de que se trata de uma tutela socioeducativa, caracterizada pela instrumentalidade, rigor formal, precariedade e fungibilidade, Garrido de Paula (2002, p. 111-119) leciona que:

A medida socioeducativa serve como instrumento de defesa social, ao mesmo tempo, em que se consubstancia meio de intervenção no desenvolvimento do jovem, de sorte a tentar reverter o potencial infracional demonstrado com a realização de conduta descrita como crime ou contravenção. A adequação da medida é definida não pelo caso concreto, não guardando relação direta com o ato praticado, devendo ser utilizado o procedimento previsto no ECA.

Note-se que, ao contrário de uma pena imposta a um maior de idade, a medida socioeducativa é precária, tendo em vista a sua provisoriedade, já que, cumprida sua fina-

lidade, pode ser revogada. Outrossim, pode ser substituída por outra medida socioeducativa, que lhe seja mais adequada.

Dessa forma, a medida socioeducativa teria finalidade prioritariamente pedagógica, e somente é aplicável ao adolescente que tenha praticado ato infracional.

Todavia, por ser a conduta prevista no ordenamento jurídico pátrio como análoga a um crime ou contravenção penal, e a esse ser aplicado o instituto da prescrição, pela mesma razão deveria sê-lo aplicado às medidas socioeducativas (Ferreira, 2010, 140–143). Isso se encontra em consonância com a Súmula 338 STJ (Brasil, 2007a) que dispõe que: “As medidas socioeducativas, indubitavelmente protetivas, são também de natureza retributiva e repressiva, como na boa doutrina, não havendo razão para excluí-las do campo da prescrição, até porque, **em sede de reeducação, a imersão do fato infracional no tempo reduz a um nada a tardia resposta estatal.**” grifo nosso.

3 O DIREITO DE ESCUTA DO ADOLESCENTE

É relevante destacar que crianças e adolescentes nem sempre foram submetidos a um tratamento diferenciado quando do cometimento de atos análogos a crime ou contravenção.

No período compreendido entre o nascimento dos códigos penais liberais, do século XIX até as primeiras legislações do século XX, adultos e menores de 18 eram colocados nos mesmos locais, para cumprimento de penas, e eram submetidos a mesma legislação penal, ocorrendo apenas a atenuação da pena (Shecaira, 2008, p. 28). Nessa fase histórica, a responsabilização penal surge após os sete anos, diferentemente do que ocorre hoje, no Brasil, em que se pune como um adulto apenas após os 18 anos.

Com o advento do Código Criminal do Império (Brasil, 1830) não se julgavam criminosos os menores de 14 anos, segundo previsão em seu art. 10, e na dosimetria da pena para os menores de 21 anos havia a atenuante da menoridade.

O Código Penal Republicano (Brasil, 1890) previa, no art. 27, que não eram criminosos os menores de 9 anos completos e os maiores de 9 anos e menores de 14 anos, que agissem sem discernimento. Todavia, entre 9 e 14 anos, os que agissem com conhecimento do que faziam poderiam ficar recolhidos em estabelecimento disciplinar industrial pelo período determinado pelo juízo até completarem 17 anos.

A partir de 1920, foi revogado parcialmente o código penal em vigor e determinada a criação do Serviço de Assistência e Proteção à Infância Abandonada e Delinvente, quando se estabeleceu a criação de abrigos e casa de preservação para atender tal público e regulamentadas as sanções e procedimentos destinados a infratores através da Lei 4.242/21 (Brasil, 1921).

Em decorrência disso, surgiu o Código de Menores, conhecido como Código Mello Matos, em 12 de outubro de 1927 (Brasil, 1927). Nesse, consideravam-se inimputáveis os maiores de 14 anos, na condição de “menor sob risco de delinquir”. Além disso, os adolescentes, entre 16 e 18 anos, quando cometessem faltas graves ou demonstrassem periculosidade, poderiam ser submetidos ao encarceramento, por tempo indeterminado, no mesmo estabelecimento destinado a adultos, até os 21 anos (Spasato, 2006, p. 37–38).

O último Código de Menores, antes da Constituição Federal de 1988 (CF/88), foi instituído pela Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979 (Brasil, 1979), quando foram criadas instituições próprias para os adolescentes infratores, entre 14 e 18 anos, para não mais encarcerá-los junto a adultos. Entretanto, além dos adolescentes que cometiam atos infracionais, também eram recolhidos nesses estabelecimentos crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade.

Insta destacar que até esse período a preocupação do Estado era mais institucionalizar o menor de idade, tido por delinquente, do que garantir a esses seus direitos.

Verifica-se que, o caráter meramente punitivo ou filantrópico, presente nas etapas anteriores, é substituído pela criação de políticas públicas específicas voltadas para a proteção e defesa de direitos e pelo reconhecimento de que essas são pessoas em desenvolvimento (Bastos, 2015, p. 20).

Essa preocupação surgiu apenas com o advento do texto constitucional de 1988, que deu início a uma fase garantista do direito de crianças e adolescentes, dentre esses os que cometiam atos infracionais. A ruptura dos modelos anteriores, que se iniciou com os dispositivos constitucionais e concretizou-se com o advento do ECA, propunha-se a garantir a obediência à brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar da pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa de liberdade (Moraes, 2013, p. 2006).

Conforme se encontra atualmente previsto no ECA, em seu art. 184, oferecida a representação, a autoridade judiciária designará audiência de apresentação do adolescente, decidindo, desde logo, sobre a decretação ou manutenção da internação (Brasil, 1990).

É importante ressaltar que é nessa audiência de apresentação que o órgão julgador terá seu primeiro contato com o adolescente e o ouvirá pela primeira vez sobre os motivos do cometimento do ato infracional.

Segundo dispõe o art. 186 do Estatuto:

Art. 186. Comparecendo o adolescente, seus pais ou responsável, a autoridade judiciária procederá à oitiva dos mesmos, podendo soli-

citar opinião de profissional qualificado.

§ 1º Se a autoridade judiciária entender adequada a remissão, ouvirá o representante do Ministério Público, proferindo decisão.

§ 2º Sendo o fato grave, passível de aplicação de medida de internação ou colocação em regime de semiliberdade, a autoridade judiciária, verificando que o adolescente não possui advogado constituído, nomeará defensor, designando, desde logo, audiência em continuação, podendo determinar a realização de diligências e estudo do caso.

A escuta inicial do adolescente pelo juízo é de extrema relevância, tendo em vista que é a oportunidade de o julgador entender as razões do adolescente pelas quais cometeu o ato infracional, bem como os seus genitores ou responsáveis, e, dessa forma, de início, vislumbrar qual medida socioeducativa pode lhe ser aplicada ou, desde já, aplicar-lhe a remissão.

A partir do momento que se entende o cunho protetivo da medida socioeducativa, privar o adolescente do direito de ser ouvido e expor suas vulnerabilidades e necessidades, pode resultar em sua submissão a um processo, com instrução, para, somente ao final, ser-lhe aplicada uma remissão, quando isso poderia ter ocorrido desde o início, como disposto no §1º, do art. 186 do ECA (Brasil, 1990).

Tal entendimento é facilmente vislumbrado por aqueles que atuam cotidianamente nas Varas da Infância e Juventude, podendo não ser tão facilmente reconhecido quando se enxerga a medida socioeducativa como uma pena, ou, de maneira equivocada, almeja-se estender ao adolescente o mesmo procedimento aplicado a um réu em uma ação penal, quando esse é ouvido ao final da instrução.

Todavia, deve ser utilizado no procedimento de aplicação de medida socioeducativa o que seria mais benéfico para o adolescente, quando surgem duas perspectivas: a) ser ouvido, expor suas razões e vulnerabilidades, e ser passível de aplicação de medidas de proteção, uma remissão ou uma medida socioeducativa mais benéfica, ou b) apenas ser ouvido no final da instrução e, enquanto isso, ser passível de submissão a uma internação provisória ou a uma instrução processual?

As Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude, ou Regras de Beijing, foram adotadas pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), em sua Resolução n. 40/33, de 29 de novembro de 1985, e, a despeito de não terem sido incorporadas ao direito interno brasileiro, influenciaram a CF/88, o ECA e a Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE). Os itens 5.10. E 17.1, “d”, das Regras de Beijing destacam que o sistema

de justiça da infância e da juventude enfatiza o bem-estar do jovem e garantirá que qualquer decisão em relação aos jovens infratores será sempre proporcional às circunstâncias do infrator e da infração, corroborando a ideia de que a exposição dos fatos pelo adolescente é primordial (ONU, 1985).

Pela leitura do art. 35⁴, da Lei nº 12.594/2012, que institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE (Brasil, 2012), deve-se atentar para o superior interesse do adolescente, sua oitiva e participação nos atos e decisões que lhe dizem respeito, a intervenção precoce, mínima, proporcional, atual e individualizada para sua responsabilização, além, é claro, da legalidade da intervenção estatal.

Isto posto, é preciso analisar qual é o entendimento mais plausível, após o estudo das decisões dos Tribunais Superiores mais recentes, para que se norteie qual conduta seria cabível ao Ministério Público.

4 O ATUAL ENTENDIMENTO DO STF E STJ SOBRE O MOMENTO DA OITIVA DO ADOLESCENTE INFRATOR

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) possui entendimentos diversos, em suas Turmas, sobre o momento da oitiva de adolescentes que cometem atos infracionais. De acordo com julgados datados do início do segundo semestre de 2023.

No Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.997.357/RS, da Sexta Turma, publicado em 21/08/2023, cujo relator foi o Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), cita-se que, recentemente, no julgamento do AgRg no HC n. 772.228/SC, de relatoria da Ministra Laurita Vaz, a Sexta Turma do STJ adequou o seu entendimento à jurisprudência atual da Suprema Corte, no sentido de que a oitiva do representado deve ser o último ato da instrução no procedimento de apuração de ato infracional, já que o adolescente não pode receber tratamento mais gravoso daquele que foi conferido ao adulto em situação semelhante, consoante dispõe o art. 35, I, da Lei n. 12.594/2012 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo) (Brasil 2023b).

4 “Art. 35. A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios:

I - legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto;

II - excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos;

III - prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas;

IV - proporcionalidade em relação à ofensa cometida;

V - brevidade da medida em resposta ao ato cometido, em especial o respeito ao que dispõe o art. 122 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente);

VI - individualização, considerando-se a idade, capacidades e circunstâncias pessoais do adolescente;

VII - mínima intervenção, restrita ao necessário para a realização dos objetivos da medida;

VIII - não discriminação do adolescente, notadamente em razão de etnia, gênero, nacionalidade, classe social, orientação religiosa, política ou sexual, ou associação ou pertencimento a qualquer minoria ou status;

IX - fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo” (Brasil, 2012).

Em sentido contrário, no julgamento do Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 778.998/SC, também da Sexta Turma, de mesma relatoria do Ministro Jesuíno Rissato, publicado em 30/08/2023, defende-se que a jurisprudência do STJ entende que “o art. 184 do ECA dispõe que, oferecida a representação, a autoridade judiciária deve designar audiência especialmente para a apresentação do adolescente, tratando-se de norma especial em relação à prevista no art. 400 do Código Penal, não havendo nulidade quanto à oitiva do adolescente antes do depoimento das testemunhas” e que, com isso não haveria constrangimento ilegal (Brasil, 2023c).

Vê-se que há, na mesma relatoria, entendimentos distintos corroborados pelas outras turmas, por exemplo, quando, na 5ª Turma, no julgamento do Agravo Regimental no HC n. 767.095/SC, cujo relator foi o Ministro Messod Azulay Neto, decidiu-se pela ausência de nulidade na oitiva do adolescente como primeiro ato no procedimento de aplicação de medida socioeducativa ou na ausência de sua repetição, ao final da instrução processual, vez que a lei especial prevalece sobre a norma processual geral (Brasil, 2023d).

No entanto, dois julgamentos requerem um exame mais acurado.

O primeiro é o julgamento do AgRg no HC n. 772.228/SC, de relatoria da Ministra Laurita Vaz, continuamente citado, nos julgamentos posteriores que seguem o mesmo entendimento deste, em que se afirma:

[...] O Supremo Tribunal Federal, em recentes decisões monocráticas, tem aplicado a orientação firmada no HC n. 127.900/AM ao procedimento de apuração de ato infracional, sob o fundamento de que o art. 400 do Código de Processo Penal possibilita ao representado exercer de modo mais eficaz a sua defesa e, por essa razão, em uma aplicação sistemática do direito, tal dispositivo legal deve suplantear o estatuído no art. 184 da Lei n. 8.069/1990 (Brasil, 2023f).

Ocorre que, como se verá adiante, este entendimento não é mais o prevalente no STF.

O segundo é o do HC n. 769.197/RJ, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 14/6/2023, DJe de 21/6/2023, novamente afirma-se que no julgamento do AgRg no HC n. 772.228/SC, relatora Ministra Laurita Vaz, 6ª Turma, DJe de 9/3/2023, houve alteração da jurisprudência e reconheceu-se a aplicação do entendimento firmado no HC n. 127.900/AM à seara menorista, sob o fundamento de que o menor de 18 anos deve ser ouvido após a instrução probatória, pois não pode receber tratamento mais gravoso do que aquele conferido ao adulto (Brasil, 2023e).

Além disso, nesse último julgamento, propõe-se o aperfeiçoamento da recente jurisprudência desta Corte, para fixação das seguintes orientações:

[...]

a) em consonância com o art. 184 do ECA, oferecida a representação, a autoridade judiciária designará audiência de apresentação do adolescente, e decidirá, desde logo, sobre a decretação ou manutenção da internação provisória e sobre a remissão, que pode ser concedida a qualquer tempo antes da sentença;

b) é vedada a atividade probatória na audiência de apresentação, e eventual colheita de confissão nessa oportunidade não poderá, de per se, lastrear a procedência da representação;

c) diante da lacuna na Lei n. 8.069/1990, aplica-se de forma supletiva o art. 400 do CPP ao procedimento especial de apuração do ato infracional, garantido ao adolescente o interrogatório ao final da instrução, perante o Juiz competente, depois de ter ciência do acervo probatório produzido em seu desfavor;

d) o novo entendimento é aplicável aos processos com instrução encerrada após 3/3/2016, conforme julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 127.900/AM, Rel. Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno e

e) regra geral, para acolhimento da tese de nulidade, faz-se necessário que a defesa a aponte em momento processual oportuno, quando o prejuízo à parte é identificável por mero raciocínio jurídico, por inobservância do direito à autodefesa. (Brasil, 2023e) grifo nosso.

Note-se que no último julgamento, acima referido, houve até modulação dos efeitos, tomando-se por base decisão do Supremo Tribunal Federal, datada de 2016, no habeas corpus (HC) n. 127.900, que a seguir será mais bem detalhada, e tem-se a oitiva do adolescente na audiência de apresentação como inapta para a colheita de informações que interfiram na instrução, já que, consoante o HC n. 769.197 o adolescente deve ser “interrogado” ao final.

O Supremo Tribunal Federal (STF) também já apreciou a matéria de formas distintas.

Em 5 de abril de 2022, o Min. Ricardo Lewandowski, atualmente aposentado, julgou, monocraticamente, o HC n. 212.693/PR (Brasil, 2022a) e concedeu ordem para que adolescente acusado de prática de ato infracional fosse interrogado ao final da ins-

trução, o que ensejou a realização de dois interrogatórios. Um, com base na lei específica; e o segundo, com fundamento na lei processual geral.

Frise-se que, o julgamento que serviu de base nesse entendimento foi o disposto no HC n. 127.900, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, que tratava do momento em que deveria ocorrer o interrogatório na Justiça Castrense, ou seja, que em nada tinha correlação com a socioeducação (Brasil, 2016)⁵.

Assim, como pode ser constatado, utilizou-se como parâmetro para inserir o “interrogatório” do adolescente ao final da instrução, permeando-se outros julgamentos do STF e de alguns julgados do STJ, com base em situação ocorrida na Justiça Militar, que julga os maiores de idade acusados da prática de crimes militares.

Sem embargo, recentemente, depreende-se dos seguintes julgamentos do STF um posicionamento em sentido diverso aos daqueles expostos nos julgamentos do STF nos HC n. 212.693/PR e no HC n. 127.900:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ATO INFRA-CIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE ESTUPRO. NULIDADE. OITIVA DO PACIENTE NO INÍCIO DA INSTRUÇÃO. POSSIBILIDADE. EXPRESSA PREVISÃO LEGAL. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO DESPROVIDO.

[...]

II — As normas gerais previstas no CPP são adotadas tão somente na ausência de disposição expressa do ECA e desde que compatíveis com a sistemática por ele estabelecida e com os princípios que norteiam o Direito da Criança e do Adolescente. III — **Nos termos do art. 184 do Estatuto da Criança e do Adolescente, não há nulidade na oitiva do adolescente como primeiro ato no procedimento de apuração de ato infracional ou na ausência de repetição da oitiva ao final da instrução processual, pois aquela**

⁵ “Habeas corpus. Penal e processual penal militar. Posse de substância entorpecente em local sujeito à administração militar (CPM, art. 290). Crime praticado por militares em situação de atividade em lugar sujeito à administração militar. Competência da Justiça Castrense configurada (CF, art. 124 c/c CPM, art. 9º, I, b). Pacientes que não integram mais as fileiras das Forças Armadas. Irrelevância para fins de fixação da competência. Interrogatório. Realização ao final da instrução (art. 400, CPP). Obrigatoriedade. Aplicação às ações penais em trâmite na Justiça Militar dessa alteração introduzida pela Lei nº 11.719/08, em detrimento do art. 302 do Decreto-Lei nº 1.002/69. Precedentes. Adequação do sistema acusatório democrático aos preceitos constitucionais da Carta de República de 1988. Máxima efetividade dos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV). Incidência da norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aos processos penais militares cuja instrução não se tenha encerrado, o que não é o caso. Ordem denegada. Fixada orientação quanto a incidência da norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial, incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado” (Brasil, 2016).

norma especial prevalece sobre a regra prevista. (RHC 229041 ED, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Julgamento: 20/08/2023, publicação: 22/08/2023) (grifo nosso).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE — ECA. ORDEM DO INTERROGATÓRIO. PRIMEIRO ATO. ART. 184 DO ECA. LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O entendimento do acórdão recorrido não destoa da orientação jurisprudencial desta Corte, no sentido de que “o art. 184 do ECA reza que, oferecida a representação, a autoridade judiciária há de designar audiência especialmente para a apresentação do adolescente. Trata-se de norma especial, a par daquela geral insculpida no art. 400 do Código Penal. Assim, não há que se falar em nulidade no que tange à alegada oitiva dos adolescentes antes do depoimento das testemunhas” (HC 295.176/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 11/6/2015). Precedentes (RHC 225053, relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Julgamento: 24/02/2023, Publicação: 27/02/2023) (grifo nosso).

Atente-se que, no RHC 229041 ED, a relatoria é a mesma do HC n. 127.900, referente à Justiça Castrense e utilizado como parâmetro em diversos julgados do STJ, qual seja, do Ministro Dias Toffoli, mas esse entende, em julgado de agosto de 2023, de forma distinta em relação à oitiva de adolescentes.

Vê-se, portanto, que não há ainda um entendimento pacífico na jurisprudência dos Tribunais Superiores acerca do momento em que deve ser realizada a oitiva do adolescente que comete ato infracional.

Isso resulta em uma insegurança jurídica para o aplicador do direito que, em que pese não se tratar de decisão vinculante, resta a dúvida de qual o momento em que deve ocorrer a oitiva do adolescente. Dessarte, há o risco de que o juiz de primeiro grau, de início, deixe de ouvir o adolescente, com base em entendimentos jurisprudenciais.

Para o adolescente infrator, uma vez anulada a instrução para que esse seja ouvido ao final, ocorre mais uma vez sua exposição, quando poderia já ter encerrado o cumprimento de uma medida socioeducativa. Além disso, há também entendimentos jurisprudenciais defendendo a dupla oitiva do adolescente, a primeira com base no ECA, e a última, com base no CPP.

5 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA ATUAL E OS PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS DA INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA

Crianças e adolescentes têm um estatuto próprio por integrarem um grupo de pessoas destinatárias de políticas públicas especiais, como os idosos, indígenas, portadores de deficiência, mulheres etc., motivo pelo qual detêm princípios específicos que devem ser respeitados e que orientam as interpretações e aplicações da lei.

Entre os princípios que norteiam o ECA estão o princípio da proteção integral, o interesse superior da criança e do adolescente, o princípio da prioridade absoluta e o princípio do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, entre outros.

Agora é importante fazer a análise desses quatro princípios em particular, já que se relacionam ao processo para aplicação de medida socioeducativa a um adolescente.

De acordo com Amaral (2020, p. 99), o princípio da proteção integral está presente no direito socioeducativo, já que se um adolescente pratica um ato infracional, o sistema deve movimentar-se para protegê-lo, já que o cometimento de um ato análogo a crime por um indivíduo maior de 12 anos e menor de 18 anos, demonstra que o adolescente encontrava-se em situação de vulnerabilidade e necessita de inserções promocionais, assecuratórias, de efetivação e preventivas para não cometer novo ato infracional.

Os atos processuais devem ser praticados com prioridade absoluta quando se tratar de processos envolvendo adolescentes que cometeram ato infracional, tendo em vista o princípio da prioridade absoluta. Apesar disso, a partir do momento em que se opõe um recurso, visando anular uma decisão judicial, porque essa cumpriu o disposto em legislação especial para o trâmite processual, há ofensa a esse princípio e ao princípio processual da razoável duração do processo. Some-se a isso que o argumento trazido confronta não só o ECA como a CF/88, que determina que o adolescente seja submetido às normas da legislação especial.

A partir do momento em que o adolescente é ouvido na primeira oportunidade pelo juízo, esse pode analisar se àquele é cabível uma remissão, o que se adequa ao interesse superior do adolescente, com base em seu relato e a convergência desse princípio com o de pessoa em desenvolvimento.

Na adolescência, ocorre uma profunda reorganização do cérebro, moldada pelas experiências. Nos casos em que as circunstâncias externas são adequadas, esse processo resulta em maior diferenciação, integração e eficiência do funcionamento dos circuitos cerebrais, mas para um adolescente que vive em situação de exposição à pobreza, violência e falta de assistência da família e do Estado, seu desenvolvimento é comprometido.

A ausência de políticas públicas, ensino, pobreza, vulnerabilidades sociais e o acolhimento familiar influenciam sobremaneira sob um indivíduo que se encontra em desenvolvimento, já que, entre os 13 e 15 anos, segundo a neuropsicologia, acontecem mudanças no córtex pré-frontal, responsável pelas habilidades que permitem controlar e organizar conscientemente os processos de pensamento (Bee; Boyd, 2011, p. 111).

Dessa perspectiva, a oitiva do adolescente e seus responsáveis legais, na audiência de apresentação, norteia a atuação jurisdicção sob sua ótica protetiva.

Com base nos princípios acima descritos, pensar o procedimento de aplicação de uma medida socioeducativa para um adolescente nos mesmos moldes de um processo criminal de um maior de 18 anos, é dar menos proteção do que está previsto em lei.

Além do que, desconsiderar o texto legal, sem que esse esteja eivado de inconstitucionalidade, é um ato de ativismo judicial. Nos dizeres de Abboud (2022, p. 14): ativista é toda decisão judicial que se fundamente em convicções pessoais ou no senso de justiça do intérprete, à revelia da legalidade vigente, entendida aqui como a legitimidade do sistema jurídico, e não como mero positivismo estrito ou subsunção rasteira do fato ao texto.

Dessa forma, mostra-se adequada a atual postura do STF, em discordância com algumas decisões do STJ, em aplicar a lei especial aos procedimentos para a aplicação de medidas socioeducativas para adolescentes.

Caberia o desrespeito ao art. 183 do Estatuto se esse foi declarado como inconstitucional, já que leis contrárias à Constituição devem, de ofício, ser afastadas pelo juiz, mas, até o momento, não há essa declaração de inconstitucionalidade, até porque vê-se que está em consonância com os princípios que regem a infância e adolescência.

Conforme a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)⁶, somada ao Código de Processo Civil (CPC), art. 489, §1⁷, deve-se verificar a legalidade que impõe ao julgador a obrigação de submeter sua decisão a teste de universalização funcional. Ou seja, a solução alcançada em sua fundamentação deve responder duas

6 “Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” (Brasil, 1942).

7 “Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I — se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II — empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III — invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV — não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V — se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI — deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento” (Brasil, 2015).

perguntas: a) a solução por ele alcançada é incindível em casos análogos do ponto de vista normativo? b) ainda que ela seja reaplicável, a solução alcançada continua sendo constitucionalmente adequada em face das consequências administrativas e judiciais por ela criadas? (Abboud, 2022, p. 137).

Um entendimento que desconsidera a especificidade de um ato infracional cometido por um adolescente e o equipara a um adulto, que responde a um processo criminal, ao arrepio da legislação especial processual, não é constitucionalmente adequada porque atinge o dispositivo constitucional que impõe a todos o dever de proteger crianças e adolescentes, nisso incluindo o Judiciário (Brasil, 1988).

A Constituição Federal fixou como cláusula pétrea, através do art. 228, duas proteções especiais e importantes: uma, que nenhuma pessoa menor de 18 anos poderá ser responsabilizada pela prática de crime, e a segunda, que atribui aos adolescentes a responsabilização especial e específica (Abboud, 2023, p. 1079).

Resta, portanto, ao Sistema Judiciário, resguardar tal direito previsto constitucionalmente, e ao Ministério Público defendê-lo quando esse for ameaçado.

6 O PROJETO DE LEI 2446/2023 E O EFEITO *BACKLASH*

Encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei 2446/2023, desde maio de 2023 (Brasil, 2023), de autoria do Deputado Federal Glauber Braga, do PSOL/RJ, que almeja revogar a oitiva/apresentação do Ministério Público em apuração de atos infracionais e alterar o interrogatório de adolescentes no processo de apuração de atos infracionais.

Segundo o referido projeto, haverá a criação de uma espécie de audiência de custódia para o adolescente, nos seguintes termos:

Art. 184 - Apresentado o adolescente, o juiz deverá promover audiência preliminar no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas com a presença física do adolescente, acompanhado de seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o representante do Ministério Público, junto à vista do auto de apreensão, boletim de ocorrência ou relatório policial, devidamente autuados pelo cartório judicial e com informação sobre os antecedentes do adolescente, e sendo possível na presença de seus pais ou responsável, vítima e testemunhas, e nessa audiência o juiz deverá decidir, desde logo, sobre a decretação ou manutenção da internação, observado o disposto no art. 108 e parágrafo.

Atente-se que o intuito dessa audiência é somente analisar a decretação ou manutenção da internação do adolescente, sem ouvir o adolescente e seus genitores sobre os fatos e suas vulnerabilidades, equiparando-se, erroneamente, ao autor de um crime.

Ademais, segundo a proposição, o artigo 186, § 4º do ECA, vigoraria com a seguinte redação:

§ 4º Na audiência em continuação, ouvidas as testemunhas arroladas na representação e na defesa prévia, cumpridas as diligências e juntado o relatório da equipe interprofissional, será dada a palavra ao adolescente, e o juiz deverá informar do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas, em seguida o representante do Ministério Público e ao defensor terão direito à palavra, sucessivamente, pelo tempo de vinte minutos para cada um, prorrogável por mais dez, a critério da autoridade judiciária, que em seguida proferirá decisão (Brasil, 2023).

Ou seja, o adolescente seria ouvido sobre os fatos apenas ao final da instrução, o que, como acima tantas vezes mencionado, vai contra a oportunidade de aquele ser ouvido em juízo e de que seja avaliada a condição do adolescente e suas necessidades protetivas e socioeducativas, violando-se princípios previstos no ECA anteriormente relacionados.

Extrai-se da justificção apresentada ao projeto que: “O processo de apuração de ato infracional é o único que ainda utiliza o interrogatório como ato inicial da ‘persecução penal’, na audiência de apresentação”, desprezando-se que o procedimento para apuração de ato infracional não é uma persecução penal, vez que envolve adolescente e o equiparando a um maior de 18 anos (Brasil, 2023).

Ainda na referida justificção expõe-se que a legislação deve sofrer alteração justamente para que não se corra o risco do interrogatório ser usado como único meio de prova e que o acusado seja considerado objeto de prova e não sujeito do procedimento. Entretanto, desde 2007, a Súmula 342 do STJ (Brasil, 2007b) dispõe diversamente: “No procedimento para aplicação de medida socioeducativa, é nula a desistência de outras provas em face da confissão do adolescente.”

Vê-se, portanto, que se trata de um efeito *backlash* ao atual entendimento do STF sobre o momento da oitiva do autor de ato infracional.

O *backlash* é uma reação adversa não-desejada à atuação judicial, mais precisamente, é, literalmente, um contra-ataque político ao resultado de uma deliberação judicial. A cada caso polêmico enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal, tenta-se, na via política, aprovar medidas legislativas contrárias ao posicionamento judicial (Marmelstein, 2016, p. 11).

Ocorre que a alteração pretendida trará prejuízos aos adolescentes que praticaram atos infracionais, visto que serão ouvidos sobre os fatos apenas ao final da instrução, quando não há, atualmente, que ele seja ouvido na audiência de apresentação, e, se necessário, seja novamente ouvido em juízo.

7 ATUAÇÃO MINISTERIAL NA OFENSA AO RITO PREVISTO NO ECA PARA OITIVA DE ADOLESCENTE INFRATOR

Ao Ministério Público cabe, não apenas promover a acompanhar os procedimentos relativos às infrações atribuídas a adolescentes, consoante previsão no inciso II, do art. 201 do ECA, como também, incumbe ao órgão ministerial zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis, art. 201, inciso VII (Brasil, 1990), que nada mais é do que um desdobramento do art. 129, II, da Constituição Federal (Brasil, 1988).

Desse modo, deve o membro ministerial se insurgir quando o juízo de primeiro grau pretender realizar a oitiva do adolescente somente após a oitiva de testemunhas durante a instrução do procedimento para aplicação de medida socioeducativa. Nesse caso estar-se-á diante de uma decisão ativista, já que, em termos qualitativos, toda decisão judicial ativista é ilegal e inconstitucional (Abboud, 2022, p. 73).

Além disso, uma vez interposto recurso contra a oitiva prévia, tal como disposto no ECA, deve-se, também, contrarrazoar o referido recurso para prevalecer a aplicação da legislação especial, conforme o disposto no Texto Constitucional.

Desse modo, não pode o membro do Ministério Público quedar-se inerte e conformar-se com o tratamento dado a um adolescente, semelhante a quem cometeu um crime ou contravenção, dada a característica prevalente protetiva das medidas socioeducativas, como anteriormente exposto.

Assim, deve o promotor de justiça resguardar os direitos do adolescente que comete ato infracional, garantindo sua oitiva na audiência de apresentação, para poder o juízo analisar sua situação e, se for o caso, aplicar-lhe remissão. E, no caso de interposição de empecilhos que essa referida oitiva ocorra, é necessário que o órgão ministerial recorra da referida decisão. Caso a insurgência contra a oitiva preliminar parta da defesa do adolescente, cabe ao Ministério Público contrarrazoar tal recurso, tendo em vista que sua atual se encontra respaldada no texto constitucional e no ECA.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A CF/88 consagrou direitos de crianças e adolescentes que foram em seguida conso-

lidados através do ECA, para garantir o direito à proteção integral, dentre outros princípios norteadores da infância e adolescência.

Há previsão expressa no texto constitucional de que indivíduos entre 12 e 18 anos que cometem atos infracionais devem ser submetidos às normas previstas em legislação especial e essa encontra-se disposta no Estatuto quando trata do procedimento para aplicação de medidas protetivas para adolescentes que cometem ato infracional.

A especificidade do procedimento dá-se principalmente por se tratar de pessoa em desenvolvimento e deve ter tratamento diferenciado, ainda mais quando sua inserção, na prática de atos infracionais, pode ser resultado da falta de direitos que não lhe são assegurados pela família, o Estado ou a sociedade, apesar de previsão Constitucional nesse sentido, no art. 227 (Brasil, 1988).

Diante dessa análise, não há que se aplicar o mesmo procedimento previsto no art. 400 do Código de Processo Penal, na instrução que envolve um adolescente porque esse não cometeu um crime e contravenção penal e não pode ser igualado a um adulto.

Apesar das divergências acerca da natureza jurídica da medida socioeducativa, têm-se por certo que essa não tem o caráter penal e sim tem um cunho protetivo para que medidas sejam adotadas para que o adolescente não venha cometer outros atos infracionais e receba o atendimento necessário para que sua vulnerabilidade cesse.

A especialidade das disposições processuais do ECA, em detrimento de outras legislações, está prevista na CF/88 e em decisões do Supremo Tribunal Federal, como anteriormente descrito.

Ante o exposto, cabe ao Ministério Público não acolher decisões judiciais de primeiro grau ou de tribunais superiores que julguem em desacordo com o Texto Constitucional e o ECA, com o fito de que as garantias e direitos de adolescentes que incorreram em atos infracionais permaneçam resguardados.

THE PERFORMANCE OF THE PUBLIC PROSECUTION OFFICE IN THE DISCUSSION ON THE MOMENT OF AN ADOLESCENT OFFENDER'S HEARING IN COURT AND THE CURRENT UNDERSTANDING OF THE HIGHER COURTS

ABSTRACT

The purpose of this article is to discuss when adolescents who commit offenses should be heard in court: whether at the hearing or the end of the hearing of witnesses, the latter as it happens in Brazilian criminal proceedings. To this end, it is necessary first to analyze the legal nature of the socio-educational measure. This is followed by a dis-

cussion of adolescents' right to be heard and some of the guiding principles of childhood and adolescence: full protection, the best interests of children and adolescents, the principle of absolute priority, and the principle of respect for the peculiar condition of developing persons. In order to demonstrate the topicality of the issue, an analysis was made of the previous and current jurisprudential understandings of the Higher Courts and the reasons behind the view adopted by the Federal Supreme Court (STF), in the judgment of habeas corpus (HC) n. 127.900. In addition, it discusses the bill currently before the Chamber of Deputies, which is considering revoking the hearing/presentation of the Public Prosecutor's Office in the investigation of offenses and changing the questioning of adolescents in the process of investigating offenses. Finally, we conclude that the prevailing view should be that members of the justice system, especially members of the Public Prosecutor's Office, should be able to protect the rights of adolescents subject to the procedure for investigating offenses.

Keywords: adolescent; infractional act; hearing in court; jurisprudence; protection.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Ativismo Judicial:** os perigos de transformar o STF em ficcional. São Paulo: Thomson Reuters: Vozes, 2022.

ABBOUD, Georges. **Constituição Federal Comentada.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

AMARAL, Cláudio do Prado. **Curso de direito da infância e da adolescência.** São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2020.

BASTOS, Angélica Barroso. **Direitos humanos das crianças e adolescentes:** as contribuições do estatuto da criança e do adolescente para a efetivação dos direitos humanos infanto-juvenis. Curitiba: Juruá, 2015.

BEE, Helen; Boyd, Denise. **A criança em desenvolvimento.** Tradução Cristina Monteiro. 12. ed. Porto Alegre: Artmed, 2011.

BRASIL. **Lei n. 16 de dezembro de 1830.** Código Criminal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em: 13 set. de 2023.

BRASIL. **Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890.** Código Penal Republicano. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm. Acesso em: 13 set. de 2023.

BRASIL. **Lei n. 4.242, de 05 de janeiro de 1921.** Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1920-1929/lei-4242-5-janeiro-1921-568762-anexo-pl.pdf>.

Acesso em: 13 set. de 2023.

BRASIL. **Decreto n. 17.943-A, de 12 de outubro de 1927.** Código de Menores (Código Mello Mattos). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm. Acesso em: 13 set. de 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 07 set. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm. Acesso em: 07 set. 2023.

BRASIL. **Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979 — Código de Menores.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6697.htm. Acesso em: 13 set. 2023.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Exposição de motivos n. 211, de 9 de maio de 1983. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>. Acesso em: 21 de setembro de 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 ago. 2023.

BRASIL. Lei n. 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:** seção 1, Brasília, DF, p. 13563, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 13 set. 2023.

BRASIL. **Lei n. 12.594, de 18 de janeiro de 2012.** Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), regulamenta a execução das Medidas Socioeducativas destinadas a adolescente que pratique Ato Infracional; e altera as Leis nº. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 5.537, de 21 de novembro de 1968, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, os Decretos-Leis n. 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Brasília, DF: Presidência da República, [2012]. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm. Acesso em: 13 set. 2023.

BRASIL. **Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.

Acesso em: 07 set. 2023.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei 2446/2023**. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2270425&filename=PL%202446/2023. Acesso em: 21 set. de 2023.

BRASIL. **STF**. HABEAS CORPUS 127.900. número único: 0001972-91.2015.1.000000. Data de publicação DJE 03/08/2016 — Ata n. 106/2016. DJE n. 161, divulgado em 02/08/2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4763912>. Acesso em: 13 set. 2023.

BRASIL. **STF**. HABEAS CORPUS 212.693. número único: 0115412-21.2022.1.00.0000. 2022a. Julgamento: 05/04/2022.

Publicação: 05/04/2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6357682>. Acesso em: 13 de set. 2023.

BRASIL. **STF**. RHC 229041. número único: 0271092-31.2022.300.0000. 2022b. Julgamento: 05/04/2022

Publicação: 07/04/2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6662032>. Acesso em: 13 de set. 2023.

BRASIL. **STF**. RHC 225053. número único: 0249086-30.2022.300.0000. 2023a. Julgamento: 24/02/2023

Publicação: 27/02/2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1379613/false>. Acesso em: 13 de set. 2023.

BRASIL. **STJ**. AgRg no REsp n. 1.997.357/RS, 2023b. relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 21/8/2023, DJe de 24/8/2023. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 13 de set. 2023.

BRASIL. **STJ**. AgRg no HC n. 778.988/SC, 2023c. relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 28/8/2023, DJe de 30/8/2023. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 13 de set. 2023.

BRASIL. **STJ**. AgRg no HC n. 767.095/SC, 2023d. relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 24/4/2023, DJe de 28/4/2023. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 13 de set. 2023.

BRASIL. **STJ**. AgRg no HC n. 769197/RJ, 2023e. relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Turma, julgado em 14/06/2023, DJe 21/06/2023. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 13 de set. 2023.

BRASIL. **STJ**. AgRg no HC n. 772.228/SC, 2023f. relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 28/02/2023, DJe 09/03/2023. Disponível em: <https://scon.stj>

jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202202978161&dt_publicacao=09/03/2023. Acesso em: 13 de set. 2023.

BRASIL. **STJ. Súmula 338.** 2007a. Terceira Seção, em 09.05.2007, DJ 16.05.2007, p. 201 Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2012_29_capSumula338.pdf. Acesso em 21 set. de 2023.

BRASIL. **STJ. Súmula 342.** 2007b. Terceira Seção, em 27.06.2007, DJ 13.08.2007, p. 581, p. 201 Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2012_29_capSumula342.pdf. Acesso em 21 set. de 2023.

FERREIRA, Eduardo Dias de Souza. **Liberdade Assistida no Estatuto da Criança e do Adolescente:** aspectos da luta pela implementação de direitos fundamentais. São Paulo: EDUC, 2010.

GARRIDO DE PAULA, Paulo A. **Direito da criança e do adolescente e sua tutela jurisdicional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LAMY, Marcelo. **Metodologia da pesquisa:** técnicas de investigação, argumentação e redação. 2. ed. São Paulo: Matrioska Editora, 2020.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do trabalho científico:** projetos de pesquisa, pesquisa bibliográfica, teses de doutorado, dissertações de mestrado e trabalhos de conclusão de curso. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2022.

MARMELSTEIN, George. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional:** reações políticas ao ativismo judicial. Texto-base de palestra proferida durante o Terceiro Seminário Ítalo-Brasileiro, proferida em outubro de 2016, em Bolonha-Itália. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.cjf.jus.br/caju/Efeito.Backlash.Jurisdicao.Constitucional_1.pdf. Acesso em: 21 set. de 2023, p. 1-20.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ONU. **Resolução n. 40/33, de 29 de novembro de 1985.** Regras de Beijing. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://acnudh.org/wp-content/uploads/2012/08/Regras-M%C3%ADnimas-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas-para-a-Administra%C3%A7%C3%A3o-daJusti%C3%A7a-da-Inf%C3%A2ncia-e-da-Juventude-Regra-de-Beijing.pdf>. Acesso em: 14 set. 2023.

SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente e ato infracional:** garantias processuais e medidas socioeducativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistemas de garantias e o direito penal juvenil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SPOSATO, Karyna Batista. **O direito penal juvenil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

A "FUNÇÃO DE GOVERNO" ENTRE
COSTANTINO MORTATI E FRANCISCO CAM-
POS: O CONSTITUCIONALISMO FASCISTA
ITALIANO E OS FUNDAMENTOS DO "ESTADO
NOVO" BRASILEIRO (1937-1945)

*THE "FUNCTION OF GOVERNMENT" BETWEEN
COSTANTINO MORTATI AND FRANCISCO CAMPOS:
THE ITALIAN FASCIST CONSTITUTIONALISM AND
THE FUNDAMENTALS OF THE BRAZILIAN
"ESTADO NOVO" (1937-1945)*

**A “FUNÇÃO DE GOVERNO”
ENTRE COSTANTINO MORTATI E FRANCISCO
CAMPOS: O CONSTITUCIONALISMO FASCISTA
ITALIANO E OS FUNDAMENTOS DO “ESTADO NOVO”
BRASILEIRO (1937-1945)¹**

*THE “FUNCTION OF GOVERNMENT” BETWEEN COSTANTINO
MORTATI AND FRANCISCO CAMPOS: THE ITALIAN FASCIST
CONSTITUTIONALISM AND THE FUNDAMENTALS OF THE
BRAZILIAN “ESTADO NOVO” (1937-1945)*

*Arno Dal Ri Jr²
Thayrine Paola Canteli³*

RESUMO

As doutrinas constitucionalistas brasileiras de matriz autoritária típicas do período do Estado Novo (1937-1945) e daquele imediatamente anterior apresentam pressupostos teóricos bastante próximos daqueles elaborados pelas doutrinas italianas do período do regime fascista (1922-1943), em particular no que concerne às noções de “Constituição material” e de “função de governo”. Buscava-se, então, através da utilização dessas noções na doutrina brasileira, legitimar as propostas de reformas das instituições do Estado Novo, em particular fortalecendo o Poder Executivo em detrimento ao Poder Legislativo. Nesta perspectiva, o objetivo desse artigo é analisar através de quais delineamentos as noções utilizadas em matéria nas abordagens de Francisco Campos (1891-1968) se aproximaram daquelas fornecidas pelo jurista italiano Costantino Mortati (1891-1985), em um contexto em que inexistia um diálogo explícito ou mesmo citações entre os dois autores, e que, ambos, encontram-se em laboratórios da ciência constitucional da primeira metade do século XX então considerados muitos distintos

1 Data de Recebimento: 13/10/2023. Data de Aceite: 14/11/2023.

2 Doutor em Direito pela Università Luigi Bocconi de Milão, com pós-doutorado pela Université Paris I (Panthéon-Sorbonne) e pela Universiteit Gent. Mestre em Direito e Política da União Europeia pela Università degli studi di Padova. Professor de Teoria e História do Direito Internacional na Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: arnodalri@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2020985889273319>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7734-0404>.

3 Mestre em Teoria e História do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, com pós-graduação em Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional dos Direitos pela Università degli studi di Pisa, Itália. E-mail: thayrine.canteli@gmail.com. Currículo Lattes: <https://lattes.cnpq.br/6586099935615493>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2559-0935>

entre si, o italiano em um lugar “central”, aquele brasileiro em um lugar “periférico”.

Palavras-chave: constituição material; função de governo; Costantino Mortati; Francisco Campos.

1 INTRODUÇÃO

Estimulada pelos debates travados na ciência do direito público alemã da segunda metade do século XIX, a cultura jurídica italiana viu emergir entre a última década do século XIX e as primeiras do século XX novas correntes teóricas que passaram a se articular em relação às nuances do positivismo que vinha das terras do além-Alpes. Em momentos que não raramente se tocavam, autores como Vittorio Emanuele Orlando e, posteriormente, Santi Romano, Dionisio Anzilotti, Arturo e Alfredo Rocco, Raffaele Garofalo e Costantino Mortati, nos seus respectivos laboratórios jurídicos se dedicaram a novas e bastante originais construções que nos seus fundamentos ofereciam hipóteses de legitimação ou deslegitimação do positivismo jurídico então dominante, ainda na sua fase pré-kelseniana.

Expoente de uma das últimas fases deste momento da doutrina italiana, Costantino Mortati (1891-1985) forneceu ao seu tempo uma teoria constitucional que teve desdobramentos para além da primeira metade do século XX, sendo em um primeiro momento funcional ao regime de Benito Mussolini, mas, logo após a derrocada do fascismo, em 1943, e o início da assembleia constituinte que levou a emanação da Constituição de 1948 – submetida a um intenso processo de revisão e de “depuração” –, na ciência do direito público italiano serviu como o elemento de transição para a democracia. As linhas propostas neste artigo querem se dedicar a análise de como um dos bastiões da doutrina do constitucionalista italiano, ou seja, o instituto da “função de governo”, antes do momento de revisão e “depuração” ocorrido entre a transição do regime fascista à democracia, se aproximam dos escritos de Francisco Campos (1891-1968), constitucionalista brasileiro e Ministro da Justiça (1937-1942) durante a ditadura de Getúlio Vargas, na tentativa deste último de legitimar os elementos jurídicos que fundamentaram o “Estado Novo”. Ao fazê-lo, a análise passará necessariamente pelo exame do conceito de “Constituição em sentido material”, elaborado por Mortati e apresentado na obra de mesmo nome publicada em 1940, uma das principais contribuições do autor à teoria constitucional italiana, cujos alguns elementos também se aproximam dos escritos de Francisco Campos⁴.

⁴ Dentre os juristas brasileiros que se ocuparam do tema da reorganização do Estado no início do século XX utilizando abordagens próximas àquelas de Mortati também se destaca Alberto Torres, precursor das doutrinas autoritárias no Brasil,

A principal questão que guiou a investigação se refere à caracterização dos elementos que fundamentaram e diferenciaram entre si opções tão distintas no ápice de propostas que parecem partir de um mesmo núcleo de estímulos comuns. Para isso, o ensaio abordará na sua primeira parte a ideia de “Constituição em sentido material” desenvolvida ao longo da trajetória de Mortati, seguida pela análise da ideia de “função de governo”, para na sua terceira parte tentar verificar as similitudes, assim como as incompatibilidades, com a proposta de Francisco Campos. A comparação proposta na pesquisa contribui, portanto, para a compreensão de novos elementos que a historiografia atual acerca do Estado Novo e sobre os escritos de Francisco Campos ainda não contemplou. Em outros termos, em uma trajetória em que inexistem citações mútuas explícitas entre os autores, foram analisados os delineamentos com as quais emergem nos textos de Campos coincidências e similitudes com os pressupostos da doutrina constitucionalista de Mortati principalmente na sua primeira fase, ainda sob o regime fascista. Esses, indicando sempre na direção do fortalecimento do Estado através da centralização do poder no Executivo, em detrimento do Legislativo, e da intervenção no sistema dos partidos políticos em favor da unidade nacional.

2 O CONTEÚDO MATERIAL DA CONSTITUIÇÃO COMO PRESSUPOSTO E ELEMENTO UNIFICANTE DO ESTADO

O conceito de “Constituição em sentido material” emerge na elaboração teórica de Costantino Mortati, revestindo-a de originalidade não só o nome, mas também na substância⁵. A raiz do conceito pode ser observada já na obra “*L’ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*”, publicada pelo autor em 1931, mas aparece como objeto principal de análise apenas em 1940, com “*La costituzione in senso materiale*”. Nessa última, Mortati desenvolve um trabalho voltado a explicar a essência do direito constitucional. Entre os primeiros argumentos esgrimados destaca-se a defesa da juridicidade na ideia de “Constituição material”:

Essa constituição originária, da qual se fala, deve ser considerada não pressuposto ou substrato da jurídica, mas ela própria como tal,

cujas ideias permaneceram exclusivamente no campo teórico. Mesmo estando em diferentes gerações, Torres e Campos se inserem no núcleo de juristas de perfil elitista e intelectual que ocuparam cargos públicos, comprometidos com o exercício do poder estatal e com a justificação de um regime autoritário. Duas obras de Torres se aproximam das teorias de Mortati: “O problema nacional brasileiro” e “A organização nacional”, ambas de 1914. Seus escritos giram em torno da necessidade da edificação de uma nova ordem que ele considerava mais adequada à realidade nacional. Vide, a respeito, TORRES, Alberto. *A organização nacional*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1914; TORRES, Alberto. *O problema nacional brasileiro*. São Paulo: Nacional, 1933.

⁵ Acerca dos debates atuais sobre a noção de “Constituição material” na Itália, vide o ensaio BOGNETTI, Giovanni. Costantino Mortati e la Scienza del diritto. *Quaderni Costituzionali*, 4 (2011), p. 803-894.

ou melhor, jurídica por excelência, pois é dela que se obtém o critério para poder imprimir o caráter da juridicidade a todo o sistema dos atos sucessivos, através dos quais se desenvolve (MORTATI, 1998 [1940], p. 74).

Aos olhos de tantos adeptos do neokantismo que dominou tantos panoramas na ciência do direito do final do século XIX às primeiras décadas do século XX, essa teoria se apresentava com um caráter político ou sociológico – mas não jurídico –, fazendo com que o autor negasse, ainda nas primeiras páginas do livro, o primado de tais aspectos. Nem mesmo a presença de elementos sociológicos no âmbito do conceito – evidenciada quando afirma que a Constituição pressupõe uma homogeneidade relativa de desejos, interesses e sentimentos da sociedade – e de elementos políticos – quando atribui a estes a atividade de escolha dos fins do Estado –, inibem o intuito do autor. Antes, de modo intenso, afirma que é a força política dominante que cria a ordem constitucional a partir de uma situação extrema na qual os elementos acima encontrariam uma estabilidade política que representaria o interesse dominante que, por sua vez, definiria a orientação política do Estado. O intérprete desse interesse é o “partido político”, que, através do processo de diferenciação, na fase inicial do pensamento do autor se contextualiza como uma força política que iria se sobrepor às demais, cuja concretude, na segunda fase, abrigaria a união de forças políticas dominantes. Tendo superado o processo de diferenciação, todas elas confluiriam em um único partido político⁶. A ele, caberá a tarefa de conduzir a Constituição em sentido material, sendo o sujeito do qual ela emana⁷. O conceito de Constituição, ainda do ponto de vista material, seria constituído pela reunião dos interesses demarcados pelo Estado. Em outras palavras, “os princípios e os valores situados na base da vida concreta do Estado” (BOGNETI, 2011, p. 811). Nesta linha de

6 Entre os elementos da teoria de Mortati que apresentaram nuances significativas na sua trajetória acadêmica encontra-se, justamente, aquele de “partidopolítico”, que, segundo Maurizio Fioravanti, teve dois vieses “[...] *nella concezione fondamentale del partito politico che viene tematizzato in Italia attraverso la dottrina costituzionale degli anni trenta e quaranta, e che trova poi un importante momento di verifica nei lavori della Costituente, circa la sua applicabilità ad un regime democratico come quello che stava nascendo*” (FIORAVANTI, 2004, p. 70). A ideia de constituição material, segundo Paolo Grossi (1990, p. 04), nos primeiros momentos da experiência democrática voltará a ter centralidade, enquanto que a ideia de partido – adaptada ao novo clima pluralista – continuará com um certo protagonismo, um fenômeno a ser verificado em “*Concetto e funzione dei partiti politici*” (MORTATI, 1949). Neste, é mencionado dentre as características específicas dos partidos políticos, a nova “pluralidade” como “[...] *formazione della volontà comune è intesa come la risultante del dibattito fra concezione contrastante e si attua attraverso l’alternarsi al governo dello Stato di quelle forze politiche che di volta in volta sono investite del potere dal suffragio popolare, secondo il principio maggioritario*” (MORTATI, 2015 [1949], p. 8). Vide, a propósito, a interpretação voluntarista de BRIGAGLIA, Marco. *La Teoria del Diritto di Costantino Mortati*. Milano. Giuffrè, 2006.

7 Essa compreensão de partido político, própria da fase republicana, segundo Fioravanti (1993, p. 212): “[...] *consente di pensare alla costituzione in senso materiale come ad un luogo della pluralità e della competizione, ma anche, nello stesso tempo, come ad un luogo di scelte di principio che conferiscono alle istituzioni forma ed unità, rispettivamente impedendo che queste ultime possano ancora coltivare l’aspirazione ad essere organica espressione di un’unità presupposta, ma anche che possano ridursi a mera riproduzione dei rapporti di potere di fatto esistenti nella società civile e politica*”.

raciocínio, seria a Constituição material a determinar

[...] a forma de estado e a inseparável forma de governo, próprias do ordenamento (os fins políticos que predispõem, de um lado, o sistema das relações entre aparato autoritário e sociedade civil e de outro a organização interna do aparato autoritário, na medida em que o tipo de organização pré-escolhido é considerado imprescindível para a atuação dos fins pré-escolhidos). A constituição material é o fundamento real do ordenamento jurídico considerado no seu conjunto: o que lhes confere legitimidade – ou seja, validade à sua pretensão de ser obedecido – na consciência da classe dirigente e do povo em geral (BOGNETI, 2011 p. 811-812).

Essa, portanto, é entendida como um sistema de valores e de exigências históricas que fundamentam a Constituição formal⁸. Contextualizava-se, então, como a origem, a justificação e o parâmetro interpretativo dessa última. É deste modo, através dessa dupla relação, que Mortati apresenta a distinção entre Constituição formal e Constituição material, elemento teórico no centro de sua elaboração:

[...] o critério de distinção entre os aspectos formal e material da constituição se apresenta de modo heterogêneo em relação ao que se propõe para a análoga distinção no campo das demais atividades estatais. Enquanto uma se deduz geralmente da particular natureza jurídica dos atos, mediante os quais são exercitadas, a outra se baseia exclusivamente na matéria, no sentido das meras relações estabelecidas como objeto da regulamentação. (MORTATI, 1998 [1940], p. 07).

Para aqueles que defendem a Constituição formal como um conjunto de normas que definem os princípios fundamentais de um ordenamento jurídico, Mortati contrapõe o

⁸ Elementos que estão na base da ideia circulavam também em outros autores da época, alcançando Santi Romano, que a contempla como sinônimo de “instituição” (ROMANO, 1977 [1945], p. 03), enaltecendo a sua existência enquanto tal muito antes de ser emanada como conjunto de normas (ROMANO, 2008 [1946], p. 78). Ambos se apoiam, portanto, na crença em um direito anterior à positividade estatal, ligado à ideia de “movimento”, uma evidente crítica ao contratualismo. Mortati, contudo, difere de Romano ao entender que o constitucionalista não pode tomar como base da sua investigação a população, a nação ou a comunidade, entidades indistintas e contrapostas ao Estado. Deve, ao contrário, partir de uma situação histórica concreta em que já tenha ocorrido o processo da diferenciação, ou seja, já foi definido o grupo que exerce poder sobre os demais. Em Romano, também não é o Estado que cria o direito através de suas normas: direito e Estado nascem juntos, são equivalentes, porque havendo ordem, há instituição, há direito. O pluralismo românico reconhece qualquer instituição como direito, sendo o partido político em Romano, portanto, mais uma instituição. Mortati, por sua vez, ainda que reconheça o pluralismo social, considera que o “social” para se traduzir em “direito” – em Constituição material – deve passar pelo filtro unificador do partido. Essa é, talvez, a maior divergência entre as duas teorias.

corpo social⁹. O elemento social é fundamental para o direito e não a norma¹⁰. Afastando-se de outras teorias antinormativistas¹¹, a força da Constituição escrita não é negada, mas passa a descender de uma situação constitucional material histórico-concreta que permite a existência de uma Constituição escrita contendo enunciados normativos necessariamente em harmonia com os postulados da Constituição material. O elemento formal deve, portanto, necessariamente corresponder ao seu núcleo material¹². Esta afirmação tem como consequência direta a estreita relação entre forma e matéria, que deve ser de integração e excepcionalmente de tensão¹³. Apesar dessa integração, o “formal” e o “material” não possuem a mesma força, sendo o primeiro instrumento do segundo e possuindo caráter subsidiário. Para Mortati (1998 [1940], p. 117)

[...] é preciso considerar o caráter necessariamente incompleto e elástico da constituição formal, destinada a regular a vida do Estado na sua totalidade por meio da formulação de princípios genéricos e diretrizes, que precisam ser realizadas e adaptadas às específicas e mutantes exigências de vida do Estado, imprevisíveis no momento da emanação da constituição.

Nesse viés, a Constituição material seria o fundamento primeiro de um ordenamento jurídico concreto, fornecendo os elementos, as regras materiais que darão base para a interpretação e para a sistematização do direito positivo estatal:

9 A contraposição trazida pelo autor se deve ao fato da Constituição formal descender daquela material, sendo esta última que informa tais princípios. Por considerar a Constituição material o lugar em que se definem os princípios do ordenamento, emerge uma das principais críticas a essa teoria, qualificando-a como um lugar “abstrato”. Sobre o tema, vide BARTOLE, Sergio. Considerazioni in tema di modificazioni costituzionali e Costituzione Vivente. *Rivista AIC*. Associazione Italiana dei Costituzionalisti, 1 (2019), p.340.

10 Novamente é possível encontrar a aproximação com Romano (2008 [1946], p. 72), em oposição ao formalismo normativista e na crença em um direito que, antes de ser norma, é relação social, em uma dimensão além da simples vigência formal da lei do Estado.

11 Para uma análise mais aprofundada das teorias antinormativistas e antiformalistas, vide BILLIER, Jean-Cassien et MARYIOLI, Aglaé. *História da Filosofia do Direito*. Barueri: Manole, 2005, p. 237-470, CABRAL DE MONCADA, L. *Filosofia do direito e do Estado*. Coimbra: Coimbra, 2006, e TANZI, Aristide. *L'antiformalismo giuridico*. Milano: Cortina, 1999.

12 Na IX edição de *Istituzioni di diritto pubblico* (1975) o autor aprofunda o tema do vínculo entre Constituição material e Constituição formal, sendo reiterada a ideia de que aquela formal, mesmo após entrar em vigor, é incapaz de absorver totalmente o conjunto de elementos que compõem a material, rechaçando, assim, a opinião que vê esta última no âmbito prejudicial: “[...] ammesso che il diritto non è l'insieme delle istituzioni consacrate in un testo di legge ed operanti pel solo fatto di tale consacrazione, ma quel complesso ordinato di situazioni e di rapporti che si raccoglie in un centro di autorità, e costituisce il diritto vivente, valevole come tale anche se contrastante con quello legale, allorché l'osservazione documenti l'avvenuta sua stabilizzazione, non si rende possibile escluderne l'autonomo rilievo” (MORTATI, 1975, p. 34). Aqui incide a ideia matriz de que a força da Constituição material vai além da positivação das regras constitucionais, sendo o arranjo ideal aquele que harmoniza Constituição material e formal, quando a Constituição escrita se insere numa ordem social estabilizada, ou seja, quando reflete a realidade dos princípios incorporados que vivem na sociedade.

13 Mortati não acredita na luta constante entre duas Constituições, mas em apenas uma com dois sentidos: um formal e outro material. A tarefa do direito constitucional, por isso, seria: “[...] lavorare affinché i due sensi siano indirizzati alla stessa meta: gli svolgimenti materiali a rafforzamento di quelli formali e viceversa, in un processo circolare tra due poli” (ZAGREBELSKY, 1998, p. XXXV).

Constituição que poderia se chamar à segunda potência, ao lado da formal, derivada da primeira, jamais inteiramente absorvida nesta, mas da mesma natureza e mais ou menos intimamente conectada e harmonizada com ela [...]. Portanto, a função própria da constituição originária pode se representar sinteticamente como fonte suprema do ordenamento, mas fonte autônoma, que não se exaure nas fontes positivadas e não opera exclusivamente por meio destas, mas de forma imediata e direta (MORTATI, 1998 [1940], p. 120-121).

Com essa passagem torna-se evidente a ideia de que a ordem jurídica não pode ignorar a ordem real, sendo mais seguro se basear na estabilidade de um sistema constitucional histórico-concreto do que na força abstrata de normas escritas num texto constitucional¹⁴. A Constituição material, para o jurista italiano, também é o resultado da estabilização de forças sociais que formam a orientação política. A relação entre partido (intérprete) – sociedade – comunidades intermediárias – vontade organizada da sociedade colhida através da tarefa do partido.

3 FUNZIONE DEL GOVERNO: DIVISÃO DOS PODERES E ORGANIZAÇÃO DO NOVO ORDENAMENTO

Todos os problemas fundamentais da organização do Estado moderno¹⁵ gravitavam, até então, em torno da ideia de separação de poderes, à qual Mortati dedicou um espaço significativo ao longo da sua primeira obra “*L’ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*”, voltada sobretudo à uma reelaboração teórica da forma de governo na Itália¹⁶. Neste, a teoria das funções do Estado foi repensada, sendo inserida ao lado das três tradicionais de Montesquieu – ou melhor, acima – uma quarta função: a função de governo. A proposta¹⁷ era voltada a demonstrar a independência das funções

14 Sobre o legado negativo que essa forma de ver o direito comporta vide, GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Tradução de Arno Dal Ri Jr. 2. ed. Florianópolis: Boiteux, 2007.

15 Por Estado Moderno entende-se “[...] lo Stato-persona che riconosce la personalità dei cittadini, e si mantiene, con un opportuno sistema di garanzie” (FIORAVANTI, 1990, p. 117). É esse “Estado” que Mortati vislumbra e a ele se coloca contra. A noção de “Estado moderno” é o fio condutor de todo o pensamento do autor, principalmente ao discorrer sobre a sua crise e a inevitabilidade da construção de um “Estado de tipo novo”. Neste, o fundamental é a Constituição em sentido material de onde saem os princípios – sem excluir a proteção do privado na sua esfera de autonomia. A norma fundamental, portanto, não conteria apenas garantias individuais, mas também a indicação das finalidades a serem alcançadas: a orientação política.

16 A investigação do autor refinou dois conceitos importantes para o direito constitucional, ou seja, forma de Estado e forma de governo. A primeira define os princípios fundamentais para regular a relação entre Estado e sociedade civil; a segunda, demarca e regulamenta a distribuição dos poderes dentro do aparelho estatal. Mortati escreveu sobre o tema em “*Lezioni sulle forme di governo*” (1973). Para uma síntese, verificar ELIA, Leopoldo. *Appunti su Mortati e le forme di governo*. In: GROSSI, Paolo; GALIZIA, Mario (Org.). *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*. Milano: Giuffrè, 1990.

17 Essa função seria considerada de duas formas, objetivamente: “[...] nei suoi caratteri e nelle sue forme di manifestazione necessarie e costanti (al di sopra della variabilità dei particolari ordinamenti)” e subjetivamente: “[...] in relazione

de governo em relação ao Executivo. Segundo ele, a doutrina tradicional – referindo-se ao regime parlamentar – conectaria as atividades de governo e as atividades administrativas exclusivamente como pertencentes ao Executivo:

[...] a atividade de governo, em si examinada, não pertence ao poder executivo mais do que ao legislativo, não sob o ponto de vista do conteúdo material da própria atividade, que não pode, como veremos, estar em todas as suas várias manifestações em uma das três funções tradicionais; não sob o ponto de vista subjetivo do órgão, porque ela não está, necessariamente, ligada mais a um do que outro dos órgãos do Estado (MORTATI, 2000 [1931], p. 8).

A função de governo estaria, portanto, ligada mais precisamente ao Executivo, não sendo este entendido como titular de uma das três funções, mas como órgão supremo. Torna-se evidente, deste modo, uma conexão específica entre Executivo e função de governo, gerando uma nova abordagem, orientada por uma visão monista de Estado que comportará três consequências imediatas¹⁸: a) abandono da separação dos poderes¹⁹; b) rompimento da tradicional relação de dependência do executivo com relação ao legislativo²⁰ e c) superação do dualismo entre Estado e povo²¹. Devido a essas, a função de

alla posizione giuridica che l'esercizio di essa viene a determinare nell'organo o negli organi, che ne siano investiti" (MORTATI, 2000 [1931], p. 3).

18 A divisão em três consequências é proposta e analisada por Enzo Cheli (2000, p. 3) ao longo do prefácio da obra *"L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano"*, publicada por Mortati em 1931.

19 A primeira consequência corrói a ideia de pluralidade de órgãos soberanos no ordenamento, justamente porque, para se entender o enquadramento teórico da função de governo, deveria ser abandonada a ideia de separação dos poderes, da coexistência de vários órgãos "soberanos", autônomos e iguais entre si, pois *"[...] Governo è principio d'unità, posto accanto al principio di divisione"* (MORTATI, 2000 [1931], p. 8). A função de governo, portanto, precederia a separação de poderes (MORTATI, 2000 [1931], p. 10), os quais visariam, então, à realização da unidade por meio de seus atos, mas de modo indireto, já que a função de governo a possuiria como escopo final, sendo o princípio motor de toda a atividade do Estado, visando promover a unidade estatal e determinar concretamente as diretrizes políticas (MORTATI, 2000 [1931], p. 9-10). Apenas ela poderia coordenar os poderes do Estado, condicionando e determinando o agir das outras funções, motivo da sua supremacia frente aos demais, o que certifica a desigualdade das vontades dos diversos órgãos constitucionais.

20 A segunda consequência emerge da aplicação da primeira: o Executivo ascende em relação ao Legislativo e o Parlamento perde a direção política do Estado, sem que com isso, porém, seja *"[...] diminuito nella posizione di autonomia che già possedeva, né ha perduto il carattere di organo politico [...] sicché esso, se non è più la suprema, è ancora una delle istituzioni costituzionali dello Stato"* (MORTATI, 2000 [1931], p. 80). A ideia de que a atividade legislativa determina os fins do Estado, a orientação política, é negada, repassando a determinação dessa para a função de governo. A orientação política passaria a estar, portanto, acima do programa político do Parlamento, da lei positivada, motivo pelo qual a tarefa de manter a finalidade do regime passaria para as mãos do governo (MORTATI, 1998 [1940]). A noção de "orientação política", contudo, passa por oscilações nos escritos do autor, em um primeiro momento refletindo a atividade do órgão supremo; após, em *Istituzioni di diritto pubblico* (1952), é o resultado da ação de vários órgãos (Executivo e Legislativo). Sobre o tema, vide GOUVEIA, Kristal Moreira. Democracia e representação política no pós-autoritarismo italiano: A noção de "partidos políticos" de Costantino Mortati nos embates da experiência constituinte de 1948. 2020. 240f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Orientação por Arno Dal Ri Jr. – Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

21A terceira consequência também rompe com a tradição liberal, especificamente quanto à centralidade do indivíduo, que, no ordenamento fascista, deixa de existir. Sem negar a autonomia do sujeito e a preservação das liberdades individuais, essas passam a ser limitadas pelo interesse coletivo, já que o Estado fascista *"[...] tende ad attuare fra l'esigenza*

governo – como quarto poder – assumiria preeminência sobre as demais. Na prática deveria ser exercida exclusivamente por um órgão que não poderia ser determinado de modo geral e abstrato, mas somente baseado na situação histórico-positiva do país²². O titular desse órgão deveria, portanto, representar as condições sociais de cada nação e o conteúdo do escopo que é atribuído a atividade do Estado. Em outros termos:

[...] o órgão de governo deve ser capaz de expressar e fazer valer, no mais alto grau, os interesses gerais e permanentes, devendo [...] representar o povo, não no seu ser natural, mas na sua essência política, ou seja, na síntese das exigências particulares: não apenas das contingentes e atuais, mas das resultantes da vocação histórica do povo na continuidade das suas gerações (MORTATI, 2000 [1931], p. 21).

Partindo para o cenário particular, a publicação de “*L’ordinamento del governo NE lnuovo diritto pubblico italiano*” apresenta o complexo modo como é estruturado o órgão da função de governo, composto por vários órgãos simples, derivados da Constituição: chefe de governo²³, rei e grande conselho do fascismo²⁴. Na distribuição das competências o autor busca limitar a ação de um sobre o outro, ao mesmo tempo em que visa uma composição homogênea e harmônica entre eles (MORTATI, 2000 [1931]). O chefe de governo se insere no ordenamento como uma figura nova²⁵, intérprete do interesse

del mantenimento di questa sfera di autonomia e quella della subordinazione della medesima all’interesse generale [...] fessa è a] conciliazione, che si cerca di raggiungere” (MORTATI, 1972 [1941], p. 445). A convicção de Mortati de que o sistema liberal estava fracassado conduziu à necessidade de potencializar e garantir a unidade, fenômeno possível somente por meio de um Estado forte atuando em todas as ações individuais e sociais, sem se limitar a garantir os direitos individuais. O Estado fascista não seria, portanto, uma antítese ao cidadão, mas, ao contrário, “[...] l’unità non avrebbe potuto riuscire veramente viva e feconda senza il concorso attivo e la volontaria adesione dei singoli” (MORTATI, 2000 [1931], p. 77). Os indivíduos continuam a ser importantes para formar a unidade estatal, mas passam a ser vistos enquanto coletividade. Este anti-individualismo emerge na afirmação de que “*La trascendenza dei fini dello Stato rispetto a quelli dei singoli, risulta dalla continua attività della vita del primo oltre la durata precaria dei secondi, dalla generalità della sua missione di fronte al particolarismo dei singoli*” (MORTATI, 2000 [1931], p. 76-77). A crítica de Mortati aos postulados liberais não são exclusivas nesse período, como demonstra SCHMITT, Carl. *Gesetz zur Behebung der Not von Volkund Reich. Deutsche Juristen-Zeitung*, 38 (1933), p. 455 ss., e SCHMITT, Carl. *Staat, bewegung, volk. Die drei gliederung der politischeneinheit*. Hamburg: Hanseatische, 1935.

22 Ainda que não seja possível determinar de forma abstrata sua composição, Mortati acredita poder definir as características fundamentais do órgão de governo: a permanência – o que significa que sua atividade deve ser permanente e ininterrupta – e a estabilidade da orientação política. Sendo órgão supremo permanente, os poderes de exceção do *capo* não o definiriam como poder neutro, existente tão somente para conter a crise, ao contrário: “*Perché il sistema delle controforze possa trovare nell’organo supremo la sua effettiva armonia, è necessario che questo sia, anch’esso, un potere costantemente attivo*” (MORTATI, 2000 [1931], p. 24).

23 O cargo é ocupado por uma só pessoa, porém possui dupla denominação, descritas por Mortati: “[...] il nome di Primo Ministro indica la posizione di lui nell’interno del Gabinetto e la sua supremazia di fronte agli altri ministri; il nome invece Capo del Governo designa la più ampia funzione di direzione e di coordinazione che a lui compete nei riguardi di tutte le forme di attività statale” (MORTATI, 2000 [1931], p. 82).

24 No ensaio “*Esecutivo e legislativo nell’attuale fase del diritto costituzionale italiano*” (1941), o autor volta a falar da função dos órgãos.

25 Formalmente “[...] la carica di Capo del Governo e quella di Duce [...] sorgano contemporaneamente” (MORTATI,

geral do povo e símbolo maior da função de governo²⁶, cumprindo essa incumbência por meio do partido político único e representando o órgão supremo do Estado²⁷: “Não é a atribuição da função de orientação política que qualifica um órgão como supremo. Mas seria a natureza suprema do órgão a implicar também a detenção da função de orientação política” (PARISI, 2009, p. 844). A posição de supremacia do chefe²⁸, pode-se perceber, não seria meramente formal, dado que o conteúdo da Constituição seria imposto por ele. Também não possuiria valor meramente político, porquanto contingente e oscilante. Seria mais que isso, possuindo por si valor jurídico (MORTATI, 2000 [1931]). Assim, normas e institutos jurídicos concretizariam e dariam caráter obrigatório aos elementos sociais e políticos. Na prática, o poder do *capo* seria ilimitado e discricionário, estando a seu encargo os setores mais importantes da vida do Estado, formando os órgãos de governo – ao designar ministros, nomear secretários e formar o grande conselho – e constituindo os ministérios, ao determinar as suas funções. Ele também possuiria o poder normativo de disciplinar a atividade da administração pública; declarar o estado de exceção, efetuando inclusive mudanças temporárias das competências institucionais; seria responsável pela tutela da segurança interna e externa, pela direção da atividade parlamentar, pela disciplina das questões econômicas e pela regulação da competência dos órgãos constitucionais²⁹ (MORTATI, 2000 [1931]). Deste modo, os encargos ordinários da função de governo perpassariam vários setores da vida estatal, possuindo o chefe de governo total autonomia e independência para exercer essas atribuições. Essas competências elevam a função de coordenação entre os vários poderes.

1940, p. 10). No mesmo sentido: “[...] non si tratta di due uffici riuniti in una stessa persona, ma di un ufficio unico: quello di Capo del Governo, che comprende l’attribuzione di capo del partito”. E frisa “[...] la necessità che il Capo del Governo rappresenti nel più alto grado la ideologia, gli interessi, i sentimenti del partito” (MORTATI, 1972 [1941], p. 467). Também aqui, o *Duce* é “[...] del movimento [fascista] l’interprete più elevato” (MORTATI, 1941a, p. 19).

26 É uma figura nova, mas “[...] non sorto dal nulla, bensì preparato dalla stessa evoluzione dello Stato moderno, che tende, nelle sue forme più evolute a risolvere, attraverso la figura del Premier, il problema dell’autorità” (MORTATI, 2000 [1931], p. 82). Aqui novamente se percebe a crença na evolução natural do Estado.

27 A força do ofício é demonstrada desde a sua admissão ao cargo, visto que o ato de nomeação real é assinado pelo próprio *capo* (MORTATI, 2000 [1931], p. 118), o qual indica, com poder vinculante, os ministros e pode revogar suas nomeações, sendo o poder do *re* apenas formal. Ademais, o *capo* designa o próprio suplente, uma escolha, diferente das demais, prescindindo de intervenção do *re* (MORTATI, 2000 [1931]).

28 A forma de entender o órgão da função de governo como superior está salientada em diversos escritos da década de 30, em que o autor afirma: “[...] data una pluralità di organi costituzionali, uno solo fra essi può possedere la piena rappresentanza politica dello Stato. Gli altri – se non vogliono considerarsi titolari di semplici funzioni, e non di poteri – devono ritenersi investiti di una rappresentanza di grado inferiore, secondario” (MORTATI, 2000 [1931], p. 28). Em oposição à natureza suprema do órgão da função de governo, Vezio Crisafulli, constitucionalista que foi aluno de Mortati, acreditava que esta era exercida pelos diversos órgãos do Estado, motivo pelo qual o órgão responsável pelo seu exercício não poderia ser superior aos demais. Para compreensão do debate entre Crisafulli e Mortati, especialmente sobre orientação política, vide Parisi (2009).

29 No disciplinar a atividade dos órgãos constitucionais, a tarefa do órgão de governo possui diferentes intensidades. A função jurisdicional, por exemplo, tem pequena importância para os fins políticos do Estado, motivo pelo qual não necessita de grande intervenção. Por outro lado, o governo deve agir de forma mais incisiva na administração, já que esta é a função específica de atuação direta das finalidades do Estado (MORTATI, 2000 [1931]).

Apesar do significado dessas questões, uma outra emerge no contexto, ou seja, o chefe deve promover a “unidade moral da nação”³⁰, necessária, na concepção fascista, para a verdadeira integração do Estado: “[...] a fusão das vontades desses órgãos supremos seria ao final infecunda se no agregado social, nos indivíduos ou nos grupos, se manifestasse a prevalência de impulsos egoísticos, a desunião, a incompreensão dos fins do Estado, ou o desligamento espiritual” (MORTATI, 2000 [1931], p. 187)³¹. Como se viu, seriam incumbências ordinárias da função de governo coordenar os órgão autônomos do Estado, leia-se os três poderes³², e se encarregar das relações internacionais do Estado. Extraordinariamente, a função de governo se ocuparia das medidas de urgência³³, voltadas a

[...] satisfazer as exigências excepcionais e imprevistas do Estado, mediante a emissão de atos em derrogação da ordem normal das competências, quando não seja possível o recurso ao procedimento ordinário de formação, prescrito pelos mesmos. [...] a necessidade, que se coloca como fundamento da emissão de tais medidas de exceção, é um elemento não suscetível de uma predeterminação absoluta, mas tem caráter relativo [...] (MORTATI, 2000 [1931], p. 14).

Um dos efeitos dessas medidas – que dependem de valoração discricionária do chefe – é a derrogação das leis de ordem pública, inclusive as que regulam relações entre

30 Essa característica aparece também no “*Commento*”, em que a homogeneidade social é apresentada como formada por “[...] *cittadini politicamente attivi di una concordanza di fondo in ordine ai valori e dagli interessi fondamentale*” (MORTATI, 1975, p. 9).

31 Outras funções relativas à unidade moral estavam nos campos educativo – formação moral e física dos jovens – e gerencial – vigilância e coordenação das instituições promotoras de atividades científicas e artísticas. Ambas visavam ao desenvolvimento do sentimento nacional.

32 Estes possuem potência jurídica inferior e estão diretamente subordinados ao *capo* (MORTATI, 2000 [1931], p. 218-219). Ainda que o órgão de governo possuísse poderes imensuráveis, o seu autoritarismo tenta ser suavizado com a afirmação de que “[...] *ammettere la necessità di un organo supremo non implica che la supremazia venga ad esso riconosciuta in virtù di un titolo preesistente allo Stato e indipendente dal riconoscimento da parte di questo. Neppure è necessario considerare l'organo supremo come fonte degli altri organi o come sfornito di limiti giuridici nel suo operare, o come solo partecipe della sovranità dello Stato, o come titolare in potenza di tutto il potere e limitato sollo nell'esercizio di esso, e quindi competente ad assumere in proprio ogni attribuzione non espressamente conferita ad altri organi*” (MORTATI, 2000 [1931], p. 22).

33 São medidas de urgência o caso de necessidade, o estado de sítio, o estado de guerra e perigo público. Os princípios sobre os quais se apoia a proposta deixam claro que o titular do direito de emanar normas no estado de exceção, em qualquer dos casos acima citados, seria o órgão supremo (MORTATI, 2000 [1931], p. 133). O momento da exceção, portanto, somente poderia ser determinado com vistas a fins gerais e declarado pelo órgão que designa esses fins: “[*La valutazione di siffatte circostanze è necessariamente in relazione con le particolari esigenze dello Stato, quali risultano dai fini che si intendono in un certo momento di conseguire. Ne deriva che solamente l'organo che ha come proprio compito di porre le finalità dello Stato e di coordinare a queste tutta l'attività statale (e trae appunto da esso il suo carattere di supremo) possiede – come attribuzione sua propria – il potere di dichiarare la sussistenza della necessità e attuare i conseguenti atti di deroga provvisoria al diritto vigente*” (MORTATI, 2000 [1931], p. 135). Sobre a posição de Mortati na Assembleia constituinte no que concerne ao estado de exceção, vide CARLASSARE, Lorenza. Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Mortati. In: GROSSI, Paolo; GALIZIA, Mario (Org.). *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*. Milano: Giuffrè, 1990.

os indivíduos – o que demonstra a intervenção na vida particular dos indivíduos. A magnitude dos poderes do chefe pode ser verificada de forma similar em Carl Schmitt – ícone das teorias do estado de exceção³⁴ – que atribui poderes excepcionais ao soberano. Aliás, o soberano só possuiria esse título se tivesse o poder de instaurar o estado de exceção: “soberano não é aquele que cria a lei, mas aquele que suspende a lei”³⁵. Norma e decisão, para Schmitt, são modos de ser e de se manifestar do ordenamento e cumprem a função de estabilizá-lo³⁶, encontrando-se, ambas, no âmbito jurídico; todavia, a norma vale para a situação de normalidade, mas na exceção o que vale é a decisão da autoridade soberana (SÁ, 2012). A reflexão de Mortati, contudo, se afasta daquela de Schmitt nesse ponto específico, ou seja, a decisão soberana seria irracional³⁷, ao se colocar fora do direito e, ao mesmo tempo, anterior ao seu surgimento. Trata-se de algo impensável para o jurista italiano, que considera a decisão derivada da sincronia entre direito e política, acreditando no “[...] reconhecimento jurídico da organização que, qualificando nesta a normatividade, confere-lhe durabilidade, estabilidade, concretude, efetividade no tempo. A decisão é interna à complexidade da Constituição material” (CATANIA, 2001, p. 120). A decisão da força política dominante seria tomada tendo por base a Constituição material: ela é que sustenta a decisão; para Schmitt, ao contrário, se assentaria no comando pessoal da decisão soberana, o que expressa grande carga de subjetividade. O Estado, portanto, para o jurista alemão³⁸, seria anterior e se encontraria

34 Vide SCHMITT, Carl. *Die Diktatur: Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*. Berlin: Duncker&Humblot, 2015 [1921], e SCHMITT, Carl. *Politische Theologie: Vier kapitelzurlehre von der Souveranität*. Berlin: Duncker & Humblot, 2004 [1922].

35 O estudo conduzido por Giorgio Agamben (2004) pretende demonstrar que o estado de exceção se apresenta na política contemporânea como paradigma de governo. Resgatando a teoria schmittiana, define o estado de exceção como espaço marcado por uma ausência de normas, onde o que está em jogo é uma força de lei sem lei (AGAMBEN, 2004, p. 61).

36 Em assonância com o pensamento schmittiano: “[...] Denn jede Ordnung beruht auf einer Entscheidung, und auch der Begriff der Rechtsordnung, der gedankenlos als etwas Selbstverständliches angewandt wird, enthält den Gegensatz der zwei verschiedenen Elemente des Juristischen in sich. Auch die Rechtsordnung, wie jede Ordnung, beruht auf einer Entscheidung und nicht auf einer Norm” (SCHMITT, 2004, p. 16). O papel fulcral da decisão soberana é comprovado quando o autor afirma que ela cessa a exceção e faz ressurgir a ordem normativa – que traz consigo a normalidade e a aplicabilidade das regras de Direito (SCHMITT, 2004, p. 18-19). O poder de decisão do soberano seria, então, ilimitado, capaz de suspender toda a ordem vigente quando identificar uma situação de ameaça e restabelecê-la quando cessar o motivo excepcional (SÁ, 2012). Tão logo declarado o Estado de exceção, a ordem jurídica é suspensa, mas a ordem estatal permanece. O caráter de temporalidade do estado de exceção também é mencionado por Mortati (2000 [1931], p. 146-147): “[...] le ordinanze da emettere durante lo stato di eccezione derogano al diritto comune, trasferiscono al Governo la pianezza del potere legislativo, con la sola limitazione naturalmente che si tratti di materia suscettibile di una regolamentazione provvisoria, poiché è appunto la temporaneità delle norme eccezionali e il ritorno, ipso iure, del precedente ordinamento al cessare dello stato di assedio, che distingue tale stato da quello che può sorgere in seguito ad una rivoluzione o ad un colpo di Stato”.

37 A irracionalidade da decisão é rejeitada pelo próprio Schmitt ao afirmar que, embora a ordem jurídica possa ser afastada, isso não importa no caos, na anarquia. Existe a ordem – a decisão se dá nesse contexto – ainda que não seja a ordem jurídica, da normalidade, como se verá mais à frente. Sobre o tema da justificação racional em Schmitt, consultar SÁ, Alexandre Franco de. Sobre a justificação racional do poder absoluto: racionalismo e decisionismo na teologia política de Carl Schmitt. *Revista Filosófica de Coimbra*, 23 (2003), p. 157-180.

38 Em Schmitt a auto-organização da sociedade, entidade específica e concreta de um povo, se transforma inteiramente quando se perde a tensão que existe entre Estado e sociedade, e, governo e povo, fazendo com que o Estado legiferante atinja a sua finalidade, se tornando “*Selbstorganisation der Gesellschaft*” (SCHMITT, 1931, p. 78 ss.).

acima da Constituição, enquanto que, em Mortati, continuará soberano somente se “[...] capaz de assumir a condição de expressão coerente de uma referência fundamental, deduzida da própria comunidade e traduzida em princípios e em normas constitucionais” (FIORAVANTI, 2012, p. 108).

No mesmo viés, Mortati acredita que os poderes de exceção estão subordinados ao direito, ou seja, inserem-se no ordenamento jurídico positivo “[...] pois a necessidade que o fundamenta age como fonte autônoma de direito” (AGAMBEN, 2004, p. 38), ou seja, estariam limitados pela própria ordem. Schmitt, por sua vez, acredita que o soberano tem o poder de suspender a ordem jurídica concreta diante do estado de exceção, através de uma decisão, em virtude do direito a autoconservação³⁹. Em suma, ao seu modo, o jurista alemão também acredita na “materialidade” da Constituição expressa pela decisão soberana – declara-a como a “verdadeira Constituição” – e lhe atribui uma força incalculável à medida que pode se voltar contra aquela formal, degenerada pela dinâmica destrutiva dos interesses fracionários. Para Mortati, ao contrário, todas as funções do chefe penetram na estrutura da sociedade sem anular a espontaneidade, concretizando uma unidade viva e substancial e não meramente formal. O único limite do chefe são os fins do Estado.

Nesse quadro, a função de governo passa a se revestir do caráter de “intérprete”, de facilitadora da unidade política do Estado, sem que com isso seja negada a juridicidade do Estado parlamentar. O modelo ideal, deveria, então, ser baseado em uma estrutura de três poderes caracterizados apenas como funções administrativas e voltadas a realizar os fins do Estado através da obediência à função do governo, pois somente esse poderia ser a intérprete de tais fins. Assim o autor apresenta a “solução” para a unidade política do Estado e a justificativa para a quarta função – de governo – estar acima das demais.

4 FRANCISCO CAMPOS E COSTANTINOMORTATI: APROXIMAÇÕES E DISTANCIAMENTOS

Os laboratórios e conceitos da doutrina italiana eram bastante desconhecidos na cul-

³⁹ Em síntese, para Schmitt a autoridade do soberano é criadora da ordem normativa – que ao mesmo tempo pressupõe agir não em cenário de caos ou anarquia, mas sempre em uma ordem, ainda que a ordem normativa esteja suspensa – e como elemento de estabilidade. Então, a *Constituição nasce da própria decisão política fundamental do soberano* – titular do poder constituinte. Em Mortati, por sua vez, *a decisão política do partido dominante é agente criador da Constituição*. Para ambos, portanto, a Constituição é fruto de uma decisão política, sendo que, no “*Verfassungslehre*” (1928), Schmitt se aproxima da ideia de Constituição material de Mortati. Para o primeiro, dentre os conceitos possíveis – absoluto, relativo, positivo e ideal – o positivo é aquele genuíno de Constituição, que significa decisão consciente do soberano derivada da unidade política concreta (SCHMITT, 2010). Ambas as decisões fazem parte de um cenário ordenado, com uma ordem que as sustenta, embora em Schmitt não seja a jurídica. A diferença é que em Mortati a decisão encontra-se condicionada a valores históricos pré-existentes, enquanto em Schmitt inexistente essa exigência valorativa. O tema é aprofundado por Schmitt em *Die Tyrannei der Werte* (2020 [1960]), quando afirma que não pretende compor uma teoria desligada do mundo, “pura”, “estática”, mas sim inscrita na história.

tura jurídica brasileira durante as primeiras décadas do século XX, circulando e sendo fonte de grande interesse inclusive para os juristas do primeiro de governo de Getúlio Vargas, que vai de 1930 a 1945. Basta uma passada de olhos na literatura da época para encontrar inúmeras adjetivações positivas às criações da ciência do direito italiana que ultrapassam os limites dos universos penal, trabalhista ou processual, setores em que o impacto na doutrina brasileira foi imenso. Francisco Campos⁴⁰, constitucionalista, ministro da Justiça de Getúlio e um dos principais artífices do “Estado Novo”, em particular, era um leitor assíduo dos juristas que escreviam na península, utilizando frequentemente no seus escritos elementos que se aproximavam das construções elaboradas por eles ainda sob o regime fascista do *Dux*.

A produção de Campos tinha entre os seus principais objetivos a reforma do Estado tornando-o funcional à realidade imposta por Getúlio, propondo-se a implementar iniciativas para reestruturar as instituições e a reformular a divisão de poderes. A primeira significativa aproximação aos escritos de Mortati vai se dar nesse contexto, à medida que Campos demonstra estar convencido da existência de uma linha de evolução social, tal qual o jurista italiano, que aponta para a necessidade de construção de um “novo” regime (“*nuovo*” *diritto pubblico italiano* e Estado “novo”). Sem que haja citações diretas às obras ou aos conceitos, ao longo de seus escritos, Campos demonstra partir já no seu pressuposto inicial de análises que contemplamos mesmos elementos examinados por Mortati, ou seja, a perplexidade e a insatisfação diante de respostas anacrônicas fornecidas pelas instituições liberais à ascensão da nova sociedade de massas. O “novo” sistema que emerge da reflexão de Campos tem, então, por objetivo adaptar o direito e o Estado a esse fenômeno, considerado por ambos autores fruto da “evolução natural” da sociedade.

Neste sentido, já em 1935, é possível constatar na reflexão de Campos elementos bastante próximos daqueles que compõem a noção material de Constituição⁴¹, conforme

40 Acerca de Francisco Campos no mundo do direito, vide SEELAENDER, Airton Lisle C. L.; CASTRO, Alexander R. de. Um jurista adaptável. Francisco Campos (1891-1968). In: MOTA, Carlos G.; SALINAS, Natasha (Orgs.). *Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro*. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 255 ss.; SEELAENDER, Airton Lisle C. L. Francisco Campos (1891-1968). Uma releitura. In: FONSECA, R. M. (Org.). *As formas do direito*: ordem, razão e decisão. Curitiba: Juruá, 2013, p. 491 ss. No que concerne especificamente ao campo repressivo, vide NUNES, Diego. Processo Legislativo para além do Parlamento em Estados Autoritários: uma análise comparada entre os Códigos Penais Italiano de 1930 e Brasileiro de 1940. *Sequência*, n.74, 2016, p. 155 ss., e, SONTAG, Ricardo. *Código e Técnica*. A reforma penal brasileira de 1940, tecnicização da legislação e atitude técnica diante da lei em Nelson Hungria. 2009. 63f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Orientação por Arno Dal Ri Jr. – Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, p. 33 ss.

41 A CF/1934 é alvo de críticas devido ao “[...] contraste entre as realidades e as fórmulas jurídicas do Estado, a inadaptação dos textos básicos à verdade da vida brasileira, a divergência irreduzível entre os preceitos teóricos e a situação objetiva a que tinham de ser aplicados” (CAMPOS, 2002 [1937a], p. 59). Com o mesmo fundamento desaprova a Constituição de 1891: “Dai o fato de termos vivido, durante mais de quarenta anos, em regime constitucional teórico e em estado de inconstitucionalidade crônica, mal dissimulado por instituições que já haviam caducado antes de viver” (CAMPOS, 2002 [1937a], p. 66).

foram delineados por Mortati:

O sistema constitucional é dotado de um novo dogma, que consiste em pressupor, acima da constituição escrita, uma constituição não escrita, na qual se contém a regra fundamental de que os direitos de liberdade são concedidos sob a reserva de se não envolverem no seu exercício os dogmas básicos ou as decisões constitucionais relativas à substância do regime (CAMPOS, 2002 [1935], p. 36).

Esse conceito de Constituição, assim como aquele do jurista italiano, não poderia ser abrigado em um documento “engessado”, parado no tempo, mas, ao contrário, deveria refletir a sua época e ter suas normas submetidas continuamente a processos de verificação da correspondência com a realidade preexistente, com os fatos que regem a vida social. Logo após, em um escrito publicado em 1937 e já iniciando a manobra para legitimar a imposição do “Estado Novo” como entidade de matriz essencialmente autoritária, a mesma noção é apresentada como voltada à unificação do ordenamento e a centralização do poder nas mãos do “chefe”:

Constituição é um todo sistemático e orgânico. [...] O poder, na Constituição de 10 de novembro, tem unidade. Há vários poderes e um só poder; onde há vários poderes e não existe um só poder, não há governo, por que governo é um só pensamento e uma só ação (CAMPOS, 2002 [1937a], p. 107).

A ideia de Constituição passa, portanto, por um conjunto de valores superiores de natureza constitucional presentes naquilo que a doutrina italiana chama de “consciência jurídica” da Nação, um conjunto não escrito, tendo entre seus escopos, nesse caso, a centralização do poder, até então fragmentado e pulverizado, nas mãos do governo. Por tal motivo, a Constituição deveria ser um documento necessariamente “realista”, fruto das experiências e dos valores consolidados na realidade do país: “Constituição só poderia ser o que é: obra de experiência, de meditação e de entendimento com a realidade do Brasil” (CAMPOS, 2002 [1938b], p. 319).

A centralização dos poderes em Campos também coincide com a elaboração de Mortati quando ambos propõem uma ideia de Constituição material que se relaciona intimamente com o poder político. Através dela, Campos tenta transferir do Legislativo para o Executivo o poder de decisão, admitindo a superioridade do primeiro, representado pelo “chefe”, tal qual faz Mortati.

Muito embora a teoria do jurista italiano tenha como centro a instituição de uma

espécie de quarto poder (função de governo), proposta que não se observa em Campos, ambos atribuem ao “chefe” a autoridade suprema do Estado. Em um e no outro, os traços que delineiam esta figura não só confundem elementos que tradicionalmente caracterizam o “chefe de estado” e o “chefe de governo”, mas a fortalecem de modo exacerbado através da ideia que cabe a ele a função de representar a unidade material e moral da nação e ser o intérprete absoluto das aspirações cívicas. A convicção de Campos neste sentido tem uma primeira e tímida manifestação em 1938, oportunidade em que o jurista afirmava ser “o Presidente da República o centro da nova organização estatal. Nele concentram-se as atribuições atinentes à garantia da unidade nacional, da segurança do Estado e da estabilidade da ordem social” (CAMPOS, 2002 [1938c], p. 150). Entre a reflexão de um e de outro autor existem, contudo, diferenças que incidem nesta convicção comum sobre a função do “chefe”. Em Mortati prevalece a ideia de que o “chefe” necessariamente deveria estar ligado ao partido político único, enquanto em Campos o “chefe” é emancipado, livre de qualquer organização política. Mesmo assim, ambos convergem na ideia de que o líder máximo se encontraria acima das forças políticas fracionárias. Com isso, demonstravam a propensão a eliminar os partidos – que em tese representariam forças plurais desorganizadas – e instituir uma força única (partido único ou poder do “chefe”).

Em ambos os autores, será o “chefe” a determinar a orientação política que envolve a Constituição material. Também estaria ao encargo do “chefe” a interpretação daquela formal, ação que necessariamente deveria se inspirar nas experiências e nos valores que compõem o conjunto normativo da Constituição material. Seria ele, o “chefe”, na cabeça do Executivo, e não o Judiciário, a dar a última palavra no controle de constitucionalidade das leis, afinal a interpretação também é entendida como um processo de criação: “A interpretação, por sua vez, longe de ser passiva e neutra, é um processo de criação ou de elaboração ativa”. A função de interpretar a Constituição deve ser do chefe do governo, pois é a “mais eminente das funções políticas”:

Ora, a Constituição tem por conteúdo os grandes poderes do governo, destinados a ser exercidos para grandes fins públicos. Atribuir um tribunal a faculdade de declarar o que é constitucional de modo indireto, atribuir-lhe poder de formular, nos termos que lhe parecerem mais convenientes ou adequados, a própria Constituição. Trata-se, no caso, de confiar a um órgão que não se origina do povo, e que não se encontra sujeito à sua opinião, o mais eminente dos poderes (CAMPOS, 2002 [1938c], p. 165).

Apesar de vivenciarem contextos diferentes, proporcionados pelas experiências da Itália fascista e do Brasil do “Estado Novo”, que exigiram teorias próprias para cada país, as reflexões de Costantino Mortati e de Francisco Campos emergem na cultura jurídica dos dois países oferecendo o uso de noções muito próximas de “constituição material” e de “função de governo”: o fazem através de uma forte valorização da hierarquia, da autoridade e da centralização do poder, todas essas em um típico quadro autoritário.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta de adaptação do Estado às transformações decorrentes da crise do liberalismo através de concepções de matriz autoritária é um traço comum que perpassa as principais preocupações dos escritos de Costantino Mortati e de Francisco Campos. O abandono do que ambos consideravam ser as antigas e não mais funcionais configurações do aparelho estatal se revestia de uma exigência da “linha de evolução”, sendo, por isso, necessário iniciar o processo voltado a adequar as instituições jurídico-políticas àquilo que para eles seria uma nova e promissora realidade de organização e de renovação. Para tanto, estando Mortati inserido em um lugar tido como “central” e, Campos, em um universo considerado “periférico”, propõem a reformulação das funções do Estado como centro das suas propostas. Um contexto já por si paradoxal, à medida que os pressupostos do segundo se aproximam muito do primeiro, mesmo se, em vários escritos, este manifestou uma crítica ferrenha ao “transplante artificial” de ideias ao Brasil, ao menos no que tangia ao liberalismo.

A organização do Estado vai receber, portanto, em ambos os juristas, um novo delineamento, fenômeno facilmente constatável no papel que passa a ser concedido ao Executivo. Do âmago desse emergirá a figura do “chefe”, que em Campos não vem extraído do Executivo, mas encontra-se no ápice desse, o eleva em relação aos demais poderes. Em Mortati, ao contrário, a figura do “chefe” ousadamente alcança um extremo radical, sendo extraída do Executivo e ganhando força própria na “função de governo”, como quarto poder autônomo, independente e superior demais.

Partindo desses pressupostos e tentando desvendar a questão que nos colocamos ao longo desta investigação, é possível, por primeiro, encontrar nos dois autores processos de reflexão jurídica estimulados por fatos de natureza política, social e intelectual que apresentam intensidades diferentes. Tais fatos conduziram, por um lado, à ascensão do fascismo italiano e a consolidação de seus modelos jurídicos, e, por outro, à revolução de 1930, ao golpe de 1937 e à instalação da ditadura varguista e do “Estado Novo” brasileiro. A caracterização dos elementos que fundamentaram e diferenciaram entre si as opções de Mortati e Campos encontra campo fértil nesses processos, fenômeno que em

parte responde a questão proposta ao longo deste ensaio. Isso porque, as correntes que formavam a cultura antiformalista italiana da primeira metade do século XX, surgida como reação ao positivismo neokantiano que acompanhava o velho liberalismo, propiciavam reflexões densas e profundas que nutriam clara antipatia ao iluminismo jurídico que sacramentou a divisão dos três poderes e entregou nas mãos do Legislativo a função de oráculo do direito e o dogma da infalibilidade do legislador. Era um articulado mosaico de reflexões diluído de formas diferentes, mas sempre intensas e profundas, no imaginário social e, por conseguinte, com forte reflexos e condicionamentos na cultura jurídica da época.

Mesmo partindo de intuições similares, a cultura antiformalista autoritária brasileira existente durante Primeira República e o Estado Novo não alcançou a intensidade daquela italiana, a ponto de se ver em condições de gerar elementos que justificassem a extração do Executivo de uma “quarta função” que se elevasse entre as demais e fosse centralizada nas mãos do “chefe”. Do mesmo modo, o antiformalismo brasileiro naquele período não conseguiu fomentar, e muito menos implementar, a ideia de um “partido único”, tal qual aconteceu em outras realidades análogas em que o pluralismo partidário, considerado fruto do liberalismo, foi bruscamente eliminado.

Através das articulações destas ideias, que estão no âmago do “*Stato Nuovo*” italiano e do “Estado Novo” brasileiro, foi possível fazer com ambos ganhassem concretude, implementando a centralização das forças do aparelho estatal no “chefe”, que passou a ter como primeira e fundamental função coordenar os demais poderes estatais e promover a unidade do ordenamento. A posição de centralidade do “chefe” passou, então, de diferentes modos, a ser vista como catalizadora do espírito e representante da unificação nacional.

As fontes analisadas ao longo da investigação revelam de forma inequívoca uma vocação unitária e centralizadora do poder no pensamento dos dois autores, voltada sempre para reconstrução da divisão de poderes e para o fortalecimento da figura do líder, do “chefe”, estando esse dentro do Executivo ou em um quarto poder, superior aos demais. A despeito das diferenças entre os autores, pode-se assegurar que ambos almejavam uma integração política suprema, ligada organicamente a uma estrutura jurídico-social do Estado. A proposta de Francisco Campos, em particular, oferece uma rígida configuração hierárquica: primazia da União sobre os Estados, do Executivo sobre os demais poderes e do interesse do Estado sobre os interesses particulares. Em outros termos, sem afirmar que Campos tenha efetivamente lido Mortati, parece bastante óbvio que a lógica da argumentação desenvolvida por este último emerge, com outra roupagem, através do primeiro no contexto da cultura jurídica brasileira.

ABSTRACT

The Brazilian constitutionalist doctrines of authoritarian matrix typical of the “Estado Novo” (1937-1945) period and the immediately preceding one present theoretical assumptions quite close to those elaborated by the Italian doctrines of the fascist regime (1922-1943), particularly regarding the notions of “material constitution” and “function of government”. By using these concepts, the Brazilian doctrine aimed to legitimize proposals for reforming the institutions of the “Estado Novo”, especially by strengthening the Executive Power to the detriment of the Legislative Power. This paper proposes, therefore, an analysis on how the notions used by Francisco Campos (1891-1968) resemble the ones provided by the Italian jurist Costantino Mortati (1891-1985). In this context, there were no explicit dialogue or even citations between the two authors and which both can be found in constitutional science laboratories of the first half of the 20th century then considered very different from each other, the Italian in a “central” place, the Brazilian in a “peripheral” place.

Keywords: material constitution; function of government; Costantino Mortati; Francisco Campos; estado novo.

THE “FUNCTION OF GOVERNMENT” BETWEEN COSTANTINO MORTATI AND FRANCISCO CAMPOS: THE ITALIAN FASCIST CONSTITUTIONALISM AND THE FUNDAMENTALS OF THE BRAZILIAN “ESTADO NOVO” (1937-1945)

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.
- BARTOLE, Sergio. Considerazioni in tema di modificazioni costituzionali e Costituzione Vivente. **Rivista AIC**. Associazione Italiana dei Costituzionalisti, 1 (2019), p. 340.
- BILLIER, Jean-Cassienet MARYIOLI, Aglaé. **História da Filosofia do Direito**. Barueri: Manole, 2005.
- BOGNETTI, Giovanni. Costantino Mortati e la Scienza del diritto. **Quaderni Costituzionali**, 4 (2011), p. 803-894.
- BRIGAGLIA, Marco. **La Teoria del Diritto di Costantino Mortati**. Milano: Giuffrè, 2006.
- CABRAL DE MONCADA, L. **Filosofia do direito e do Estado**. Coimbra: Coimbra, 2006.

CAMPOS, Francisco. Diretrizes do Estado Nacional. *In*: CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional: Sua estrutura. Seu conteúdo ideológico.** [s.l]: Ebooks Brasil, 2002 [1937]. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/chicocampos.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2016.

CARLASSARE, Lorenza. Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Mortati. *In*: GROSSI, Paolo; GALIZIA, Mario (Org.). **Il pensiero giuridico di Costantino Mortati.** Milano: Giuffrè, 1990.

CHELI, Enzo. Prefazione. *In*: MORTATI, Costantino. **L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano.** Milano: Giuffrè, 2000.

ELIA, Leopoldo. Appunti su Mortati e le forme di governo. *In*: GROSSI, Paolo; GALIZIA, Mario (Org.). **Il pensiero giuridico di Costantino Mortati.** Milano: Giuffrè, 1990.

FIORAVANTI, Maurizio. As doutrinas da constituição em sentido material. **Recht**, 4, 2 (2012), p.103-109.

FIORAVANTI, Maurizio. **Costituzione e popolo sovrano: La costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno.** Bologna: Il Mulino, 2004.

FIORAVANTI, Maurizio. Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana. *In*: GROSSI, Paolo; GALIZIA, Mario (Org.). **Il pensiero giuridico di Costantino Mortati.** Milano: Giuffrè, 1990.

FIORAVANTI, Maurizio. Mortati, Costantino. *In*: BIROCCHI, Italo et al (Org.). **Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo).** Bologna: Il Mulino, 2013.

FIORAVANTI, Maurizio. **Stato e Costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali.** Torino: Giappichelli, 1993.

GALIZIA, Mario (Org.). **Il pensiero giuridico di Costantino Mortati.** Milano: Giuffrè, 1990.

GOUVEIA, Kristal Moreira. **Democracia e representação política no pós-autoritarismo italiano: A noção de “partidos políticos” de Costantino Mortati nos embates da experiência constituinte de 1948.** 2020. 240f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Orientação por Arno Dal Ri Jr. – Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

GROSSI, Paolo; GALIZIA, Mario (Org.). **Il pensiero giuridico di Costantino Mortati.** Milano: Giuffrè, 1990.

GROSSI, Paolo. **Mitologie giuridiche della modernità.** 3. ed. Milano: Giuffrè, 2007.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade.** Tradução de Arno Dal Ri Jr. 2. ed. Florianópolis: Boiteux, 2007.

- MORTATI, Costantino. **Lezioni sulle forme di governo**. Padova: Cedam, 1973.
- MORTATI, Costantino. Art. I. *In*: BRANCA, Giuseppe (Org.). **Commentario della Costituzione: Principi Fondamentali**. Art. 1-12. Bologna: Zanichelli, 1975.
- MORTATI, Costantino. Concetto e funzione dei partiti politici. **Nomos**. Le attualità nel diritto, n. 2, 2015 [1949] p. 1-22. Disponível em: <http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/nomos/concetto-e-funzione-dei-partiti-politici/>. Acesso em: 17 jan. 2016.
- MORTATI, Costantino. Esecutivo e legislativo nell'attuale fase del diritto costituzionale italiano. *In*: MORTATI, Costantino. **Raccolta di scritti**. Milano: Giuffrè, 1972 [1941].
- MORTATI, Costantino. **Istituzioni di diritto pubblico**. 9. ed. Padova: Cedam, 1975.
- MORTATI, Costantino. **L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano**. Milano: Giuffrè, 2000 [1931].
- MORTATI, Costantino. **La costituzione in senso materiale**. Milano: Giuffrè, 1998 [1940].
- MORTATI, Costantino. Sulla posizione del partito dello Stato. **Stato e Diritto**, II, 4-5(1941a).
- NUNES, Diego. Processo Legislativo para além do Parlamento em Estados Autoritários: uma análise comparada entre os Códigos Penais Italiano de 1930 e Brasileiro de 1940. **Sequência**, 74 (2016), p. 153-180.
- ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Jr. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008 [1946].
- ROMANO, Santi. **Princípios de Direito Constitucional geral**. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977 [1945].
- SÁ, Alexandre F. de. **Poder, Direito e ordem: ensaios sobre Carl Schmitt**. Rio de Janeiro: Viaverita, 2012.
- SÁ, Alexandre F. de. Sobre a justificação racional do poder absoluto: racionalismo e decisionismo na teologia política de Carl Schmitt. **Revista Filosófica de Coimbra**, 23 (2003), p. 157-180.
- SCHMITT, Carl. **Der Hüter der Verfassung**. Tübingen: Laupp, 1931.
- SCHMITT, Carl. **Die Diktatur: Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf**. Berlin: Duncker & Humblot, 2015 [1921].
- SCHMITT, Carl. **Die Tyrannei der Werte**. 4.a ed. Berlin: Duncker & Humblot, 2020 [1960].
- SCHMITT, Carl. Gesetz zur Behebung der Not von Volkund Reich. **Deutsche Juristen-Zeitung**, 38 (1933), p. 455-458.
- SCHMITT, Carl. **Politische Theologie: Vier kapitelzurlehre von der Souveranitat**. 8ª ed. Berlin: Duncker & Humblot, 2004 [1922].

SCHMITT, Carl. **Staat, bewegung, volk**. Die dreigliederung der politischen einheit. Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt, 1935.

SCHMITT, Carl. **Verfassungslehre**. 10ª ed. Berlin: Duncker & Humblot, 2010 [1928].

SEELAENDER, Airton Lisle C. L.; CASTRO, Alexander R. de. Um jurisconsulto adaptável. Francisco Campos (1891-1968). In: MOTA, Carlos G.; SALINAS, Natasha (Org.s). **Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro**. Vol. 3. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 255-291.

SEELAENDER, Airton Lisle C. L. Francisco Campos (1891-1968). Uma releitura. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **As formas do direito: ordem, razão e decisão**. Curitiba: Juruá, 2013b.

SONTAG, Ricardo. **Código e Técnica**. A reforma penal brasileira de 1940, tecnicização da legislação e atitude técnica diante da lei em Nelson Hungria.2009. 63f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Orientação por Arno Dal Ri Jr. – Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

TANZI, Aristide. **L’antiformalismo giuridico**. Milano: Cortina, 1999.

TORRES, Alberto. **A organização nacional**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1914.

TORRES, Alberto. **O problema nacional brasileiro**. São Paulo: Nacional, 1933.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Premessa. In: MORTATI, Costantino. **La costituzione in senso materiale**. Milano: Giuffrè, 1998.

O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO CLÁUSULA
PÉTRETA: ANÁLISE DA INCONSTITUCIONA-
LIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL TEN-
DENTE A ABOLIR, ENFRAQUECER OU ESVA-
ZIAR O ÓRGÃO MINISTERIAL

*THE PUBLIC MINISTRY AS A STANDARD
CLAUSE: ANALYSIS OF THE UNCONSTITUTIONALI-
TY OF A CONSTITUTIONAL AMENDMENT AIMED AT
ABOLISHING, WEAKENING, OR EMPTYING
THE MINISTERIAL BODY*

O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO CLÁUSULA PÉTREA: ANÁLISE DA INCONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL TENDENTE A ABOLIR, ENFRAQUECER OU Esvaziar O ÓRGÃO MINISTERIAL¹

THE PUBLIC MINISTRY AS A STANDARD CLAUSE: ANALYSIS OF THE UNCONSTITUTIONALITY OF A CONSTITUTIONAL AMENDMENT AIMED AT ABOLISHING, WEAKENING, OR EMPTYING THE MINISTERIAL BODY

Brenno Augusto Freire Menezes²

RESUMO

A Constituição Federal de 1988, de forma inédita, concedeu ao Ministério Público a condição de instituição permanente e essencial à justiça, o que levou a doutrina a considerar o órgão ministerial como cláusula pétrea implícita, todavia, referida condição, não consegue impedir que o Poder Legislativo apresente Proposta de Emenda Constitucional tendente a enfraquecer ou esvaziar o *Parquet*. Em razão disso, o presente artigo cogita apresentar apontamentos a respeito da teoria do emendamento constitucional inconstitucional e sua aplicação ao Ministério Público, de modo a reforçar o evidente caráter inconstitucional da PEC tendente a abolir, enfraquecer ou esvaziar o órgão ministerial. Para tanto propõe-se a partir dos dados teóricos obtidos através das pesquisas bibliográfica e documental nacional e internacional realizadas, utilizando-se da metodologia qualitativa e do método hipotético-dedutivo, demonstrar que é inconstitucional a proposta ou a própria emenda constitucional tendente a abolir, enfraquecer ou esvaziar o Ministério Público.

Palavras-chave: Ministério Público; cláusula pétrea; emendamento constitucional inconstitucional.

¹ Data de Recebimento: 31/08/2023. Data de Aceite: 14/11/2023.

² Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos da UFPE. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Católica de Rondônia. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Estácio de Sergipe. Analista Processual do Ministério Público da União – Lotado na Procuradoria do Trabalho de Itabaiana/SE. E-mail: brennofreire19@live.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1113626419044543>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6813-2163>.

1 INTRODUÇÃO

Em março de 2021, determinados Deputados Federais do Partido dos Trabalhadores e de vários partidos que formam o Centrão apresentaram a Proposta de Emenda Constitucional (PEC 5/21), a qual objetiva alterar a composição do Conselho Nacional do Ministério Público, numa tentativa de neutralizar o papel fiscalizador dos órgãos encarregados pela Carta Maior de defender a democracia e a ordem jurídica.

Atualmente, o Conselho Nacional do Ministério Público é formado por 14 membros, sendo 7 oriundos do órgão ministerial, o Procurador-Geral da República que o preside, além de 06 membros do Ministério Público da União e dos Estados escolhidos pelas respectivas instituições. Com a Proposta supramencionada, pretende-se diminuir para 06 a quantidade de membros oriundos do Ministério Público a serem escolhidos pelos seus respectivos órgãos de origem, e o 7º membro do Ministério Público a compor o time de conselheiros seria indicado ao mero alvitre da Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, alternativamente.

Respectiva alteração, permitiria ao ampliar de dois para a três o número de representantes do Legislativo no CNMP que parlamentares investigados por promotores e procuradores indiquem para ao Conselho, membros de confiança que julgarão, em grau de recurso, eventuais denúncias contra membros do Ministério Público acusados de desvio de função. Em outras palavras, parlamentares investigados poderão recorrer ao Conselho Nacional Ministerial, acusando os investigadores de exorbitar, e estes, por sua vez, poderão sofrer sanções administrativas justamente por cumprirem suas funções. Devida as essas razões escusas por trás da referida proposta de emenda, que nos meios forenses, a Proposta de Emenda Constitucional n.º 5/21 passou a ser conhecida como a “PEC da vingança” dos políticos contra os membros do *Parquet*.

Todavia, engana-se quem acha que é essa foi a primeira tentativa de enfraquecimento ou esvaziamento do órgão ministerial, desde a promulgação da Carta Maior de 1988, que concedeu condição de função essencial à justiça ao *Parquet*, várias propostas de emenda constitucional foram lançadas com o fulcro de enfraquecer ou exaurir a sua atuação.

Como exemplo, cita-se, a Proposta de Emenda Constitucional 37/2011, conhecida popularmente como PEC 37, foi um projeto legislativo brasileiro apresentado pelo Deputado Federal Lourival Mendes (PT do B do Maranhão), cujo objeto pretendia, restringir o poder de investigação criminal à polícia federal e à civil, retirando-o de outras organizações, dentre elas o Ministério Público. Seu texto original pretendia acrescentar o § 10 ao art. 144 da Constituição Federal, nos seguintes termos: “Art. 144 (...) § 10. A apuração das infrações penais de que tratam os §§ 1º e 4º deste artigo incumbe privati-

vamente às polícias federal e civis dos Estados e do Distrito Federal, respectivamente”. Embora, não aprovado, respectiva proposta, como várias outras, pretendeu equivocadamente esvaziar uma das funções institucionais implícitas do Ministério Público, o seu poder de investigação (Cambi e Bolzani, 2014, p. 38).

Todas essas tentativas de tumultuar a organização e os poderes concedidos ao órgão ministerial acontece em razão deste, não está listado no rol do §4º do artigo 60 da Constituição Brasileira de 1988, o qual prevê as cláusulas pétreas, as quais só é permitida a Emenda tendente a fortalecer a sua proteção, embora doutrina constitucionalista majoritária advogue a tese de que o Ministério Público é uma cláusula pétrea implícita.

Pontua-se que embora ainda não adotada nas maiores das Nações, vem ganhando força na doutrina constitucional internacional a teoria do emendamento constitucional inconstitucional, defensora de um processo mais rígido e com maior participação popular no momento de emendar a constituição, visando tornar a Carta Maior ainda mais segura, conseqüentemente ampliando ainda mais a proteção dos seus beneficiários e das instituições incumbidas na defesa e aplicação das suas prescrições.

O presente estudo, será organizado em cinco seções, além dessa introdução. Na seção 2 serão traçados breves apontamentos históricos sobre a evolução da institucional do Ministério Público, traçando ainda considerações a respeito das garantias concedidas ao órgão ministerial que possibilitam o efetivo cumprimento do seu *mister* constitucional. Na seção 3, será realizada uma abordagem sobre a tutela do emendamento constitucional no ordenamento jurídico pátrio. Na seção 4 serão abordados apontamentos à teoria do emendamento constitucional inconstitucional. Em um quinto momento serão realizados breves apontamentos a concluir pela inconstitucionalidade da emenda constitucional tendente a abolir, enfraquecer ou esvaziar o Ministério Público. Já na derradeira seção, serão tecidas as considerações finais.

Por fim, salienta-se que para o desenvolvimento da presente pesquisa foi utilizada da metodologia qualitativa e do método hipotético-dedutivo, por meio do levantamento de informações em diversas fontes, utilizando-se, dentre elas: doutrinas constitucionais e mais direcionadas ao estudo do Ministério Público, assim como artigos científicos nacionais e internacionais que tratam da matéria a seguir abordada.

2 O MINISTÉRIO PÚBLICO: INSTITUIÇÃO PERMANENTE, FUNÇÃO ESSENCIAL À JUSTIÇA E A DEFESA DO REGIME DEMOCRÁTICO

Sem sombra de dúvidas, o Ministério Público é uma das instituições brasileiras que mais avançaram em relação a sua atuação institucional, tornando-se órgão permanente, independente e autônomo, conforme se verá a seguir (Menezes, 2022, p.136).

Referida evolução histórica será observada a luz do previsto no corpo das constituições brasileiras desde 1824 até 1988, quando promulgada a Constituição Cidadã que alçou o *Parquet* a instituição permanente e função essencial a justiça, incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

2.1 Histórico da evolução do órgão ministerial nas Constituições Brasileiras

Historicamente, o Ministério Público Brasileiro passou por fases diversas no que diz respeito ao seu desenho institucional e, até que se chegasse à condição que ocupa na mais recente Carta Magna, com as atribuições vistas atualmente, foram necessárias mudanças não só constitucionais e legislativas, mas também sociais e no próprio pensamento dos membros da carreira (Lima, 2020, p.125).

Iniciando-se pela Carta de 1824, a referida Constituição nem se sequer fez referência expressa à instituição Ministério Público. Passados os anos, promulgou-se a primeira Constituição Republicana em 1891, a qual afastou o Poder Moderador e trouxe consigo evoluções significativas, todavia, quanto ao órgão ministerial, este ainda não recebeu nenhuma previsão expressa, apenas se anotou que o Presidente da República designaria, dentre os membros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador Geral da República.

Apenas na Constituição de 1934, o Ministério Público recebeu sua primeira previsão constitucional, quando inserido no capítulo reservado aos órgãos de cooperação nas atividades governamentais, todavia, a Carta outorgada de 1937 trouxe-se consigo vários retrocessos, dentre eles, a exclusão do *Parquet* do rol de órgãos autônomos de cooperação, prevendo apenas disposições esparsas sobre a sua chefia.

Com a Constituição democrática de 1946, o órgão ministerial recuperou sua posição constitucional, recebendo título próprio, independente de os demais poderes, permanecendo apenas a representação da União em juízo, pelos Procuradores da República.

Na Carta de 1967, em caráter de retrocesso, o órgão ministerial foi inserido novamente no capítulo do Poder Judiciário, conservando-se as demais regras pertinentes a instituição. Já a Emenda Constitucional nº 1/69, apenas retirou o *Parquet* do capítulo do Judiciário, inserindo-o no capítulo do Poder Executivo.

Por fim, a Carta Magna de 1988, enfim, consagrou o Ministério Público, separando-o definitivamente dos três poderes e colocando-o no capítulo referente às funções essenciais à justiça (Lenza, 2020, p. 128–161), incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Segundo Nery Júnior e Nery (2006), a nova posição concedida ao Ministério Público tornou-o defensor do povo, podendo ajuizar qualquer ação judicial para compelir os

poderes públicos e os serviços públicos, bem como os particulares de relevância pública, a observarem os direitos assegurados na Carta Maior, além da tomada de diversas medidas extrajudiciais autorizadas no bojo do artigo 129.

Para o exercício eficaz do seu *múnus* público, ao Ministério Público foram concedidas garantias, as quais serão mais bem analisadas a seguir.

2.2 Garantias concedidas ao *Parquet* que permitem o efetivo cumprimento do seu *mister* constitucional

De modo a cumprir sua missão constitucional com zelo, independência e sem interferências dos demais poderes, a Carta Maior prescreveu princípios e prerrogativas aos membros do Ministério Público.

Os princípios da unidade, indivisibilidade, independência funcional e do promotor natural, esse último construção doutrinária, regem o dia a dia da instituição e serão detalhados a seguir.

O Princípio da unidade prevê que o Ministério Público deve ser visto como instituição una, sendo a divisão existente meramente funcional, todavia, salienta-se que a unidade se encontra dentro de cada órgão, não havendo o que se falar em unidade entre o Ministério Público da União e os Ministérios Públicos Estaduais, nem entre os ramos daquele (Lenza, 2020, p.987).

Já o preceito da indivisibilidade prescreve que os membros do *Parquet* não estão vinculados aos processos que atuam, podendo se fazer substituídos uns pelos outros, conforme o regramento legal, sem nenhum prejuízo ao processo, todavia, tão regramento não se aplica entre os diferentes Ministérios Públicos, devendo ser compreendida como existente somente dentro de cada um deles (Paulo e Alexandrino, 2019, p.762).

Nas lições de Ribeiro (2010), depreende-se que a independência funcional objetiva garantir ao membro do Ministério Público o exercício independente de suas funções institucionais, tornando-o imune às pressões externas e internas, podendo-se afirmar assim que inexistente hierarquia funcional no âmbito do órgão ministerial.

Por fim, segundo lições de (Lenza, 2020, p.989 e 990), o princípio do Promotor Natural, em tese, garante ao acusado o direito e a garantia constitucional de ser somente processado por um órgão independente, vedando-se, por consequência, que seja designado arbitrariamente, inclusive, promotores *ad hoc* ou por encomenda.

Cumprir pontuar, que de modo a fortalecer esse núcleo de proteção a atuação ministerial, a Carta Maior garante aos membros do *Parquet* as seguintes prerrogativas: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio (Mazzili, 2005, p. 204–208).

Assim, a garantia de princípios e prerrogativas aos sujeitos atuantes do Ministério

Público, permite o cumprimento do seu *mister* de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais e indisponíveis.

3 TUTELA CONSTITUCIONAL DO EMENDAMENTO CONSTITUCIONAL

O texto que formaliza o Estado, ou seja, a Constituição Federal deve estar sujeita a influências, uma vez que a Carta Maior deve ser perene e não eterna, em razão disso criou-se a figura do poder constituinte derivado reformador.

O poder constituinte derivado reformador guarda consigo as seguintes características: I) determinado, II) referido e III) subordinado, se dando de duas formas no Brasil, por meio das Emendas Constitucionais e pela Revisão Constitucional. Em razão do objeto debatido no presente estudo, os trechos a seguir focalizarão nas Emendas Constitucionais.

Uma emenda é uma mudança constitucional formal que ocorre nos pressupostos existentes da constituição e cujo resultado se encaixa confortavelmente dentro de sua estrutura estabelecida (Albert, 2017, p.2).

Esses pressupostos, nomeados de limitações ao poder reformador por Neto (2021), são de 03 espécies, quais sejam: I) processuais, relacionados ao processo inerente às Emendas Constitucionais, no tocante a legitimidade do Presidente da República, ou 1/3 dos membros da Câmara dos Deputados, ou do Senado Federal, ou 50% das Assembleias Legislativas Estaduais e a necessidade de observância quórum de 3/5 dos votos de cada casa, após 02 turnos de votação, conforme previsto no artigo 60, caput e §2º da CF/88; II) circunstanciais, relacionadas no §1º do artigo anteriormente mencionado os quais apontam a existência de circunstâncias que não permitem de maneira alguma que a Carta Maior seja emendada, quais sejam: estado de defesa, estado de sítio e intervenção federal e III) materiais, relacionadas às matérias que não admitem serem emendadas, as quais serão melhor detalhadas a seguir.

3.1 Artigo 60, §4º da Constituição Federal de 1988

As cláusulas pétreas podem ser conceituadas como dispositivos constitucionais que não podem ser alterados de modo a serem abolidos, enfraquecidos ou esvaziados, ou seja, objetiva impedir inovações negativas em assuntos cruciais a cidadania, a democracia e ao próprio Estado.

De forma mais específica, (Vieira, 1999) assinala que as cláusulas pétreas ou superconstitucionais, prestam-se a proteger a estrutura central do poder contra uma total ruptura, buscando impedir que mudanças constitucionais normais gerem uma erosão

dos princípios e valores básicos da Constituição, servindo também como princípios que auxiliam a interpretação constitucional.

Trata-se, portanto, de proteção aos princípios e valores constitucionais básicos, em oposição à sua erosão pelos mecanismos permissivos de modificações no texto Constitucional, que geralmente ocorrem por meio da edição de emendas à Constituição (Andrade, 2009, p.212).

E existências dessas cláusulas de proteção na ordem constitucional contribuem segundo (Silva, 2014, p.9) para a estabilidade, impedindo a supressão de elementos fundamentais historicamente conquistados, ou seja, se o constituinte considerou determinados elementos de sua obra tão fundamentais que os gravou com cláusulas de imutabilidade, é legítimo supor que nelas foram contemplados os princípios fundamentais.

Todavia, cumpre salientar que a proteção assegurada pelas cláusulas pétreas não se dirige de maneira absoluta ao dispositivo constitucional próprio, mas ao chamado núcleo essencial do princípio em questão, isto é, a essência do princípio ou direito que delinea o seu conteúdo e estrutura, pouco importando os seus elementos circunstanciais (Sarlet, 2003, p.381–382).

A Carta Magna de 1988 elenca em seu artigo 60, parágrafo, 4.º expressamente³, as matérias que não serão objeto de deliberação em proposta de emenda constitucional tendente a aboli-las.

Conforme bem delineado por Dixon e Landau (2015), muitas constituições, dentre elas a brasileira, protege expressamente contra a sua destruição apenas um pequeno conjunto de princípios constitucionais fundamentais à democracia. No caso brasileiro, a Constituição proíbe emendas que visam abolir: I) a forma federativa do estado; II) o voto direto, universal, secreto e periódico, III) a separação de poderes do Governo e IV) direitos e garantias individuais.

Todavia, doutrina e jurisprudências majoritárias advogam a existência de outras normativas constitucionais superprotegidas, as chamadas: cláusulas pétreas implícitas, dentre elas, está o previsto no artigo 127 que trata da instituição Ministério Público, órgão permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

³ Art.60, § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

3.2 O Ministério Público como Cláusula Pétrea Implícita

Embora a Constituição Federal de 1988, tenha elencado expressamente como cláusulas pétreas, apenas as constantes nos quatro incisos do artigo 60, §4º, doutrina e jurisprudência reconhecem também a existência das cláusulas pétreas implícitas, que embora não constantes do dispositivo constitucional anteriormente mencionada, também não podem ser objeto de alteração.

O Ministério Público, por exemplo, instituição destinada à garantia da manutenção da estrutura constante do §4º do artigo 60 da Carta Magna, também deve receber essa proteção, evitando qualquer tipo de alteração com vistas a aboli-lo, enfraquecê-lo ou esvaziá-lo.

A importância do *Parquet* para o regime democrático restou demonstrada pelo próprio caput do art. 127 da Constituição Federal, já citado, o qual incumbiu o órgão ministerial como defensor da democracia (Machado, 2019, p.6).

Assim, segundo Almeida (2013), o Ministério Público é defensor do regime democrático e, se a República Federativa do Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito, o Ministério Público tornou-se, com a CF/88, Instituição constitucional fundamental do Estado Democrático de Direito, tornando-a cláusula pétrea implícita.

Nessa toada, Demercian (2009), pontua que não é possível a criação de instrumento constitucionalmente válido tendente a reduzir ou suprimir a autonomia e a independência atribuídas ao órgão ministerial.

Em consonância, Moraes (2011), ressalta-se que, por ser o Ministério Público instituição permanente essencial à função jurisdicional do Estado, incumbido, entre outras importantíssimas funções, da defesa de cláusula pétrea como a separação de Poderes, os direitos e garantias individuais e a própria existência da Federação e do voto direito, secreto, universal e periódico, enquanto defensor do regime democrático, nenhuma norma do Poder Constituinte derivado poderá alterar sua estrutura orgânica, suas garantias de independência e imparcialidade e suas funções de controle, todas fixadas em defesa da própria sociedade e da perpetuidade da democracia, só se for para beneficiar, jamais, para abolir, enfraquecer ou esvaziar a instituição.

No mais, de modo a fortalecer a teoria ora discutida, Almeida (2008), reforça que o Ministério Público também é Instituição essencial à Justiça, outra cláusula superconstitucional. Assim, se o órgão ministerial é essencial à Justiça e se a Justiça é cláusula pétrea, ele conseqüentemente também é cláusula pétrea.

Assim, não restam dúvidas que a Carta Magna de 1988, ao definir o Ministério Público como instituição permanente, estabeleceu que o poder constituinte derivado não poderá adotar medidas tendentes a abolir a instituição (Mazzilli, 2005, p.81).

Dessa maneira, analisando-se por qualquer ângulo, conclui-se que o Ministério Público, à luz da Constituição de 1988, tornou-se uma cláusula pétrea, sendo as garantias de seus membros, bem como a autonomia institucional, acobertadas por essa superproteção, uma vez que o Ministério Público é verdadeiro defensor do interesse público e social, da democracia e dos direitos e garantias fundamentais.

4 APONTAMENTOS À TEORIA DO EMENDAMENTO CONSTITUCIONAL INCONSTITUCIONAL

Teoria ainda jovem, que vem ganhando força na doutrina constitucional internacional, a teoria do emendamento constitucional inconstitucional surge para frear e limitar o poder de emendar as constituições, de modo a tornar a Carta Maior ainda mais rígida quanto a sua alteração, de modo a fortalecer ainda mais a proteção aos seus dispositivos e conseqüentemente atraindo uma maior proteção aos seus beneficiários, o povo.

Na maioria dos países, incluindo o Brasil, as emendas constitucionais são aprovadas pelo Poder Legislativo, na maioria das vezes agindo unilateralmente, por meio de regras especiais de votação, e em raras oportunidades agindo em conjunto com o eleitorado, fatores que acabam por muitas vezes vulnerabilizando o texto constitucional e seus ditames (Colón-Rios, 2021, p.619).

Conforme lições de Doyle (2017), uma emenda à constituição pode ser inconstitucional em três sentidos: I) no sentido positivo, quando não atender aos padrões postulados pelo texto constitucional; II) no sentido moral, a emenda será inconstitucional se não respeitar o valor do constitucionalismo, entendido como o valor de restringir o poder governamental e demais poderes responsáveis pelo cumprimento dos objetivos constitucionais e III) no sentido conceitual, quando a emenda pretender diligenciar alteração que esteja fora do conceito de emenda constitucional.

Reforçando o constitucionalismo no sentido moral, Landau (2013), afirma que a constituição e suas emendas não serão constitucionais, ao menos que funcionem de certa maneira, aderindo a determinados princípios fundamentais, incluindo os que garantem o regime democrático.

Nesse passo, de modo a fortalecer os escritos constitucionais, parte da doutrina vem advogando pela aplicação de um processo ainda mais rígido no momento de emenda à Carta Maior, tornando-a ainda mais blindada, assegurando ainda mais estabilidade à proteção dos seus beneficiários.

Assim, sugere-se observar um ou todos os 07 passos a seguir expostos, no momento de Emenda à Constituição, cita-se: I) qual o elemento essencial em jogo com a emenda?; II) a corte responsável pela emenda deverá explicitar como os elementos essenciais

sustentam os dispositivos constitucionais; III) o porquê desse elemento objeto da Emenda ser essencial; IV) comprovação de que o conteúdo essencial não pode ser reduzido; V) demonstrar que rotular um elemento constitucional como essencial não equivale a classificar cláusulas como eternas; VI) comprovação da substituição de um elemento essencial por um novo; VII) o elemento é totalmente novo e incompatível com outros elementos essenciais da constituição.

Dessa maneira, faz-se necessário um certo grau de estabilidade institucional, de modo que um sistema possa garantir a proteção constitucional, o que sugere que não deve ser muito fácil alterar as disposições de uma constituição, mesmo que seja qualquer de suas prescrições institucionais básicas (Tushnet, 1995, p.223).

Afinal, conforme bem pontuado por Baker (1995), a Constituição é uma lei fundamental, que desejamos, que queremos que seja mais permanente do que leis estatutárias comuns que passam por constantes processos de mudanças.

Salienta-se que a teoria ora discutida, não cogita abolir o poder tendente a emendar a Constituição, muito pelo contrário, referida teoria pautada na democracia respeita e acolhe a vontade do povo, detentor do poder e entende que se faz necessárias, sim, as mudanças na Carta Maior, visto que a sociedade não é estática e encontra-se sempre em transformação e a Constituição precisa estar sempre apta a acompanhar e proteger essas modificações.

O que se busca nos estudos da teoria do emendamento constitucional inconstitucional, é fomentar processos mais rígidos e com maior participação do povo, detentor real do poder, quando se emenda seu texto, assim, conclui-se que o objetivo do poder de emenda constitucional deve ser permitir o aprimoramento constitucional, de modo a garantir uma proteção ainda maior a nação e as instituições que lhe incumbe o dever protecionista em suas respectivas esferas.

5 INCONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL TENDENTE A ABOLIR, ENFRAQUECER OU ESVAZIAR O ÓRGÃO MINISTERIAL

Conforme anteriormente exposto na presente pesquisa, o Ministério Público com a Constituição de 1988 alçou *status* de instituição permanente e função essencial à justiça, incumbindo-lhe defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

A teoria do emendamento constitucional inconstitucional propõe, dentre outros, que o processo de Emenda Constitucional deve estar sempre atento a observância e respeito ao regime democrático e às instituições incumbidas de protegê-lo e assegurá-lo a toda a nação.

A emenda constitucional tendente a abolir, suprimir ou esvaziar o Ministério Público sem dúvida alguma apresentará vícios de moralidade, tendo em vista que restringirá de alguma maneira o poder de uma instituição responsável pelo cumprimento de diversos objetivos constitucionais, ou seja, reprimirá os poderes e a atuação do *ombudsman* da sociedade brasileira. No mais, conforme já apontado, aludida emenda violaria ainda explicitamente os princípios fundamentais que garantem o regime democrático, preceito basilar no ordenamento jurídico pátrio.

Dessa maneira, não restam dúvidas que o projeto de emenda, como as já citadas PEC 37/2011 e PEC 5/2021 e possíveis emendas constitucionais aprovadas que tragam um texto tendente a abolir, enfraquecer ou esvaziar o órgão ministerial, instituição permanente e defensora do regime democrática, pode ser considerado um projeto de emenda ou uma emenda constitucional inconstitucional, devendo ser imediatamente reprovada ou suprimida.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa analisou e levantar teses, as quais demonstram que embora o Ministério Público não conste expressamente no rol grifado pela Constituição de 1988 de cláusulas pétreas, deve ser considerada uma, seja pela doutrina das cláusulas pétreas implícitas, seja pela teoria do emendamento constitucional inconstitucional.

Conforme exposto, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu o órgão ministerial, em capítulo próprio, como instituição permanente e essencial à justiça, defensora da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Foi possível observar que ao *Parquet* foi incumbido, dentre outras cruciais funções, a defesa de cláusulas pétreas como a separação de Poderes, os direitos e garantias individuais e a própria existência da Federação e do voto direito, secreto, universal e periódico, enquanto defensor do regime democrático, fazendo com que a instituição seja reconhecida implicitamente como uma cláusula pétrea, vedando assim qualquer norma do Poder Constituinte derivado que possa alterar sua estrutura orgânica, suas garantias de independência e imparcialidade e suas funções de controle, todas fixadas em defesa da própria sociedade e da perpetuidade da democracia.

De modo a fortalecer essa tese, tangenciou-se acerca da teoria do emendamento constitucional inconstitucional que prega, dentre outras, que a emenda constitucional só possa ser realizada em face dos poderes e instituições incumbidos a defesa do regime democrático no sentido de fortalecê-los, não podendo jamais o poder de emenda, aboli-los, enfraquecê-los ou esvaziá-los.

Conclui-se, dessa maneira, que referido artigo elucidou que a instituição Ministério Público, suas funções, seus poderes e suas prerrogativas devem ser considerados cláusulas pétreas e a PEC ou emenda constitucional tendente a abolir, enfraquecer ou esvaziar o órgão ministerial deve ser reprovada, ou suprimida em razão da sua explícita inconstitucionalidade.

THE PUBLIC MINISTRY AS A STANDARD CLAUSE: ANALYSIS OF THE UNCONSTITUTIONALITY OF A CONSTITUTIONAL AMENDMENT AIMED AT ABOLISHING, WEAKENING, OR EMPTYING THE MINISTERIAL BODY

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988, in an unprecedented way, granted the Public Prosecutor's Office the status of a permanent institution and essential to justice, which led the doctrine to consider the ministerial body as an implicit stone clause, however, this condition fails to prevent the Legislative Power from presenting a Constitutional Amendment Proposal tending to weaken or empty the Public Prosecutor's Office. For this reason, this article aims to present notes on the theory of an unconstitutional constitutional amendment and its application to the Public Prosecutor's Office, to reinforce the obvious unconstitutional nature of the PEC which aims to abolish, weaken or empty the ministerial body. To this end, it is proposed, based on the theoretical data obtained through national and international bibliographical and documentary research, using qualitative methodology and the hypothetical-deductive method, to demonstrate that the proposal or the constitutional amendment itself tending to abolish, weaken or empty the Public Prosecutor's Office is unconstitutional.

Keywords: Public Ministry; entrenchment clause; unconstitutional constitutional amendment.

REFERÊNCIAS

- ALBERT, Richard. **Amendment and Revision in the Unmaking of Constitutions**. Boston College Law Scholl – Legal Studies Research Paper Series, 2017.
- ALMEIDA, Gregorio Assagra de. O Ministério Público no neoconstitucionalismo - perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimidade social. **Revista jurídica do Ministério Público de Mato Grosso**, v. 3, p. 57-104, 2008.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. **O Ministério Público como Instituição Perma-**

nente. In: ALMEIDA, Gregório Assagra de e SOARES JÚNIOR, Jarbas (Org.) Teoria Geral do Ministério Público. Ed. Del Rey. Belo Horizonte, 2013.

ANDRADE, Fábio Martins de. As cláusulas pétreas como instrumentos de proteção dos direitos fundamentais. **Revista de Informação Legislativa**, v. 181, p. 207-226, 2009. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/46/181/ril_v46_n181_p207.pdf/@@download/file/ril_v46_n181_p207.pdf?. Acesso em: 31 ago. 2023.

BAKER, Lynn A. **Constitutional Change and Direct Democracy**. University of Colorado Law Review 66: 143–58, 1995.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; BOLZANI, Henrique. O Poder investigatório do Ministério Público como Cláusula Pétrea. **Revista do Ministério Público do Paraná**, v.1, p. 21-51, 2014.

COLÓN-RÍOS, Joel. **Deliberative democracy and the doctrine of unconstitutional constitutional amendments**. In: BRANCO, Pedro H. Villas Bôas Castelo; GOUVÊA Carina Barbosa e LAMENHA, Bruno (Org.). Populismo, Constitucionalismo Populista, Jurisdição Populista e Crise da Democracia. 1ed. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2021, p. 618-635.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. **O regime jurídico do ministério público no processo penal**. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2009.

DIXON, Rodalind; LANDAU David. **Transnational constitutionalism and a limited doctrine of unconstitutional constitutional amendment**. I.CON. Vol. 13 No. 3, 606–638, 2015. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/13/3/606/2450805>. Acesso em: 22 ago. 2022.

DOYLE, Oran. **Constraints on Constitutional Amendment Powers**. Chapter 3 in: Richard Albert, Xenophon Contiades and Alkmene Fotiadou, The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment. Oxford, 22 p., 2017.

LANDAU, David. **Abusive Constitutionalism**. Florida State University College of Law, 47 UC DL, 189-260, 2015. Disponível em: https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/47/1/articles/47-1_landau.pdf. Acesso em: 22 ago. 2022.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LIMA, Renata Murta de. A atuação extrajudicial do Ministério Público no período de pandemia: estudo de caso do município de Baturité – Ceará. **Revista Acadêmica Escola Superior Do Ministério Público Do Ceará**, 12(2), 121–139, 2020. Disponível em: <https://raesmpce.emnuvens.com.br/revista/article/view/46/40>. Acesso em: 30 ago. 2023.

MACHADO, Rafael Moreno Rodrigues Silva. **O Ministério Público como cláusula pétrea e o paradigma da essencialidade no mundo líquido**. In: DE ALMEIDA, Gregório Assagra; CAMBI, Eduardo; MOREIRA, Jairo Cruz. (Org.). Ministério Público, Constituição e Acesso à Justiça: Abordagens Institucional, Cível, Coletiva e Penal da Atuação do Ministério Público. 1ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, v. 1, p. 637-672.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

MENEZES, Brenno Augusto Freire. **Ministério Público: função essencial ao acesso à justiça**. Conteúdo Jurídico, v. 1065, p. 136-162, 2022.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 9.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

NETO, Manoel Jorge e Silva. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora: Lumen Juris, 2021.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 18ª ed. São Paulo: Editora: GEN, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, Rodrigo Duarte da. **Aplicação do princípio da eficiência**. Trabalho de Conclusão de Curso (Pós-Graduação em Jurisdição Federal) – AJUFESC. Florianópolis, p.1-20. 2014.

TUSHNET, Mark 1995. **The Whole Thing**. Constitutional Commentary 12: 223–5, 1995.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma**. São Paulo: Malheiros, 1999.

A JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA: COMO
COMPATIBILIZAR OS DIREITOS E
GARANTIAS DOS JURISDICIONADOS
COM A AMPLIAÇÃO DOS ACORDOS NO
ORDENAMENTO BRASILEIRO

*THE NEGOTIATED CRIMINAL JUSTICE: HOW
TO MAKE THE RIGHTS AND GUARANTEES OF
THOSE UNDER JURISDICTION COMPATIBLE
WITH THE EXPANSION OF AGREEMENTS IN
BRAZILIAN LEGAL SYSTEM*

A JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA: COMO COMPATIBILIZAR OS DIREITOS E GARANTIAS DOS JURISDICIONADOS COM A AMPLIAÇÃO DOS ACORDOS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO¹

*THE NEGOTIATED CRIMINAL JUSTICE: HOW TO MAKE THE RIGHTS AND
GUARANTEES OF THOSE UNDER JURISDICTION COMPATIBLE WITH THE
EXPANSION OF AGREEMENTS IN BRAZILIAN LEGAL SYSTEM*

*Gabriel Almeida Granja²
Antonio Henrique Graciano Suxberger³*

RESUMO

O artigo tem como objetivo analisar a atual conjuntura da justiça penal negociada, com ênfase à sua conformação no ordenamento brasileiro e provável ampliação, através dos denominados acordos de culpa. A metodologia adotada foi a dedutiva se valendo de revisão bibliográfica e documental, a pesquisa seguiu o tipo jurídico-comparativo, utilizando-se dos mais recentes projetos legislativos acerca do tema. Constatou-se que a expansão da justiça negociada em matéria penal, quando obediente a um procedimento público e formalizado, que minimize a ocorrência de injustiças e estabeleça uma abrangência delimitada, mostra-se não apenas viável, como benéfica para os atores processuais e para sociedade.

Palavras-chave: processo penal; justiça penal negociada; barganha da acusação; acordo de culpa.

1 Data de Recebimento: 10/10/2023. Data de Aceite: 14/11/2023.

2 Pós-graduado em direito *Lato sensu* na Especialização Ordem Jurídica e Ministério Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPDFT). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (CEUB). Advogado licenciado (OAB/DF). Assessor Jurídico no Conselho Federal de Contabilidade. E-mail: gabriel00almeida222@gmail.com. Currículo Lattes: <https://lattes.cnpq.br/6807224840537398>. ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-4814-9875>.

3 Doutor e Mestre em Direito. Pós-doutor. Professor titular do programa de Mestrado e Doutorado em Direito do CEUB e dos cursos de especialização da FESMPDFT. Promotor de justiça no Distrito Federal. E-mail: antonio.suxberger@ceub.edu.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9136957784681802>.

1 INTRODUÇÃO

A Justiça penal negociada vem sendo muito debatida ao longo das últimas décadas no ordenamento brasileiro, ganhando grande relevo em discussões acadêmicas, legislativas e judiciais, em especial diante da introdução no Código de Processo Penal da Lei nº 13.964/2019 (a autodenominada “lei anticrime”), que, em seu artigo 28-A trouxe previsão acerca do acordo de não persecução penal (ANPP)⁴, considerado como uma das espécies de institutos negociais existentes no processo penal brasileiro (CNMP, 2017).

Nesse sentido, a expansão da justiça negociada parece um fenômeno inevitável, não apenas no Brasil, mas em diversos outros ordenamentos jurídicos, fato que pode ser encarado como uma evolução do processo penal na busca por mais eficiência, porém, desde que implementado em respeito aos direitos e garantias dos jurisdicionados.

Assim, visando facilitar a compreensão e conceituação da atual justiça penal negocial, norteando-se sempre pela ótica constitucional do processo penal pátrio, o estudo retomará a origem e visitará os debates existentes no direito internacional quando da difusão dos acordos penais, além de analisar as experiências dos ordenamentos jurídicos alienígenas, com especial destaque para o norte-americano no que diz respeito ao *plea bargain*.

Na sequência, entendido os ônus e bônus da legislação comparada, o ponto focal passa para as traduções de institutos negociais existentes no Brasil, e a provável ampliação da justiça negociada no território nacional, a qual seguirá os mais recentes projetos legislativos acerca do tema, resguardando sempre a adoção da ótica constitucional de proteção ao jurisdicionado, ou seja, o processo penal deve ser o meio e não um fim em si mesmo, de modo que as garantias constitucionais devem se sobrepor a eficiência do sistema.

Ainda, pretende-se demonstrar que é vantajosa a ampliação dos espaços de consenso, pois, sem se olvidar dos direitos dos jurisdicionados, os acordos de culpa são capazes de solucionar algumas das mazelas do sistema processual penal brasileiro. Logo, o estudo se torna especialmente relevante para os profissionais do direito, membros das casas legislativas e demais interessados em aprimorar o sistema processual penal pátrio, por meio da justiça negociada.

Quanto à metodologia empregada no artigo, optou-se pela dedutiva e a pesquisa se descortina por meio do tipo jurídico-comparativo (GUSTÍN; DIAS, 2010), uma vez que visa apresentar uma contextualização dos institutos de justiça penal consensual, a partir das figuras de expansão global dos acordos penais. O texto se vale de revisão da litera-

⁴ O acordo de não persecução penal já era aplicado no ordenamento pátrio antes da entrada em vigor da Lei nº 13.964 de 24.09.2019, através da Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público nº 181, de 2017.

tura específica e de análise documental, com ênfase nas proposições legislativas no que concerne aos chamados acordos de culpa.

2 ADVENTO E EXPANSÃO DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA

O ponto de partida da justiça penal negociada é difícil de ser estabelecido⁵ (GIACOMOLLI, 2010), haja vista que os acordos inicialmente eram firmados, informalmente, entre as partes do processo, porém, a despeito de já nesta época receberem grande crítica social, por serem considerados antiéticos, é consenso que no final do Séc. XIX e início do Séc. XX, em países cuja tradição é a *common law*, nascem às primeiras decisões judiciais que versam sobre o tema. Como exemplo, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América⁶ declarou a legalidade da utilização dos acordos de barganha, denominado no referido País de *plea bargain*, por meio da admissão de culpa do acusado (UNITED STATES, 1970).

A ampliação da justiça penal negociada somente alcançou países originários da *civil law* anos mais tarde, diante do processo globalização, a partir da chamada expansão do direito penal. Por meio dela, os Estados, adotando uma visão punitivista⁷ (SILVA SÁNCHEZ, 2010), criaram novos tipos criminais para situações que antes eram sancionadas apenas nas esferas cível e administrativa. Também, nessa sanha punitivista, houve um recrudescimento e majoração das penas já existentes, surgindo políticas criminais mais amplas e duras no combate das diversas espécies de delitos (SUXBERGER; GOMES FILHO, 2016).

Este movimento de expansão foi considerado como um dos fatores para a sobrecarga de processos criminais no Judiciário (NUCCI, 2015), especialmente em Países que adotam o modelo misto ou acusatório-inquisitorial (caso brasileiro)⁸, os quais por resguardarem direitos como o devido processo legal, a legalidade, o contraditório e a ampla defesa, tradicionalmente sempre privilegiaram o processo completo para uma condenação criminal, ampliando, com isso o interregno da duração processual⁹ (LANGER, 2017).

5 Existem registros da aplicação de instrumentos da justiça penal negociada em países que utilizam o sistema acusatório adversarial, como EUA e Reino Unido, desde o Séc. XIX, porém, de maneira extraoficial e sem o reconhecimento válido pelos Tribunais.

6 Em 1970 a Suprema Corte Americana no caso *Brady v. United States*, declarou que é possível à redução de penas através de acordo, desde que o autor se declare culpado (*plead guilty*).

7 A doutrina passou a rotular o fenômeno por meio do qual o direito penal, através de uma gestão punitivista, ocupa os espaços antes exclusivos da esfera sancionatória cível e administrativa de “administrativização” do direito penal.

8 A modelagem do sistema processual penal brasileiro, para parcela relevante da doutrina, é denominada de mista, pois, apesar de se assemelhar aos sistemas acusatórios, ainda contém institutos/previsões legais cuja base é inquisitorial.

9 O modelo acusatório pátrio cuja tradição é a *civil law*, diverge do acusatório de matriz adversarial, muito utilizado nos países com tradição na *common law*, já que enquanto no primeiro o juiz possui poderes para alcançar a verdade no processo. No segundo, há verdadeiro processo de partes sem que haja interferência do juiz na busca de provas, sendo descompromissado com a busca da verdade.

No modelo misto assinalado, também, são conferidos certos poderes, previstos em lei, ao magistrado, com intuito de que este atue na busca da verdade processual, e não seja mero espectador do conflito até que se alcance um consenso das partes, a exemplo do que ocorre no modelo adversarial.

Dentro deste contexto, principalmente, com intuito de desafogar a sobrecarga de processos judiciais, e a mora na sua resolução¹⁰ (VASCONCELLOS, 2015), surgem os primeiros movimentos de implementação da justiça penal negociada dentro de países que seguem o modelo misto, nos quais há a busca pela verdade material e não da mera verdade formal do sistema acusatório-adversarial¹¹ (SCHUNEMANN; GRECO, 2013).

Considerando este breve retrato, e após significativa evolução da justiça penal negociada até os dias atuais, é possível conceituá-la, sem tecer considerações sobre suas várias ramificações, como sendo um acordo de vontade entre a acusação e a defesa (patrocinada pela defesa técnica), em que ambas as partes por seu livre convencimento decidem pactuar concessões, objetivando antecipar a resolução do conflito, sem a necessidade de submissão a um processo completo (*full trial*) (RODRÍGUEZ GARCÍA, 1997).

Assim, compreende-se que existe um instituto penal negocial, quando há a concomitância de três requisitos: 1) o primeiro é a vontade livre e informada das partes (principalmente a defesa) sobre o negócio e as consequências de sua aceitação; 2) o segundo é a possibilidade de recusa da utilização do instituto negocial pelas partes; 3) o terceiro é que desde o momento em que ocorre a anuência de ambas as partes seja evitado o *full trial*.

A partir dessa conceituação simplificada, é necessário discernir que os institutos de negócio penal são multifacetados e podem assumir características próprias a depender do contexto em que se inserem e da tradição jurídica a que estão submetidos. De maneira que, a importação massificada de institutos negociais penais por diversos países, decorrente da expansão penal, passou a ser comparada a um “transplante legal” do sistema americano da *plea bargain*. Malgrado, a utilização disseminada desta expressão, entendemos, seguindo os ensinamentos de Máximo Langer (2017), que a melhor forma de denominar esta realidade é através da expressão “tradução legal”, pois, em verdade, a aplicação dos institutos negociais penais será sempre uma adequação ao sistema em que visa inserir-se, logo, não se trata de um transplante, *ipsis litteris*, da barganha americana, mas sim de uma tradução ao novo sistema, respeitado o ordenamento jurídico vigente e suas peculiaridades.

10 Existem outros argumentos para inclusão da justiça penal negociada nos países de tradição do *Civil Law* como a dificuldade de produção probatória, a abstração dos tipos penais, a morosidade judicial, porém, parece consenso que o maior influenciador para este movimento foi a grande sobrecarga de processos nos Tribunais.

11 Para Schunemann a mera admissão de culpa não é suficiente para condenação nos sistemas jurídicos que adotam a busca pela verdade material (como o Alemão), diferente do que ocorre nos EUA em que basta a assunção de culpa (*guilty plea*).

Nesse sentido, com escopo de demonstrar os ônus e os bônus da admissão dos institutos negociais no processo penal brasileiro, bem como compreender a juridicidade e constitucionalidade de sua utilização, e provável ampliação, se torna imprescindível introduzir alguns de seus pares internacionais, entendidos em parte como traduções legais aos acordos americanos.

2.1 Os sistemas estrangeiros e a tradução legal

O direito penal e processual norte americano, como já evidenciado, tem suas bases fundadas na *common law* e utiliza-se do modelo acusatório adversarial, possibilitando a implementação de institutos negociais em face do princípio da oportunidade amplamente aplicado em um processo de partes, fato que não ocorre em países cuja raiz é a *civil law*, pois, em regra, nestes há a utilização do princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Seguindo essa lógica, o sistema norte americano criou um dos mais referenciados institutos negociais chamado de *plea bargain*, este consiste em uma negociação prévia ao julgamento (ou durante o júri), entre a acusação, o acusado e a sua defesa (LANGBEIN, 1979), no qual será estipulado um acordo em que o réu se apresenta como culpado do que foi arguido (*guilty plea*) ou informa o seu desinteresse em prosseguir com o processo contestar/contender (*nolo contendere/no contest plea*)¹², ocorrendo em ambos os casos a fixação de sentença criminal pelo juiz, observados os benefícios acordados com a acusação (CAMPOS, 2012).

A *plea bargain* entre as partes usualmente é dividida em três espécies (Brandalise, 2016), de acordo com os benefícios que o acusado recebe: a primeira destas ocorre quando é feita uma confissão de um delito diverso do que foi imputado pela acusação, podendo, neste caso, ocorrer à redução de imputações, quando há mais de uma, ou a alteração do delito imputado (*charge bargain*); também, pode ser feita uma recomendação da acusação, dirigida ao juiz, a fim de angariar uma sentença mais benéfica ao acusado (*sentence bargain*); ou ainda, cabe a modificação dos próprios fatos apontados pelo órgão acusador, em benefício do acusado, desde que haja a confissão (*fact bargain*) (VASCONCELLOS, 2015).

O referido instituto negocial americano sofre há anos críticas ferrenhas, tanto externas quanto no próprio País, em especial diante de sua utilização em excesso e sem controle, conforme se infere do relatório emitido pelo *U.S. Department of Justice*, no ano de 2020 (UNITED STATES, 2020), o qual expõe que cerca de 90% dos processos criminais, que resultaram em condenação foram resolvidos através da *plea bargain*,

¹² Na hipótese do *nolo contendere* não há assunção de culpa pelo acusado, logo, inexistente efeito para eventual reparação de danos na esfera cível.

com confissão do acusado (*plead guilty*). Estes dados são alarmantes na visão de autores críticos, já que demonstram a dependência do processo criminal americano, em face da justiça penal negociada, bem como a existência de um fomento pelos atores processuais para sua ampliação ao longo dos anos.

Todavia, apesar das críticas existentes, outros ordenamentos jurídicos, especialmente da tradição do *civil law*, passaram a “traduzir” os institutos negociais para os seus procedimentos criminais, o que vem ocorrendo, paulatinamente, ao longo de décadas, como exemplo a Recomendação n. 18 de 1987 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa (COUNCIL OF EUROPE, 1987), que aconselhou os países membros a aplicarem o princípio da discricionariedade da acusação na persecução penal, bem como a criação de *out-of-court settlements* (acordos fora do tribunal), a fim de diminuir o número de processos criminais que chegam até as Cortes, suavizando, também, a respectiva duração destes, sob o prisma de melhor respeito ao princípio da razoável duração dos processos.

Nesse sentido, cabe citar duas traduções legais de institutos negociais que se sucederam na Europa, o primeiro chamado de *Absprache* surgiu na Alemanha (VASCONCELLOS; MOELLER, 2016), de modo informal na prática judiciária (sem previsão legal) até meados dos anos 80, sendo regulado apenas em 2009. Este instituto negocial tem como pressupostos o oferecimento da denúncia e a confissão do acusado já no âmbito judicial, permitindo que o juiz¹³, ouvido o acusado, proponha um acordo para estabelecer o andamento do processo e o seu resultado, sem evitar a persecução penal, mas com o poder de abreviá-la, sendo que o acordo, necessariamente, deve ser aceito pelo réu e pelo acusador público, por meio do qual serão fixados os limites máximo e mínimo da sanção penal a ser decretada (VASCONCELLOS; MOELLER, 2016), afastando qualquer semelhança com a *charge bargain* e a *fact bargain* dos EUA, já que inexistente o espaço de negociação com a acusação.

No *Absprache* é mantida a busca pela verdade processual, ou seja, o magistrado deve se ater as provas já produzidas para fixar o acordo, com base na gravidade do delito e na culpabilidade do infrator, por isso, também, se torna necessário que seja atestada a veracidade da confissão, a fim de obstar condenações injustas.

O segundo instituto negocial a ser observado é o chamado *Patteggiamento* (ou aplicação de pena por requisição das partes) desenvolvido e implementado no Código de Processo Penal italiano, inicialmente, em 1981, mas sofreu grande ampliação do seu alcance em 2003 (LANGER, 2017). Este instituto negocial é confeccionado pelas partes (promotor público e acusado), de maneira prévia a audiência de julgamento, e traz como

¹³ Na Alemanha o magistrado tem uma postura ativa singular, pois, a partir do oferecimento denúncia pela promotoria, será o juiz quem assume o domínio do processo penal para todos os demais atos, inclusive na esfera probatória.

benefícios a possibilidade de redução da pena, ou no caso de delitos menores pode ser realizada a suspensão condicional da pena que a extinguirá após o prazo de cinco anos.

O *Patteggiamento* diferente do instituto correlato alemão não tem participação ativa do magistrado no acordo, porém, requer a homologação judicial, com intuito de atender a busca pela verdade material, consectário da modelagem acusatória (com origem inquisitorial). Entretanto, é possível dizer que, entendendo este instituto como uma tradução legal, há uma aproximação do *nolo contendere* norte americano, pois, se trata de uma renúncia do acusado à defesa, que não se fundamenta em um juízo de culpabilidade, mas pode ter como base evitar os custos e/ou a publicidade de um processo criminal (ANGELINI, 2013).

Portanto, considerando o breve histórico apresentado, referente à utilização da justiça penal negociada e a consolidação global de seus institutos em diversos países com culturas jurídicas diversas, é possível, analisar a utilização da justiça negocial no ordenamento pátrio e as consequências de uma possível ampliação no seu uso.

3 APLICAÇÃO AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A justiça penal negocial foi incorporada no direito pátrio com o advento da Lei nº 9.099 de 1995 (BRASIL, 1995), a qual, para além de estabelecer os juizados especiais criminais, trouxe a previsão de institutos negociais na seara criminal, para os delitos considerados como de menor potencial ofensivo, mediante autorização constitucional prevista no art. 98, inc. I, da Constituição Federal. O principal argumento para a implementação destes institutos no ordenamento brasileiro foi o aumento exponencial de processos, o que congestionava o Poder Judiciário, e atrapalha a resolução das demandas em tempo razoável, em especial, aquelas que tangenciam violações a direitos mais caros ao ordenamento jurídico brasileiro.

Os institutos de negócio penal abarcados pela referida lei foram três: 1) a composição de danos (Art. 74, § único), esta ocorre por meio de uma conciliação, no Judiciário, entre o acusado e a vítima, nos crimes de ação penal privada e pública condicionada à representação, a qual tem como resultado a aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, com a conseqüente renúncia do direito de queixa ou representação; 2) a suspensão condicional do processo (Art. 89), neste haverá proposta do Ministério Público sobre a suspensão do processo, mediante alguns requisitos que serão homologados pelo juiz, os quais caso cumpridos extinguem a punibilidade do crime; 3) e a transação penal (Art. 76), este também é proposto pelo Ministério Público, desde que não configurada hipótese de arquivamento, sendo oferecida a aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, a qual deverá ser aceita pelo acusado e apreciada pelo juiz que aplicará a sanção, sem que esta importe no registro de reincidência ou antecedentes criminais.

Ainda, cabe especial destaque para a transação penal que foi motivo de maior controvérsia na doutrina e jurisprudência, haja vista que os seus detratores afirmavam que haveria a supressão do devido processo legal e da ampla defesa, porém, esta tese foi afastada pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2009), pois, diferente dos institutos negociais utilizados por outros países, no Brasil, os institutos negociais em matéria criminal não fazem coisa julgada material. Ou seja, se após a homologação do acordo pelo magistrado ocorrer o descumprimento de suas cláusulas, não é possível compelir o acusado a cumpri-lo, nem mesmo haverá conversão em pena privativa de liberdade, mas sim o retorno ao *status quo ante*, prosseguindo com a regular marcha processual.

Outro instituto negocial que, apesar de suas peculiaridades, merece ser citado é a colaboração (ou delação) premiada¹⁴ (Brasil, 2013), esta tem características distintas dos demais, pois, em verdade se trata de um meio de obtenção de prova, e como espécie de direito penal premial, requer que o acusado vá além da mera declaração de culpa e passe a colaborar ativamente com os órgãos investigativos, apresentando informações que atinjam os objetivos da lei e auxiliem na identificação de coautores e partícipes da infração penal.

A colaboração premiada apesar de trazer requisitos específicos, uma vez que objetiva combater a macrocriminalidade, como exemplo às organizações criminosas. Também, é considerado um instituto negocial, já que tem como pressuposto um acordo entre o investigado e a polícia (com anuência do MP) ou diretamente com o promotor de justiça, sendo em ambos os casos apenas homologados pelo juiz. Contudo, há casos em que a colaboração não trará o benefício de evitar o *full trial*¹⁵, pois, a sua função precípua é ser meio para angariar provas, podendo correr o processo em seu interim com a condenação do colaborador, mediante sentença.

Por último, mas não menos relevante, existe o acordo de não persecução penal (ANPP), incorporado no ordenamento brasileiro, inicialmente, através da Resolução nº 181/2017 do CNMP, e posteriormente, normatizado através da Lei nº 13.964/2019 em seu Art. 28-A, este instituto representa uma ampliação da justiça negociada no Brasil¹⁶ (VASCONCELLOS; MOELLER, 2016), passando a possibilitar acordos não apenas para delitos de menor potencial ofensivo, como na transação penal, mas também para a média criminalidade.

14 A colaboração encontra previsão em diversas leis, mas tem sua principal regulamentação no art. 3º-A e segs. da Lei de Organização Criminosas.

15 O Art. 4º, § 5º, da Lei nº 12.850/2013, traz a possibilidade de celebrar o acordo de colaboração após ter sido proferida uma sentença condenatória em juízo.

16 O ANPP, assim como *Absprache* alemão, em alguma medida surge da prática judiciária, sem previsão legislativa. É possível identificar antecedentes de acordos penais que resultaram em arquivamento de apurações a partir unicamente da reparação do dano ao ofendido e a aceitação de equivalentes funcionais da pena. A adoção de uma feição regulamentar – e depois por lei ordinária – nomina o instituto e, enfim, o formaliza normativamente.

O ANPP segue a lógica da transação penal, pois, não sendo caso de arquivamento, é possível a proposição do acordo pelo Ministério Público, o qual será firmado mediante aceite do investigado, sendo apenas homologado em juízo para averiguar a legalidade, inexistindo participação do juiz na negociação. Todavia, a lei estipula que este instituto requer a confissão formal da prática do delito, e o cumprimento de condições específicas para obtenção do benefício, qual seja não ser denunciado pelo delito em apuração.

Os institutos negociais, ora mencionados, são exemplos de ampliações da discricionariedade persecutória brasileira, o que inegavelmente encontra seu eixo medular na *common law*, porém, diferente do que é dito por parcela da doutrina, os referidos institutos não são ampliações ou sequer traduções da *plea bargain* americana. Dado que, seguindo a ideia da tradução legal, a ampliação da discricionariedade, por meio da justiça penal negociada brasileira, tem como substrato os Países que compatibilizam esta ampliação com a busca pela verdade material (dos sistemas acusatório-inquisitoriais), como ocorre nos institutos do *Patteggiamento* italiano e do *Absprache* alemão, o que nos afasta da barganha de sistemas acusatório-adversariais como o norte-americano.

3.1 Desafios e críticas à utilização da justiça penal negociada

A produção acadêmica, no campo teórico do processo penal e pesquisas empíricas, abordam experiências com a Justiça penal negociada, principalmente após o movimento de expansão do direito penal, o qual acelerou a implementação dos institutos negociais em matéria criminal nos mais diversos ordenamentos jurídicos, conforme já exposto.

A partir disso, foram consolidados os principais pontos de convergência quanto aos desafios/críticas, comuns a maioria dos sistemas em que há *diversion* (diversão)¹⁷ (BRANDALISE, 2016), logo, na sequência serão trazidos à baila três dos principais e mais discutidos pontos sobre a possível ampliação da justiça negociada, a fim de expor se há uma melhor forma de utilização desses importantes mecanismos.

O primeiro desafio/crítica na utilização dos institutos negociais penais é a supressão de direitos e garantias do jurisdicionado, ao abreviar o processo judicial completo (*full trial*). Esta crítica levanta o argumento de que a função primordial da justiça negociada é a diminuição da sobrecarga de processos judiciais o que, em tese, causaria maior onerosidade para o jurisdicionado, por isso, na visão de um direito processual penal garantista, humanizado e fundado no sistema acusatório, é inconcebível que o indivíduo seja tratado como mero objeto do processo.

¹⁷ O termo *diversion* é utilizado, por alguns doutrinadores, na identificação da justiça penal negocial, pois, esta diverge do processo penal comum, sendo uma alternativa ao procedimento formal.

Assim, autores contrários a Justiça negociada como Aury Lopes Jr. (2019), pontuam que os institutos negociais são benéficos apenas para o sistema judiciário, pois, diminuiria a mora na resolução dos casos e a quantidade de processos sob análise dos magistrados, mas por outro lado, traria prejuízos ao jurisdicionado, pois, este não teria assegurado direitos como a ampla defesa e o contraditório plenos, sem a devida produção probatória em juízo.

Contudo, observa-se que tal crítica apesar de coerente e necessária pode ser sanada resguardando os direitos do jurisdicionado, sem que seja obstaculizada a utilização dos institutos negociais em matéria criminal, mediante a estipulação legal de mecanismos para fiscalizar a minuta e a voluntariedade dos acordos, bem como estabelecendo a publicidade prévia da produção probatória angariada contra o acusado, a fim de que este possa tomar a decisão de aceitar ou não o acordo embasado nos elementos de informação que a acusação tem disponíveis.

Quanto ao segundo desafio/crítica se refere à mercantilização da justiça penal através da concessão de um elevado poder para a acusação, aumentando a discricionariedade na persecução penal, o que pode ensejar uma indevida pressão sobre o jurisdicionado, a fim de que aceite um acordo com receio de sofrer represálias do órgão acusador ou mediante a aplicação de uma pena mais gravosa pelo Poder Judiciário, a ver que ao declinar do acordo estaria aumentando a sobrecarga de processos judiciais.

Convém ressaltar que, esta crítica acerca da proposição de acordos de forma desregrada, e sem limites, é antiga e segue sendo um dos principais pontos de embate, quando analisado a *plea bargain*, existente nos EUA (DERVAN; EDKINS, 2013). Isto ocorre, pois, em um sistema de partes com a diminuição do controle através do Poder Judiciário, o órgão acusador pode assumir uma postura que ignore totalmente a busca pela verdade, diferente do que atualmente existe no ordenamento pátrio, tornando usual a condenação de inocentes.

O terceiro e último desafio/crítica a ser exposto é o incremento, em um curto espaço de tempo, de condenações estipulando penas privativas de liberdade, o que ocasiona uma superlotação dos sistemas penitenciários, atrapalhando algumas das funções da pena, como a prevenção especial positiva (ressocialização), expressa como um dos objetivos da Lei de Execução Penal brasileira (Brasil, 1984).

Esta crítica é muito relevante para o debate da aplicação dos institutos negociais, mas fica restrita aos institutos negociais que possibilitem a aplicação de penas privativas de liberdade, o que não ocorre no direito brasileiro, até o momento da redação deste artigo. Todavia, a discussão se torna imprescindível, pois, uma consequente ampliação da Justiça penal negociada invariavelmente alcançará delitos que irão possibilitar a aplicação imediata de penas privativas de liberdade.

A situação penitenciária brasileira é amplamente conhecida, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, o qual apontou a existência do chamado “estado de coisas inconstitucional”, através da ADPF 347 MC (BRASIL, 2015), e pela própria administração penitenciária que através de seus relatórios, demonstra ano a ano o aumento da sobrelotação dos presídios (Brasil, 2017), fazendo o Brasil alcançar a terceira colocação entre os países com maior população carcerária do mundo (FAIR; WALMSLEY, 2021).

Outrossim, a ausência de recursos, materiais e humanos, de órgãos como as polícias e o Ministério Público, gera na sociedade a noção de seletividade do sistema penal, ou seja, que as instituições apenas atuam para investigar e punir uma pequena parcela de delitos, sem a existência de critérios pré-estabelecidos para tanto. Por isso, para alguns autores, não é demais a preocupação de que a justiça negociada, utilizada em excesso, ocasione um incremento nas condenações, cuja sanção seja privativa de liberdade (VASCONCELLOS, 2021).

Como contraponto, a Corte Europeia de Direitos humanos (CEDH), ao apreciar caso acerca da justiça negociada (Council of Europe, 2005), informou que a utilização de acordos penais que resolvam a culpa no caso concreto (inspirados em uma das modalidades *plea bargain*), para além da evidente diminuição do volume de processos no Judiciário, também, atua na redução das penas impostas ao indivíduo que celebra o acordo, diminuindo, por conseguinte, a quantidade de presos do sistema carcerário.

Desse modo, apresentadas as três críticas preponderantes, que vedariam a possível ampliação dos institutos negociais, cabe aprofundar os meios para superá-las, bem como discutir se é viável a aplicação ampliada do espaços de consenso em face dos espaços de conflito, conceitos descritos por Molina e Gomes (2002)¹⁸, para além dos institutos negociais já existentes no cenário nacional.

4 AMPLIAÇÃO DOS INSTITUTOS NEGOCIAIS PENAIS NO BRASIL

A ampliação dos institutos negociais penais no território nacional já é uma realidade, a ver que desde a Lei nº 9.099/95, que instituiu os negócios penais para a pequena criminalidade, houve considerável incremento do uso da Justiça negociada, em especial com o ANPP, o qual aumentou o alcance da esfera consensual para os delitos considerados de média criminalidade, conforme já explicitado anteriormente.

Logo, cabe observar que a ampliação dos institutos negociais penais no Brasil não é mais uma questão de “se”, mas apenas de “quando”, a ver que a partir da relativização do princípio da obrigatoriedade que orienta o exercício da ação penal pública, usual-

¹⁸ Na visão dos autores, os espaços de consenso devem ser bem definidos e voltados à pequena e média criminalidade, buscando a ressocialização, enquanto, a criminalidade grave deve ser mantida sob a tutela dos espaços de conflito.

mente extraída do art. 24, CPP¹⁹ (BRASIL, 1941), foi adotada como exceção a chamada discricionariedade regrada, a qual é criticada por Grinover e outros (1999)²⁰, que se baliza na legalidade para fixar os critérios de oportunidade do órgão jurisdicional. Ou seja, a avaliação acerca do interesse de agir (necessidade/utilidade) na persecução penal pelo *parquet* não é irrestrita, havendo a imposição de limites que asseguram os direitos/garantias constitucionais aos jurisdicionados, na hipótese de utilização dos acordos em matéria penal.

Nesse sentido, enfrentadas as críticas quanto à justiça penal negociada, no tópico anterior, e reconhecendo a sua provável ampliação no curto prazo, se torna necessário discutir, mediante as balizas constitucionais, os limites para os novos institutos negociais do ordenamento brasileiro, o que se pretende realizar por meio da análise das mais recentes proposições legislativas nesta matéria.

A primeira tentativa de proposição legislativa que merece destaque sobre o tema foi o Anteprojeto do Novo Código de Processo Penal, atualmente em trâmite no Congresso Nacional (PL 8.045/2010), o qual introduz em seu art. 283 um novo mecanismo para antecipação do juízo condenatório, mediante negociação entre as partes, chamado de “procedimento sumário”.

Este instituto negocial se limitaria a média criminalidade²¹, e permite que até o início da instrução em juízo o Ministério Público ou o acusado, representado pelo seu defensor, possa requerer a abreviação do procedimento ordinário com a aplicação imediata de pena (inclusive a privativa de liberdade), desde que haja confissão total ou parcial do acusado e a dispensa de produção de provas, sendo considerada a homologação do acordo pelo juiz como sentença condenatória para todos os fins.

Ainda, mais recentemente, outra tentativa legislativa de ampliar a justiça negociada brasileira surgiu no teor do denominado pacote “anticrime”, em seu art. 395-A²² apelidado de “procedimento abreviado”, o qual acabou sendo retirado do texto aprovado em sua versão final, porém, serve como referência para a análise que visa ser realizada.

O “procedimento abreviado” se assemelha ao “procedimento sumário” ao criar um rito processual que abrevia o procedimento comum aplicando uma pena imediata, mas difere do anterior, pois é extremamente amplo, já que este acordo não condiciona a sua

19 O referido artigo que versa sobre a necessidade dos crimes de ação pública serem promovidos por denúncia do Ministério Público é entendido como a manifestação do princípio, o qual também se extrai do art. 129, inc. I da CF/88.

20 Para a autora, a discricionariedade regrada dada aos membros do *parquet* deveria se limitar a penas alternativas (restritiva de direitos ou multa), porém, sem alcançar a pena privativa de liberdade.

21 O “procedimento sumário” traz uma ampliação da abrangência da média criminalidade, já existente nos institutos negociais brasileiros, abarcando os crimes cuja sanção não supere oito anos.

22 O artigo trazia em seu *caput*: “Após o recebimento da denúncia ou da queixa e até o início da instrução, o Ministério Público ou o querelante e o acusado, assistido por seu defensor, poderão requerer mediante acordo penal a aplicação imediata das penas.”

utilização a uma faixa de criminalidade, ou seja, permite que seja aplicado em face de qualquer delito²³ (BRANDALISE, 2016), após a denúncia e até o início da instrução, mediante requisição, desde que haja a confissão do acusado, ocorrendo à dispensa da produção de provas e a renúncia do direito de recorrer.

Assim, não visando destrinchar tais institutos, mas apenas com fito de demonstrar o caminho que as possíveis ampliações estão trilhando, convém o destaque que em ambos os casos um novo acordo penal busca possibilitar a aplicação imediata de uma pena privativa de liberdade ao acusado, o que seria uma inovação no ordenamento jurídico, tendo em vista que os institutos negociais vigentes no Brasil tem características meramente despenalizantes, de forma que objetivam a abreviação do processo com resposta distinta da privação de liberdade.

Logo, considerando as últimas tentativas de ampliação da justiça penal negocial, é possível observar que caso se introduza novo acordo penal que permita a fixação de sanção privativa de liberdade ao ordenamento pátrio, passa a ser aplicável a crítica já evidenciada acerca da superlotação do sistema penitenciário ao direito brasileiro. Também, há que se atentar sobre a constitucionalidade deste acordo, uma vez que ao implementar um acordo nesses moldes, necessariamente, torna-se cogente a resolução da culpa no caso concreto, o que enseja uma sentença de mérito que produzirá coisa julgada material, sem o transcurso de toda a marcha processual (SUXBERGER, 2019).

Nos demais institutos negociais brasileiros como: a transação penal, o sursis processual e o ANPP, não há o reconhecimento do fato criminoso, ou de sua prática pelo indivíduo que celebra o acordo (resolução da culpa), ou seja, caso descumprido o acordo haverá o retorno do trâmite processual regular. Enquanto, na espécie de instituto negocial, sob análise, resultará em uma sentença penal que resolve a culpa, o que permite a utilização do poder coercitivo judicial para executá-la em caso de descumprimento pelo acordante, por isso, esta modalidade negocial é nominada pela doutrina como acordo de culpa (VASCONCELLOS, 2015).

Portanto, diante de uma ampliação da justiça negociada através dos acordos de culpa, como os apresentados, parece ser necessária a observância de alguns pontos para eficiência e legalidade de eventual proposição legislativa: o primeiro ponto diz respeito à própria natureza do acordo de culpa, pois, este requer um *standard* probatório²⁴ menos elevado para a condenação criminal (BADARÓ, 2019), haja vista que bastam indí-

23 A ampliação dos espaços de consenso sem a divisão entre “pequena”, “média” e “grande” criminalidade parece ir na contramão de elevada parcela dos ordenamentos jurídicos.

24 O *standard* de prova são os critérios utilizados pelo magistrado na formação de sua certeza ao proferir a sentença ou decisão no processo, por exemplo, há distintos graus de certeza/*standard* probatórios na admissão da ação penal, na decretação de uma prisão preventiva e na prolação de sentença condenatória. Isto para que exista o mesmo resultado para situações semelhantes, com escopo de assegurar segurança jurídica.

cios suficientes de autoria e materialidade do delito para o recebimento da denúncia, os quais, conjugados com a confissão voluntária do acusado, tornam possível a celebração do acordo que após homologação judicial terá efeito de sentença de mérito, inclusive, possibilitando que o acordante seja sancionado com a privação de liberdade.

Nesse prisma, entendendo que no processo penal acusatório-inquisitorial existe a necessidade de busca pela verdade material, e como no acordo de culpa não há produção probatória em juízo, excepcionando a regra do art. 155, CPP²⁵, os elementos de informação coletados na investigação preliminar passam a ter maior relevância. Por isso, é imprescindível que a análise realizada pelo juiz na homologação do acordo adquira um poder maior para controle da oportunidade, quando comparada aos demais institutos negociais, a fim de assegurar a plausibilidade jurídica da denúncia, a voluntariedade das confissões e a inexistência de condenações injustas (VASCONCELOS, 2021), além de averiguar se a punição acordada reflete a gravidade do delito e a culpabilidade do autor, uma vez que a homologação, em verdade, tem natureza e efeitos de sentença condenatória.

Outro ponto importante acerca da ampliação via acordos de culpa refere-se à abrangência da criminalidade que ele abarcará, pois, no exemplo do “procedimento abreviado”, a sua utilização é global no ordenamento, inclusive para a “grande” criminalidade, alcançando delitos com consequências graves²⁶ (BRASIL, 1988), o que amplia sobremaneira a adversarialidade do sistema processual.

Por isso, cabe o questionamento se as instituições estariam preparadas para esta mudança metodológica, na qual haverá diminuição da atividade promovida no âmbito judicial, e, em contrapartida o aumento exponencial da atividade ministerial e persecutória. Essa reflexão também deve ser levada a órgãos imprescindíveis a consecução dos acordos como a Defensoria Pública, a qual por falta de pessoal já encontra dificuldades de prestar assistência jurídica gratuita aos hipossuficientes.

Logo, entende-se que uma alteração moderada, com delimitação da abrangência do acordo de culpa, talvez seja uma melhor solução em um primeiro momento, a fim de estabelecer essa nova dinâmica normativa no direito brasileiro, com escopo de adequar as organizações e os próprios jurisdicionados ao novo modelo de justiça.

Noutra assentada, a ampliação através de acordos de culpa, prefacialmente, atende à constitucionalidade respeitando direitos e garantias dos jurisdicionados, em especial se

25 “Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

26 Ressalva há de ser feita quanto aos crimes dolosos contra a vida, os quais por expressa previsão constitucional (art. 5º, XXXVIII, CF/88) devem ser julgados pelo Tribunal do Júri, não se submetendo a institutos negociais com status infraconstitucional.

observar: 1) O devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/88), criando novo procedimento com previsão legal expressa, que respeite aos postulados da proibição de excesso e da vedação à proteção deficiente; 2) A inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF/88), ao realizar controle através do judiciário tanto no recebimento da denúncia, quanto na homologação do acordo; 3) O sistema acusatório (art. 129, I, CF/88), ao manter a separação entre o juiz, a acusação e a defesa, vedando a prática de atos de persecução penal pela esfera jurisdicional; 4) O contraditório e a ampla defesa (art. 5º LV, CF/88), resguardando a oportunidade das partes, por ato voluntário e informado, de produzirem provas, ou de as dispensarem no acordo de culpa (no âmbito do contraditório), e, exclusivamente para a defesa a premissa de apresentar sua versão dos fatos (autodefesa), em sede do interrogatório, devidamente amparada em todos os atos por defensor técnico (SUXBERGER, 2019).

Por fim, diante de todo o evidenciado demonstra-se possível a ampliação da justiça negociada, por meio dos acordos penais de culpa no direito brasileiro, porém, ainda são necessários maiores estudos sobre o impacto prático desta ampliação, e quais faixas de criminalidade este novo instituto negocial deve alcançar. Assim, para além do refinamento da legislação que o implementará, aparenta ser relevante o aperfeiçoamento e capacitação prévia das instituições como: o Ministério Público, o Judiciário (aos juízes que o homologarão), a Defensoria Pública, os advogados criminais e, até mesmo, as Polícias investigativas, a fim de não deixar arestas para as críticas demonstradas no decorrer deste artigo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fenômeno global de expansão da justiça penal negociada, também, alcançou o sistema processual penal brasileiro, e hoje se desenvolveu para abarcar vários institutos negociais penais, os quais visam, precipuamente, solucionar a morosidade judicial e a sobrecarga de processos penais nos Tribunais, porém, sem que se perca a identidade do processo penal brasileiro.

É acertado afirmar que o processo penal brasileiro caminha em busca de maior eficiência, porém, não abandona sua faceta mais garantista, já que o *full trial* segue sendo a regra, e os institutos negociais existentes no ordenamento pátrio, estão imbuídos da preservação dos direitos e garantias, insculpidos na Constituição Federal, aos jurisdicionados.

Nesse sentido, a ampliação dos espaços de consenso no Brasil, por meio dos acordos de culpa, como os analisados, não foge a regra de proteção dos direitos e garantias e dos princípios constitucionais correlatos, mas apenas promove outro sentido para a busca da

verdade processual, no sistema acusatório-inquisitorial brasileiro, suprindo a ausência do levantamento probatório em juízo pela vontade livre e informada do acusado de se declarar culpado e encerrar o processo, mediante o recebimento de benefícios.

Por isso, ainda que muito seja dito sobre um possível transplante da barganha norte americana ao ordenamento pátrio, verifica-se que o acordo de culpa apesar de ter origem remota nos sistemas adversariais, não se confunde com o negócio processual que se desenvolveu nestes sistemas, os quais, inclusive, mostram-se incompatíveis com a modelagem constitucional, como no caso da *fact bargain* e da *charge bargain*. Isto, pois, no Brasil estes institutos negociais iriam de encontro ao postulado constitucional da inafastabilidade da jurisdição, além de serem inviáveis diante da vedação a discricionariedade ampla e irrestrita para a consecução de acordos criminais.

Compreendendo a ampliação da justiça penal negociada como um avanço, no sistema processual penal brasileiro, entende-se que, o acordo de culpa, quando atento as críticas apresentadas no âmbito deste artigo, obediente a um procedimento formalizado e público, para minimizar a existência de injustiças, e com a sua abrangência delimitada (visando à adequação inicial dos órgãos) é totalmente cabível no ordenamento brasileiro, e tende a apresentar vantagens tanto para as instituições, quanto ao jurisdicionado.

THE NEGOTIATED CRIMINAL JUSTICE: HOW TO MAKE THE RIGHTS AND GUARANTEES OF THOSE UNDER JURISDICTION COMPATIBLE WITH THE EXPANSION OF AGREEMENTS IN BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

ABSTRACT

The paper aims to analyze the current landscape of negotiated criminal justice, with an emphasis on its configuration within the Brazilian legal framework and its potential expansion through what are known as plea agreements. The methodology employed was deductive, relying on bibliographical and documentary reviews, and the research followed a legal-comparative approach, utilizing the most recent legislative proposals on the subject. It was found that the expansion of negotiated justice in criminal matters, when adhering to a formalized and public procedure that minimizes the occurrence of injustices and establishes a defined scope, proves not only feasible but also beneficial for the stakeholders in the legal process and for society.

Keywords: criminal procedure; negotiated criminal justice; plea bargain; guilty plea agreement.

REFERÊNCIAS

ANGELINI, Roberto. A Negociação das Penas no Direito Italiano (o chamado patteggiamento). Coimbra Editora: **Revista Julgar**, n. 19, p. 221-229, 2013.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia Judiciária e Prova Penal**. São Paulo: RT, 2019.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada: negociação da sentença criminal e princípios processuais relevantes**. Curitiba: Juruá, 2016.

BRASIL. Código de Processo Penal. **Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.html. Acesso em: 28 dez. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). **Resolução n. 181, de 07 de agosto de 2017**. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/5277>. Acesso em: 18 fev. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 602.072 Questão de Ordem-Repercussão Geral**, relator Min. Cezar Peluso, julgado em 19.11.2009, publicado no DJe em 26.02.2010. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral1341/false>. Acesso em: 18 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.850 de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. Brasília, 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.html. Acesso em: 18 dez. 2022

BRASIL. **Lei nº 9.099 de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. 26 de setembro de 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.html. Acesso em: 15 dez. 2022.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideias de funcionalidade e garantismo. **Revista Eletrônica do Ministério Público Federal Custos Legis**, v. 4, p. 1-26, 2012.

COUNCIL OF EUROPE. Committee of Ministers. **Recommendation N. R (87) 18 of the Committee of Ministers to member States concerning the simplification of Criminal Justice**. Adopted by the Committee of Ministers on 17 September 1987 at the 410th meeting of the Ministers Deputies. Disponível em: <https://rm.coe.int/16804e19f8>. Acesso em: 14 jan. 2023.

COUNCIL OF EUROPE. European Court of Human Rights (CEDH), **Natsvlishvili e**

Togonidze v. Georgia. Application n. 9043/05, julgado em 08.09.2014. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-142672%22%5D%7D>. Acesso em: 22 dez. 2022.

DERVAN, Lucian E.; EDKINS, Vanessa. The innocent defendant's dilemma: an innovative empirical study of plea bargaining's innocence problem. **Journal of Criminal Law and Criminology**, v. 103, n. 1, 2013.

FAIR, Helen; WALMSLEY, Roy. **World Prison Population List**, 13^a ed. IPCR, 01.12.2021, Birbeck University of London. Disponível em: https://www.prisonstudies.org/research-publications?shs_term_node_tid_depth=27. Acesso em: 26 jun. 2023.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal e Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Juizados especiais criminais: comentários à lei 9.099, de 26.09.1995**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GUSTÍN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

LANGBEIN, John H. Understanding the Short History of Plea Bargaining. *Law and Society Review*. University of Chicago Law School, vol. 13, p. 261-272, 1979.

LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargain e a tese da americanização do processo penal. **DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**. v. 2, n. 3, p. 19-115, 2017.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16^a ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MOLINA, Antônio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: Introdução a seus fundamentos teóricos; Introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95; Lei dos Juizados Especiais Criminais*. 5. ed., São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. **La Justicia Penal Negociada**. Experiencias de derecho comparado. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1997.

SCHUNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (org.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. **A Expansão do Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Projeto de Lei “anticrime” e a adoção do procedimento abreviado no Brasil. *In: SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee do Ó (Org.). Projeto de Lei Anticrime*. Salvador: Jus Podivm, 2019. p. 113–192.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; GOMES FILHO, Dermeval Farias. Funcionalização e expansão do Direito Penal: o Direito Penal negocial. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 13, n. 1, p. 377-396, 2016.

UNITED STATES. Supreme Court. **Brady v. United States**, 397 U.S. 742. May 4, 1970. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/742/>. Acesso em: 18 fev. 2023.

UNITED STATES. U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, **Bureau of Justice Statistics**, Federal Justice Statistics, 2020, May 2022, NCJ 304314. Disponível em: <https://bjs.ojp.gov>. Acesso em: 21 fev. 2023.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negociada**. Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Justiça Negociada e fundamentos do direito penal: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença penal no Brasil - propostas para limitação normativa aos acordos e à atuação judicial no controle de suficiência probatória para homologação. **Revista Brasileira de Ciências criminais**, v. 175, p. 343-360, 2021.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. MOELLER, Uriel. **Acordos no Processo Penal Alemão**: descrição do avanço da barganha da informalidade à regulamentação normativa. Universidade Nacional Autónoma (UNAM), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, n. 147, 2016.

NUEVAS PERSPECTIVAS DE LA
COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN
LA FUNCIÓN MINISTERIAL

*NOVAS PERSPECTIVAS PARA
A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL
NA FUNÇÃO MINISTERIAL*

NUEVAS PERSPECTIVAS DE LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN LA FUNCIÓN MINISTERIAL¹

NOVAS PERSPECTIVAS PARA A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL NA FUNÇÃO MINISTERIAL

Héctor Carreón Perea²

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto analizar los mecanismos de cooperación internacional utilizados por los Ministerios Públicos estatales, así como identificar los principales desafíos en el marco de la asistencia jurídica mutua a nivel regional, a fin de proponer acciones y estrategias innovadoras que fortalezcan las capacidades estructurales y operativas de las Fiscalías en la investigación de delitos de carácter transnacional e internacional.

Palabras Clave: Ministerio Público; cooperación internacional; Corte Penal Internacional; jurisdicción universal; asistencia jurídica internacional.

1 MECANISMOS DE ASISTENCIA JURÍDICA INTERNACIONAL ENTRE FISCALÍAS

Las instituciones de procuración de justicia - Fiscalías, Ministerios Públicos, Procuradurías, entre otros - brindan servicios de asistencia jurídica primordialmente orientados a dos objetivos particulares: la investigación y la persecución de los delitos ante los tribunales o autoridades jurisdiccionales.

Desde esa perspectiva, la función de dichas instituciones puede ampliarse más allá de la jurisdicción interna o local, atendiendo a diversas condiciones que tanto la legislación penal material como formal imponen para su materialización.

Por ejemplo, cuando un delito se inicia, prepara o comete en territorio extranjero por un mexicano contra mexicanos o contra extranjeros, o por un extranjero contra mexicanos, la investigación de estos hechos o conductas podrá activarse con base en

¹ Data de Recebimento: 02/09/2023. Data de Aceite: 14/11/2023.

² Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Miembro de la Asociación Internacional de Fiscales y de la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología. Profesor del Instituto Nacional de Ciencias Penales y de la Facultad de Derecho de la Universidad La Salle (México). ORCID: 0000-0001-5207-6507. X: @HectorCarreonP.

la competencia que tiene la Fiscalía General de la República en el Estado mexicano³.

En el mismo sentido, podrá llevarse a cabo la investigación de aquellos crímenes internacionales que estén previstos en un tratado internacional de observancia obligatoria para el Estado mexicano, como lo es el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Frente a estas circunstancias la cooperación internacional constituye una respuesta operativa, la cual desde el ámbito de la procuración de justicia, puede definirse como un conjunto de procedimientos o herramientas mediante los cuales las Fiscalías de un Estado promueven y garantizan de manera coordinada la asistencia jurídica mutua, con la finalidad de intercambiar información que forme parte de una investigación - mecanismo de cooperación informal -; remitir *motu proprio* datos relevantes para que se inicie una investigación o sean incorporados a una que se encuentra en trámite - mecanismo de cooperación espontáneo -, o bien realizar actos de investigación en virtud de la intervención de las Autoridades Centrales designadas por los Estados - mecanismos de cooperación formal-.

Los objetivos de cada mecanismo de asistencia o cooperación pueden confluír. Sin embargo, es importante tener claro qué tipo de información se proporcionará o intercambiará a través ellos.

Tratándose de mecanismos o requerimientos informales, tenemos aquella información relacionada con expedientes o registros de una investigación, los cuales pueden incluir su estado procesal; identificación de personas sujetas a una investigación o de direcciones de protocolo de Internet; medidas de protección a favor de víctimas o testigos, entre otras.⁴

En el caso de la transmisión espontánea de información, su utilidad es vital para el inicio o consecución de investigaciones de delitos complejos que tengan relevancia en diversos Estados - p. ej. corrupción, delincuencia organizada transnacional, crímenes internacionales, etc. -, motivando la reducción de costos, la creación de equipos especializados de investigación y el aumento de la confianza interinstitucional, de cara a “una problemática regional que podría ameritar un abordaje conjunto”⁵.

Por su parte, los mecanismos de cooperación formal se caracterizan por las exigencias de validez y eficacia que los Estados determinan para la realización de actos de investigación tendentes a obtener o incorporar elementos probatorios en el proceso

3 V. Artículo 4º del Código Penal Federal de los Estados Unidos Mexicanos.

4 V. Grupo de Trabajo Cooperación Internacional AIAMP, Guía de Uso Acuerdo de Cooperación Interinstitucional entre los Ministerios Públicos, AIAMP, 2019. p 11, disponible en <https://www.aiamp.info/index.php/grupos-de-trabajo-aiamp/cooperacion-juridica-internacional/documentos/guia-de-uso-del-acuerdo-de-cooperacion-interinstitucional-entre-los-ministerios-publicos-y-fiscales-miembros-de-la-aiamp> (Fecha de consulta: 15 de junio de 2023).

5 *Ibidem*, p. 15.

penal, con base en procedimientos previamente establecidos y con la intervención de autoridades formalmente designadas - aunque no siempre competentes- para intervenir en ellos, y de esta manera brindar legitimidad a cada actuación investigativa.

Si bien, las autoridades ministeriales cuentan con diversos mecanismos de asistencia mutua, cada uno de ellos presenta diversas dificultades operacionales, las cuales pueden acarrear la inactividad, omisión o negligencia en la función que desempeñan.

Entre estos obstáculos podemos señalar la dependencia orgánica que aún persiste en algunas instituciones de procuración de justicia respecto a los poderes ejecutivos o judiciales, y por ende la carente autonomía y autarquía funcionales; la ausencia de una política regional de homologación en la designación de los Ministerios Públicos como autoridades centrales para la asistencia penal internacional; el incumplimiento de compromisos estatales para fortalecer la lucha contra la delincuencia transnacional; la indolencia en la diversificación de canales de cooperación con instituciones u organismos internacionales.

Contender con estos desafíos implica que los Ministerios Públicos latinoamericanos formulen acciones innovadoras y creativas, para ello, se proponen las siguientes estrategias que permitan ampliar los márgenes de cooperación interinstitucional, aunado a su vinculación con otras agencias u organismos internacionales.

2 PROPUESTAS PARA FORTALECER LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL

a. Implementación de Consejos Ciudadanos en las Fiscalías.

En relación a la garantía de independencia de los Ministerios Públicos y su vinculación con las estrategias de cooperación internacional, es importante valorar las recomendaciones formuladas por la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho —también llamada Comisión de Venecia—, la cual a través de su “Informe sobre las normas europeas relativas a la independencia judicial”⁶, propone la instalación de Consejos de Fiscales integrados por fiscales, abogados y miembros de la sociedad civil, orientados a ofrecer conocimientos técnicos en los procedimientos disciplinarios o de nombramiento.

No obstante, su constitución como órganos especializados de consulta puede transitar hacia verdaderos Consejos Ciudadanos que incluyan el acompañamiento y la emisión de opiniones sobre la participación o integración de grupos interdisciplinarios —

⁶ Adoptado por la Comisión de Venecia en su 85ª reunión plenaria —Venecia, 17-18 de diciembre de 2010— sobre la base de las observaciones formuladas por el Sr. James Hamilton (miembro suplente, Irlanda), el Sr. Jørgen Steen Sørensen (miembro, Dinamarca) y la Sra. Hanna Suchocka (miembro, Polonia).

medicina, victimología, antropología, sociología, abogacía, etc.—, para que se brinde asistencia técnica internacional en la investigación de hechos victimizantes como la tortura, la desaparición forzada y la trata de personas.

b. Consolidación del Esquema Hemisférico de Cooperación contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

A fin de robustecer la vinculación de las redes regionales para combatir la delincuencia organizada transnacional en Latinoamérica, es necesario retomar los acuerdos operativos y técnico-políticos del “Compromiso de Chapultepec” —2012—⁷, mediante el cual se estableció el esquema hemisférico de cooperación contra este fenómeno delictivo.

Desafortunadamente, a once años del establecimiento del Esquema Hemisférico, solo se ha dado cumplimiento al pilar técnico-político mediante la creación del Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional —DDOT—, cuyo propósito es la asistencia técnica y legislativa a los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos.

Sin embargo, con el objetivo de complementar el trabajo que realiza el DDOT, resulta de vital importancia que la Asociación Internacional de Fiscales promueva la instalación del Centro Coordinador de las Américas contra la Delincuencia Organizada Transnacional como entidad intergubernamental, pues a través de él se propiciará la articulación de acciones estratégicas, tácticas y operativas de las Fiscalías de manera expedita y en tiempo real.

A partir del trabajo que realice el Centro Coordinador de las Américas se podrán elaborar productos de inteligencia como diagnósticos delictivos y mapas georreferenciados de la delincuencia organizada transnacional.

Además, se impulsará el uso de técnicas de investigación y tecnologías innovadoras, proponiendo la actualización de las plataformas existentes como la Red Hemisférica de Intercambio de Información para la Asistencia Jurídica Mutua, por ejemplo, mediante la consolidación de mecanismos como la utilización del correo electrónico seguro para el intercambio de información confidencial entre los integrantes de las instituciones del Ministerio Público de la región.

Todo ello para solventar los obstáculos que trae consigo la designación de Autorida-

⁷ Resultado de las recomendaciones emanadas de la Primera, Segunda y Tercera Consultas Técnicas para Desarrollar el Esquema Hemisférico de Cooperación contra la Delincuencia Organizada Transnacional, celebradas el 28 y 29 de mayo en Cancún, México; el 28 y 29 de junio, en La Antigua Guatemala, Guatemala; y 2 y 3 de agosto de 2012 en Santiago de Chile, respectivamente.

des Centrales que, en numerosos casos, recae en los ministerios de relaciones exteriores y en el peor de los escenarios del ámbito educativo, lo que refleja su incompetencia para cumplir y ejecutar eficientemente los pedimentos formales de actos de investigación.

c. Designación de Fiscalías como autoridades centrales en la cooperación regional e internacional

Deben honrarse los compromisos contraídos por los Procuradores y Fiscales Generales de Iberoamérica y de la Comunidad de Estados de Lengua Portuguesa mediante la “Declaración conjunta de Lisboa”⁸, que a la letra señala:

Al Ministerio Público le corresponde un rol fundamental en la cooperación judicial internacional, asumiendo los Procuradores Generales y Fiscales Generales miembros de la AIAMP y los Procuradores Generales de la CPLP el compromiso de promover la designación de los Ministerios Públicos como Autoridad Central en el ámbito de la cooperación jurídica/judicial en materia penal.

A pesar de que existen criterios discordantes sobre la inconveniencia de que las fiscalías se constituyan como Autoridades Centrales para coordinar las solicitudes de asistencia jurídica internacional, pues su calidad de parte procesal podría agravar “el desnivel en que ya se encuentra la Defensa con respecto al Ministerio Público”⁹, esto no es del todo acertado puesto que en un procedimiento penal de corte acusatorio la autoridad ministerial tiene la obligación de informar con la debida diligencia y oportunidad cada acto investigativo tanto a las víctimas como a las personas investigadas.

De la misma manera, frente a la investigación de delitos que amenazan la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad — crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y de agresión —, vale la pena reflexionar sobre la relación interinstitucional que deben guardar los Ministerios Públicos estatales con los órganos que integran la Corte Penal Internacional — CPI —, incluidos la Fiscalía y las Salas de Cuestiones Preliminares, de Primera Instancia y de Apelaciones.¹⁰

8 Suscrita en Lisboa el 11 de octubre de 2016, durante la XXIV Asamblea de la Asociación Ibero Americana del Ministerios Públicos y del XIV Encuentro de los Procuradores Generales de la CPLP. Disponible en: <https://www.aiamp.info/index.php/declaraciones-protocolos/declaracion-conjunta-de-lisboa-11-de-octubre-de-2016-espanol> (Fecha de consulta: 23 de junio de 2023).

9 *Cfr.* Alvarez Cossi, Carlos, “La cooperación jurídica internacional, la vía Autoridad Central y los Ministerios Públicos”, en *Revista Pensamiento Penal*, Argentina, 2019. Disponible en <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/44381-cooperacion-juridica-internacional-via-autoridad-central-y-ministerios-publicos-se> (Fecha de consulta: 23 de junio de 2023).

10 *V.* Artículo 34 del Estatuto de Roma de la CPI.

Por tal motivo, las asociaciones de Ministerios Públicos —regionales e internacionales— pueden promover acciones de incidencia ante los gobiernos de los Estados latinoamericanos, para que se actualice el conducto por el cual se reciben y tramitan las solicitudes hechas por la CPI en materia penal, y que estas sean atendidas directamente por las Fiscalías o Procuradurías Generales de cada país, no así por vía diplomática, de acuerdo con lo que dispone el artículo 87 del Estatuto de Roma: “Cada Estado Parte podrá cambiar posteriormente esa designación de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba”.

Recordemos que la mayoría de las solicitudes de la CPI están relacionadas con investigaciones, enjuiciamientos penales y “otras formas de cooperación” —Artículo 93 del Estatuto de Roma—, como la realización de inspecciones oculares o identificar y buscar personas u objetos, las cuales no requieren autorización previa de la autoridad jurisdiccional.

Si se tratase de otro tipo de diligencias, como allanamientos o cateos, exhumaciones y el examen de cadáveres y fosas comunes, que requieren autorización previa de las autoridades jurisdiccionales, no habría inconveniente en que los Ministerios Públicos formalicen cada requerimiento con base en la solicitud de asistencia de algún órgano de la CPI.

Convendría que la estructura organizacional de los Ministerios Públicos contemple estas funciones en las unidades o direcciones de cooperación internacional, para que puedan entablar una interlocución idónea con la CPI, y de esta manera se garantice la imparcialidad en las investigaciones y procedimientos penales, sobre todo en estos tiempos donde la efectividad de la justicia penal internacional se vislumbra más cercana a los fenómenos delictivos de nuestra región.

d. Promoción del ejercicio de la jurisdicción universal y la complementariedad positiva.

En concordancia con el punto anterior, la cooperación internacional en materia penal está cobrando gran importancia en la persecución de crímenes económicos y medioambientales con base en el principio de jurisdicción universal.

Por su extensión y escala, este tipo de crímenes afectan gravemente los derechos humanos de grupos o colectividades a nivel transnacional. Entre ellos tenemos la obstrucción ilegal del disfrute de recursos transfronterizos como la contaminación severa de ríos internacionales; traslados forzosos de comunidades con fines de explotar los recursos naturales de sus tierras ancestrales; la explotación laboral de niñas y niños; la

desviación ilícita de fondos internacionales aprobados para paliar catástrofes humanitarias, o la destrucción irreversible de ecosistemas.

La jurisdicción universal puede determinar la obligación que tienen las Fiscalías o Procuradurías Generales de investigar estos delitos, con independencia del lugar donde se hayan cometido, de la nacionalidad del posible responsable, de las víctimas o de la existencia de cualquier otro vínculo de conexión con el Estado que ejerza jurisdicción, mediante la aplicación de la legislación penal interna o internacional.¹¹

Por lo tanto, de acuerdo con los “Principios de Madrid-Buenos Aires sobre jurisdicción universal”, se debe impulsar la asistencia judicial recíproca entre las fiscalías, teniendo en cuenta que la negativa de reconocimiento del principio de jurisdicción universal por parte de un Estado, no impedirá la prestación del auxilio reclamado.¹²

En estos escenarios donde puede concurrir la investigación de crímenes internacionales tipificados en el ER, la CPI puede adoptar políticas de acción coordinada o de asistencia internacional con las autoridades domésticas, ello desde un enfoque de “complementariedad positiva”, en el que la Oficina del Fiscal de la CPI puede cooperar con las actividades de las Fiscalías locales, a través de un reparto constructivo de cargas investigativas bajo el principio de asociación y vigilancia —por ejemplo, Alemania en el caso de la investigación de miembros líderes de las Fuerzas Democráticas para la Liberación de Ruanda—.¹³

Por otro lado, el Documento de Política sobre la Selección de Casos y Priorización de la Oficina del Fiscal de la CPI —*Policy Paper on Case Selection and Priorisation*—, abre la posibilidad de instaurar una nueva forma de cooperación internacional con los Ministerios Públicos latinoamericanos.

En aras de combatir la impunidad de delitos transnacionales, la Oficina del Fiscal de la CPI podrá brindar asistencia técnica a aquellas Fiscalías que lo soliciten, respecto a la investigación de conductas que constituyan delitos graves con arreglo a la legislación nacional, como la explotación ilegal de recursos naturales, el tráfico de armas, la trata de personas, el terrorismo, los delitos financieros o la destrucción del medio ambiente.

En el mismo tenor, se respaldará plenamente el papel que pueden desempeñar los mecanismos de búsqueda de la verdad, los programas de reparación, la reforma institucional y los mecanismos de justicia tradicional como parte de una estrategia integral más amplia para combatir la impunidad.

11/ Principios Madrid-Buenos Aires, disponible en http://jurisdiccionuniversal.org/?page_id=15 (Fecha de consulta: 23 de junio de 2023).

12 Ídem.

13 Al respecto, consúltese Ambos, Kai y Stegmiller, Ignaz, “Investigando crímenes internacionales ante la Corte Penal Internacional: ¿existe una estrategia de enjuiciamiento coherente y comprensiva?”, en *Revista Penal*, n° 32, España, Tirant lo Blanch, 2013, p. 53.

3 COROLARIO

Sabemos que existen múltiples desafíos de los Ministerios Públicos en la cooperación internacional, hemos abordado algunos de ellos. Con el propósito de redondear estas propuestas de carácter institucional y operativo, me permito destacar un caso emblemático que es resultado del trabajo coordinado entre Ministerios Públicos de diferentes países.

Me refiero a la investigación en el caso Lava Jato, por hechos delictivos producidos en nuestra región por empresas constructoras del Brasil, cuya asistencia efectiva entre jueces y fiscales de diversos países y regiones, ha generado iniciativas que garantizan la utilidad de herramientas procesales como la colaboración eficaz y la protección adecuada de testigos para hacer frente a un fenómeno transnacional como lo es la corrupción.

Finalmente, con miras a dar cumplimiento a las metas planteadas por el Objetivo 16 de Desarrollo Sostenible para crear instituciones de justicia eficaces, responsables e inclusivas, es fundamental que las y los fiscales “se encuentren al día en el uso de tecnologías e instrumentos o herramientas tecnológicas al servicio de la investigación criminal, especialmente aquellas enfocadas a la obtención de evidencia científica por las áreas periciales de las Fiscalías”¹⁴. Lo anterior, a partir de la recomendación realizada por la Relatoría Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados:

Es prioritario desarrollar programas de especialización que refuerzan a los fiscales y a sus operadores en su capacidad de contar con las herramientas necesarias para alcanzar altos estándares de calidad en los resultados investigativos, el manejo de tecnologías o herramientas modernas al servicio de la investigación criminal, sustentado todo ello con evidencia obtenida con respeto a los estándares de derechos humanos y el debido proceso.¹⁵

14 *V.* Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados: El Ministerio Fiscal como actor principal en la lucha contra la corrupción y la garantía de los derechos humanos, A/HRC/44/47, 23 de marzo de 2020, párr. 59, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G20/071/28/PDF/G2007128.pdf?OpenElement> (Fecha de consulta: 24 de junio de 2023).

15 *Ibidem*, párr.93.

NOVAS PERSPECTIVAS PARA A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL NA FUNÇÃO MINISTERIAL

RESUMO

O objetivo deste artigo é analisar os mecanismos de cooperação internacional utilizados pelos Ministérios Públicos estaduais, bem como identificar os principais desafios no âmbito da assistência jurídica mútua em nível regional, a fim de propor ações e estratégias inovadoras que reforçar as capacidades estruturais e operacionais dos Ministérios Públicos na investigação de crimes de natureza transnacional e internacional.

Palavras-chave: Ministério Público; cooperação internacional; Corte Criminal Internacional; jurisdição universal; assistência jurídica internacional.

REFERENCIAS

Alvarez Cossi, Carlos, “La cooperación jurídica internacional, la vía Autoridad Central y los Ministerios Públicos”, en: **Revista Pensamiento Penal**, Argentina, 2019.

Ambos, Kai y Stegmiller, Ignaz, “Investigando crímenes internacionales ante la Corte Penal Internacional: ¿existe una estrategia de enjuiciamiento coherente y comprensiva?”, en **Revista Penal**, nº 32, España, Tirant lo Blanch, 2013.

Asociación Ibero Americana de Ministerios Públicos. **Declaración conjunta de Lisboa**, 2016.

Código Penal Federal de México.

Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia), Informe sobre las normas europeas relativas a la independencia judicial: Parte II-El Ministerio Público, 2010.

Compromiso de Chapultepec: Establecimiento del Esquema Hemisférico de Cooperación contra la Delincuencia Organizada Transnacional, 2012.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Fundación Internacional Baltasar Garzón, **Principios de Jurisdicción Universal Madrid-Buenos Aires**, 2015.

Grupo de Trabajo Cooperación Internacional AIAMP, Guía de Uso Acuerdo de Cooperación Interinstitucional entre los Ministerios Públicos, AIAMP, 2019.

Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados: El Ministerio Fiscal como actor principal en la lucha contra la corrupción y la garantía de los derechos humanos, A/HRC/44/47, 23 de marzo de 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO RESOLUTIVO E
ATIVISMO POLÍTICO OU IDEOLÓGICO

*RESOLUTIVE PUBLIC MINISTRY AND
POLITICAL OR IDEOLOGICAL ACTIVISM*

MINISTÉRIO PÚBLICO RESOLUTIVO E ATIVISMO POLÍTICO OU IDEOLÓGICO¹

RESOLUTIVE PUBLIC MINISTRY AND POLITICAL OR IDEOLOGICAL ACTIVISM

João Gaspar Rodrigues²

RESUMO

Este ensaio busca analisar o impacto da resolutividade sobre o ativismo ministerial, resgatando e reforçando a essência promotora, assertiva e dinâmica do Ministério Público. E, por outro lado, tenta compreender como essa doutrina pode possibilitar o surgimento e a disseminação de uma prática radical de ativismo político ou ideológico nas fileiras ministeriais, com seus efeitos nocivos sobre a imagem e a credibilidade da instituição.

Palavras-chave: Ministério Público resolutivo; ativismo ministerial; ativismo político; imparcialidade; impessoalidade.

1 INTRODUÇÃO

Instituições públicas na execução de suas tarefas legais e constitucionais submetem-se a um rígido padrão ético e profissional. Há controles formais e informais, concretos e difusos, internos e externos dispostos em cascata a exigir certa conformidade a esses fins de realce público. No caso do Ministério Público, objeto deste ensaio, a questão assume uma importância ainda mais proeminente, dada a ultrassensibilidade dos interesses a serem protegidos e pela origem constitucional da instituição.

A visão de maior efetividade, na defesa dos interesses constitucionais atribuídos ao MP, impôs uma nova forma de atuação, preocupada em alcançar resultados úteis e relevantes para a sociedade, fugindo à mera positivação dos direitos e a um mero acionamento judicial, sem uma estratégia substancial de fundo. Esta perspectiva, embora tenha aberto novos e múltiplos canais de acesso à justiça, trouxe a reboque alguns fenômenos

¹ Data de Recebimento: 16/08/2023. Data de Aceite: 14/11/2023.

² João Gaspar Rodrigues. Promotor de Justiça do MPAM. Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra. Email: joaorodrigues@mpam.mp.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3728284485798564>. Celular: (92) 981276162. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6512-4643>.

discutíveis, como, por exemplo, o ativismo político e ideológico, cuja análise, ainda que sucinta, nos ocupará neste ensaio.

A tentativa do estudo é reunir elementos indicativos sobre a total incompatibilidade do ativismo político ou ideológico no âmbito do Ministério Público. Uma vez analisado e bem compreendido, o fenômeno desaparece do horizonte institucional; explicá-lo, implica em eliminá-lo com a explicação, sem grande margem de aceitabilidade.

Para auscultar e filigranar todos, ou pelo menos, os principais aspectos do fenômeno do ativismo político, ou ideológico, no âmbito do Ministério Público, foi feito uso de uma metodologia revisionista da bibliografia existente, além de um *approach* comparativo sobre situações enfrentadas por outras instituições, em especial, o Judiciário.

2 ATIVISMO POLÍTICO: NOÇÃO E PERFIL

Neste item, serão elencadas algumas noções sobre o fenômeno do ativismo político ou ideológico – em geral e especialmente dentro de instituições meritocráticas como o MP -, com o fim de traçar, mesmo que em largas pinceladas, o perfil de seus protagonistas, sob a convicção de que um fenômeno resulta transformado pelo simples fato de ser conhecido. A essência métrica desse perfil nos ajudará a entender melhor, num segundo momento da análise, o comportamento dos membros ministeriais imbuídos desse espírito e encontrar mecanismos para neutralizá-lo ou canalizá-lo, de modo regular e legítimo, aos transcendentais fins institucionais.

O ativismo político, em determinado recorte da atuação funcional do MP, propõe um avanço ideológico, às vezes, político-partidário e sectário, onde deveria existir produtivo esforço por resolutividade e efetividade dos direitos sociais e individuais indisponíveis. Este *locus* técnico-jurídico é, após uma tóxica ofensiva ideológica, rotulado, fora dos padrões científicos, de insuficiente e até conservador, como se a noção do Direito e das boas técnicas que o auxiliam na sua concretização se tornasse uma propriedade acidental de uma narrativa específica.

O ativista político fecha-se numa narrativa rigidamente exclusiva, etnocêntrica, supostamente singular, sendo incapaz de escutar o outro que, quase sempre, é o inimigo a combater. E por este modo, desenvolvendo-se em torno de uma narrativa autorreferente e autocentrada, cria, ainda que involuntariamente, uma linha limítrofe. E essa fronteira estabelecida entre o eu e o outro, gera o inimigo. Assim, o mundo é, naturalmente, dividido em aliados e inimigos³, contra ou a favor, não parecendo existir meio termo. Tudo

3 Como diz Popper (1980, p. 235): “Nossa reação ‘natural’ será dividir a humanidade em amigos e inimigos, nos que pertencem à nossa tribo, à nossa comunidade emocional, e nos que estão fora dela; nos crentes e nos incrédulos; nos compatriotas e estrangeiros; nos camaradas de classe e inimigos de classe; e nos condutores e conduzidos”.

que lhe seja contrário, qualquer narrativa que contrarie o sedimento de seus padrões mentais adestrados na causa, pode soar como heresia jurídica (ou política). Predomina uma vontade de destruição de tudo quanto é dado ou constitui legado da tradição, ainda que racional e razoável⁴.

No horizonte de seu extremismo intelectual e de suas estruturas psíquicas, o acólito de uma causa perde a capacidade de se identificar simpaticamente com o outro (que pensa diferente e tem uma mundividência própria) e de captar argumentos contrários aos seus, olvidando a fina percepção de que os “polos de contraste que dividem as pessoas são, na verdade, necessidades dialéticas objetivas do mundo vivo” (Bateson, 1997, p. 237). Perde, de igual modo, a capacidade de escutar, apoderando-se de toda a realidade e a engolindo, sem grandes reflexões. A quem não seguir a causa e combater por ela, é negado lugar de fala, quando não, antagonizado. Não escutar o outro é, então, a forma mais ignóbil de brutalidade na imposição das próprias ideias. São qualidades opostas às exigidas para o perfil resolutivo ou a cultura de resultados – concretos, úteis e relevantes - que se tenta consolidar na prática institucional.

A lei (ou a sua referência) parece tornar-se nas mãos desses agentes políticos uma arma antirracionalista, de modo, inclusive, a engendrar uma “ideologia de voluntarismo político” (Grangeia *et al.*, 2021, p. 307), produzindo, em sequência, uma politização, uma midiaticização e uma simplificação perigosa dos fatos, que conferem um certificado de autenticidade e de valor à abordagem empreendida.

A visão idealística – aquém ou além da lei - do ativista político é temperada com um inevitável sectarismo, tornando-o refém de sua verdade messiânica e salvacionista (inacessível à razão, mas grata ao sentimento⁵), além de apresentar uma impermeabilidade aos fatos. E com isso, perde a capacidade de desenvolver uma visão holística, relacional e omnilateral, aprisionado visceralmente a um só ângulo ou a uma só perspectiva: “poeta de um só soneto”. Mas a realidade, ao contrário do que queriam os antigos filósofos eleáticos, não é composta, simplesmente, de pontos e de instantes. Nada existe em isolamento. Tudo está relacionado e o curso ordinário das coisas é uma mescla de todos os instantes, que o rege e o explica.

A verdade do ativista político/ideológico é relativa a certo nível da realidade aceita. Além de determinado limite, coincidente ou não com sua fé sectária intoxicada por uma causa oracular, o discernimento de certo ou errado, justo ou injusto, assume contornos

4 Os teóricos marxistas consideravam a teoria de Albert Einstein sobre a relatividade e a teoria de Mendel sobre a hereditariedade como produtos da ideologia burguesa e, por consequência, totalmente desprovidas de valor científico (Erard *et al.*, s/d, p. 62). Exemplo histórico de quanto a ideologia pode impedir o discernimento, mesmo de pessoas cultas. E também reafirma como a causa militante é concebida de uma maneira emocionalista e carregada de muita violência.

5 Esta nota de irracionalismo detectada no ativismo político e ideológico pode ser interpretada, conforme ressalta por Mario Bunge (1980, p. 91), como um “sintoma de decadência social”.

imprecisos, e a verdade absolutiza-se, carregada com muita violência. Delineia-se então, como aponta Karl Popper (1980, p. 76), “um ativismo ‘carrancudo’ deixado àqueles que preveem o futuro e se sentem instrumentos eficazes para seu advento” ou para sua antecipação.

O elemento “agressividade” ou “violência” é, em regra, característico do ativismo político ou ideológico, usado até como técnica de sujeição do poder. O defensor monocular de uma causa ou de uma bandeira promove uma afirmação agressiva/radical de si mesmo e de sua causa, resultando, muitas vezes, em discursos de ódio (*hate speech*)⁶. A violência é um resíduo antidemocrático e desdemocratizante (e até “descivilizador”, para usar uma expressão empregada por Hoppe [2014, p. 46]), o que, por si só, deslegitima o ativismo político dentro de uma instituição democrática e imbuída de propósitos democráticos de salvaguarda como o Ministério Público. Há limites que o MP não pode romper, principalmente, os referentes às balizas de racionalidade técnico-jurídica e às suas salvaguardas constitucionais (defesa do regime democrático, da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis).

A “sociedade contemporânea está mergulhada numa intoxicação de informações sem paralelo” (Oliveira, 2004, p. 59), numa espécie de “trunfo dos fatos” (hiperfactualismo), partejando, em processo contínuo, uma pleiade de figuras recheadas de “verdades messiânicas e salvacionistas”, com pouquíssimo senso da realidade e profunda excentricidade. De posse de uma verdade e de todas as informações necessárias, passam a operar a aventura do conhecimento autoritário, impositivo e incontrastável. Todavia, como ensinava Nietzsche (2007, p. 64), “lutar por uma verdade é algo totalmente distinto de lutar pela verdade”.

E neste ritmo, um indivíduo ou grupo de indivíduos que acredite já ter encontrado a verdade (por exemplo, na política ou no seu exercício profissional) vai simplesmente impô-la (Bronowski, 1977, p. 168; Salmon, 1971, p. 82), às vezes, de forma arrogante, mas sempre de maneira definitiva: será um elemento autoritário. E – o que é ainda mais grave – um indivíduo que crê que a verdade já foi encontrada, ou revelada, resistirá a toda mudança (porque esta perderá o sentido). Por qualquer ângulo, a ideologia uniformizante é uma má conselheira para o aplicador do Direito, independente da instituição a que pertença.

Depois de acolhida uma opinião (porque cara à causa sustentada), o intelecto humano procura fazer que tudo se ajuste àquela opinião ou lhe dê suporte. Ainda que existam

⁶ O reconhecimento deste atributo, levou o famoso educador norteamericano Horace Mann (1963, p. 120) a profetizar: “Extinguir-se-á essa raça perniciososa de intolerantes, cuja fê se resume em dois artigos – serem eles sempre infalivelmente certos e todos os dissidentes evidentemente errados – extintos não pela violência nem pela proscrição, mas pelo influxo mais abundante da luz da verdade”. Também Jean Meynaud, 1966, p. 11.

numerosos casos que se mostrem opostos, o intelecto os abandona e despreza ou, à luz de algum critério, rejeita; procede assim, com pernicioso predeterminação, a fim de manter inviolada a autoridade das conclusões anteriores.

Todavia, vive-se numa era quântica em que para cada indagação, surgem mais de uma resposta igualmente corretas. O que é certo e o que é errado hoje podem não sê-los amanhã. O futuro, assim, torna-se bastante irregular (Hoppe, 2014, p. 61). Não há mais, diante de fenômenos sociais ou políticos de uma sociedade dinâmica e complexa, a percepção de uma causalidade rigorosa. Com a derrocada do princípio causal em decorrência de um contínuo progresso social, tudo se tornou muito fluido e líquido, substituindo-se a causalidade por zonas ou ondas de probabilidade⁷. Assim, qualquer narrativa presa a um único ângulo retórico e indiferente à multiplicidade de relações, estimula, sem perceber, o sectarismo, única forma de proteger a “verdade” da fluidez probabilística dos novos tempos⁸. E acreditar nisso, como se passa com a teimosia panfletária do ativista, é tão quimérico como o intuito de libertar os seres vivos da força gravitacional.

Como diz Trinh Xuan Thuan (2018, p 317): “A realidade é o resultado da participação de um número ilimitado de condições e causas em constante mudança. Os fenômenos não são nada em si mesmos. Eles obtêm sua natureza da dependência mútua”.

No entrechoque das contradições do mundo real, a narrativa ativista não encontra obstáculos capazes de revelar-lhe alguma falsidade ou vício de inteligência. Suas idealizações teóricas são traçadas em limites rígidos, que acabam resultando em ideologia que, por sua vez, não quer e não pode ser completamente reconciliada com a razão. E na sua esperança sanguínea de “melhorar o mundo”, os ativistas políticos estão prontos a fazer o impossível, rompendo a ética dos resultados própria de uma instituição como, por exemplo, o Ministério Público.

A resolutividade ministerial que busca alcançar resultados úteis e relevantes para a sociedade, deve obedecer a uma ética própria. Os resultados não podem ser buscados a qualquer preço ou custo. Como já foi dito em outro estudo (Rodrigues, 2015, pp. 84-85), a busca por resultados não pode romper com as amarras éticas (legais e constitucionais) que pautam a instituição. Entre a ética dos princípios (amparada na moral deontológica como a kantiana) e a ética dos resultados ou das consequências (alavancada numa moral teleológica como a utilitarista), o pêndulo deve sempre acertar o compasso pela primeira. E nem poderia ser diferente, pois o Ministério Público é uma instituição jurídica que se desenvolve num Estado democrático de direito (entenda-se governo das leis e moder-

7 O ideal da explicação perfeita, da compreensão absoluta, que foi o pontapé inicial da ciência humana, hoje cede espaço ao princípio da incerteza e às ondas de probabilidade.

8 Sob a bandeira do sectarismo, a aparência de causa verdadeira não é mais que um efeito de conjunto, uma aproximação de síntese confusa. Isto empresta razoabilidade à afirmação clássica do filósofo León Brunschvicg (1955, p. 18): “É igualmente vão tentar julgar o mundo por suas aparências mais imediatas ou a razão por seus atos mais elementares”.

no constitucionalismo) e embora seja “presentada” por chamados agentes políticos, não desempenha uma atividade designadamente político-partidária ou político-ideológica.

Não obedecidos esses parâmetros, a doutrina resolutiva pode se transformar em *resolutivismo*, e não há termos mais perigosos para o pensar e o agir humanos que os forjados a partir dos indefectíveis “ismos” (a exemplo de comunismo, fascismo, nazismo, ativismo, nacionalismo, imperialismo etc.). Como dizia o filósofo francês Jean Wahl (1957, p. 249), deve-se “viver negando todos os ‘ismos’, que são apenas vislumbres de algo que não pode ser visto”. O risco oferecido pelo resolutivismo – como corrutela da resolutividade - é a transformação do agente ministerial rigorosamente resolutivo em ativista político ou ideológico, aderindo, mecanicamente, a uma causa e tornando-se seu defensor sectário. O agente do Ministério Público, como guardião imparcial – e impessoal - das promessas constitucionais, deve seguir, sob uma ampla base de responsabilidade, a Constituição e as leis, e não ideologias ou correntes políticas.

Não é esse o propósito da doutrina resolutiva, que busca forjar agentes “construtores de soluções” sobre a base sólida do Estado de Direito, resolutivos, efetivos e proativos, não ativistas ou militantes, “portadores de verdades últimas” e defensores aguerridos de uma causa. O campo de ação do modelo resolutivo consiste, por inteiro, na arte do debate e do consenso, e não da disputa e do enfrentamento militante.

3 ATIVISMO MINISTERIAL RESPONSÁVEL, GUARDIANIA CONSTITUCIONAL E ATIVISMO POLÍTICO

O ativismo político ministerial é posto em discussão pela carga de pessoalismo que parece emanar dele. Este aspecto, violador de princípio constitucional (CF, art. 37, *caput*: impessoalidade) e de regras de conformidade do MP (que pregam o caráter imparcial e impessoal da atuação funcional de seus membros), talvez constitua o grande busílis da questão.

Para garantir a centralidade dos direitos fundamentais e para torná-los concretos, há a necessidade inevitável de um ativismo por parte dos membros do Ministério Público⁹? É possível cumprir as promessas constitucionais sem recorrer ao ativismo? Há uma necessidade sistêmica por essa intervenção, principalmente diante de comandos constitucionais algo indeterminados?

⁹ Walter Claudius Rothenburg (2023), a partir do reconhecimento de uma cultura de centralidade dos direitos fundamentais é taxativo: “Não há direitos humanos sem ativismo”. Na verdade, em qualquer área de atuação do Ministério Público, os interesses constitucional ou legalmente atribuídos à guarda da instituição (e não apenas os direitos humanos), não serão devidamente garantidos se não houver um natural ativismo institucional, conatural à sua natureza promotora, fiscalizadora e garantidora.

Antes de responder às perguntas acima, de forma objetiva e direta, é importante distinguir ativismo ministerial (sem raízes políticas) de ativismo político ou ideológico. Como órgão promotor e guardião das promessas constitucionais, é da essência do Ministério Público um caráter ativo, dinâmico, garantidor e resolutivo, que se reflete até no nominalismo de seus membros integrantes: promotores de justiça, procuradores de justiça, procuradores da República etc. Seus órgãos de execução não existem e reagem burocraticamente apenas; eles atuam e exercitam contra quem quer que seja os poderes conferidos pelo ordenamento jurídico. Do contrário, seriam membros do “nada a opor”, do “nada a requerer” e do “pelo prosseguimento” (Rodrigues, 1996). Ademais, no art. 129, da Constituição Federal que define as “funções constitucionais do Ministério Público” todos os verbos estão na voz ativa: promover, zelar, defender, exercer, requisitar etc. Verbos também reproduzidos em leis e em outras normas infraconstitucionais. São essas funções constitucionais e legais, a fonte permanente da animação e da ativação ministerial.

O exercício das funções institucionais é movimentação, é esforço para concretizar interesses atribuídos. As dificuldades encontradas para realizar seus fins são, precisamente, o que desperta e mobiliza as atividades, as capacidades ministeriais e o ativismo essencial. As coisas e os bens humanos sobre que é chamado a atuar o MP, não são *res stantes*, como diz Ortega Y Gasset (1987, p. 210); ao contrário, são coisas históricas, isto é, puro movimento, mutação perpétua, infensas à passividade e à mera receptividade.

O movimento, a busca incessante pela implementação e efetividade dos direitos (o transpasse da mera tutela jurídica estática para a dinâmica), é uma atualização das potencialidades inerentes à essência do MP. A mudança de atuação funcional representada pela resolatividade, apenas revelou o que estava jacente na essência não desenvolvida da instituição, tornando aparente sementes que, desde o princípio, eram inerentes ao estado em mutação.

A garantia efetiva, portanto, dos direitos e dos interesses a si atribuídos não é só a mais perfeita forma de atividade do Ministério Público, é o próprio elemento em que a instituição se fixa conceitualmente e onde sua essência se revela, conferindo segurança e certeza de sua atuação aos destinatários ou consumidores de seus serviços.

Por conta disso, embora a autorrestrição (ou o antiativismo) seja teoria defensável para o Judiciário, por conta de sua estrutura e de sua vocação jurídica carente de autoimpulsão, não encontra o mínimo embasamento quando se trata de Ministério Público, justamente pelo projeto constitucional estabelecido para essa instituição provocadora/promotora/assertiva/garantidora.

O caráter dinâmico e ativo do Ministério Público, não proporciona apenas a plena efetividade dos interesses que lhe compete garantir e assegurar frente à Constituição

e às leis, mas, paralelamente, permite ao Judiciário manter-se, inicialmente, como órgão inerte e imparcial na aplicação das leis. Se o MP permanecesse vegetativo e sem dinamismo consciente, isto poderia gerar distúrbios sensíveis e injetar elementos de indefinição no sistema jurídico: fragilização do sistema de freios e contrapesos, obrigando o Judiciário a adotar um ativismo inessencial, ou manter-se teimosamente inerte e limitado em questões de relevância pública (como são os interesses incumbidos à guarda do MP).

Mas a busca ativa para atender às promessas constitucionais, com ênfase na centralidade dos direitos fundamentais, não torna os membros ministeriais sectários cegos ou com propensões políticas ou ideológicas. Encontra-se aqui, o ponto de inflexão, a separar a atuação constitucional, legal e legítima, do exercício ilegítimo e embaraçoso do ativismo político ou ideológico nas entranhas do Ministério Público.

A linha que separa os dois *standards* funcionais é bem tênue, não se deixa capturar com facilidade. Determinadas posições e argumentações, aparentemente de natureza meramente técnico-jurídica, são, na verdade, ideologia (Losurdo, 2104, p. 267). A lógica real que move o discurso ideológico é inconfessada, porque, em caso de formulação explícita, comprometeria o exercício funcional (cujos parâmetros éticos a obedecer são restritos e com controles - interno, externo, social difuso etc. - que chegam a se sobrepor). Para ser eficaz, a narrativa ideológica não pode revelar as motivações reais que a movem, nem retirar a máscara apenas reconhecível pelo pequeno círculo esotérico dos iniciados na causa.

É por isso que, em sua Autobiografia, Benjamin Franklin (1963, p. 34) destaca como coisa “muito conveniente ser criatura racional, pois nos permite descobrir ou inventar uma razão para tudo o que temos vontade de fazer”. Raciocínio que se aplica, perfeitamente, ao ativismo político ou ideológico praticado no seio de uma instituição meritocrática, em que o voluntarismo é disfarçado sob o manto legitimador da razão e da técnica jurídica.

Quando o membro do Ministério Público chega ao ponto de substituir a vontade do legislador ou do artífice máximo do ordenamento jurídico pela própria pauta pessoal na promoção extrajudicial dos direitos fundamentais indisponíveis ou de outros interesses consagrados à sua defesa, sem deferência ao sistema clássico de exercício de poder, claramente sai do cenário “ativo, dinâmico, garantidor e resolutivo”, para ingressar no fluido construtivismo político e ideológico. E a diferença parece intuitiva: o membro ativista guia-se por uma narrativa recheada de exageros e de simplificações excessivas, quase panfletárias; o resolutivo apoia-se na árvore conceitual do estudo e da análise para cumprir os fins atribuídos ao MP. O ativismo político/ideológico simplesmente defende uma bandeira, e para isso não recorre a um planejamento ou a um programa construtivo realista.

O que distingue, basicamente, essas duas expressões de ativismo, não é propriamente a ideia que as movem, mas a atitude, o modo de ação, a forma de conduta. No essencial e intrínseco ao MP, a operacionalização submete-se a uma ética própria do Estado de Direito; já o espectro político ou ideológico do ativismo, não se rende a um padrão normativo, antes a um narrativo, e tende a radicalizar suas premissas de atuação. Além disso, no ativismo político há uma proximidade entre o agente e o objeto da ação (pessoalismo); no ativismo ministerial há uma certa transcendência (impessoalidade) que separa o sujeito da ação de seu objeto.

Toda política a longo prazo, e especialmente toda política democrática a longo prazo, ressalta K. Popper (1980, pp. 131-133), “deve ser concebida em termos de instituições impessoais”, ou seja, instituições meritocráticas projetadas para controlar os governantes e equilibrar seus poderes, impedindo que os maus governantes causem danos. O ativismo político, de caráter pessoal, introduz um elemento sempre crescente de “imprevisibilidade” (*unpredictability*) na vida social e, com ele, ajuda a desenvolver o sentimento de que a vida social é irracional e insegura.

É possível afirmar, dentro de um recorte conceitual mais estrito e em prol de um dimensionamento tecnicamente mais preciso, que o ativismo ministerial político apresenta um aspecto subjetivo em que o membro substitui a norma jurídica por seus desejos pessoais e por aquilo em que acredita; e existe um aspecto objetivo do fenômeno em que o ordenamento jurídico é simplesmente ignorado. De qualquer modo, em ambos os casos, o ativismo avança sobre esferas políticas, originariamente não atribuídas à instituição. Move, de forma ilegítima, os limites da conformação orgânica dos poderes desenhados na Constituição do Estado, avançando sobre um campo de decisão (ou “espaço de poder”) alheio.

Também é preciso reconhecer que muitos conflitos sociais e políticos acabam desembocando, por cálculo, nas instituições encarregadas de aplicar a lei. Essas instituições – Ministério Público e Judiciário – são capturadas, instrumentalizadas, e até aparelhadas, para servir de palco para vinganças políticas ou de palco para disputas ideológicas ou sociais. É uma espécie de ativismo político transversal, em que as instituições são induzidas a entrar num jogo para o qual não foram projetadas ou desenhadas.

As transformações político-sociais a que é chamado a promover o Ministério Público, por conta de um paradigma de atuação cada vez mais ansioso por efetividade/resolutividade, não são o resultado de um projeto exclusivamente subjetivo ou idiossincrático. A missão constitucional atribuída ao MP, dentro de um ideal de razão e de liberdade, deve alinhar preferências ou projetos pessoais de “reformular o mundo” (*weltverbessern*)

a uma centralidade institucional, numa espécie de correlação positiva¹⁰, ou seja, uma tendência conjunta de mudança numa mesma direção.

A ânsia por resultados pode gerar algum grau de ativismo político (cf. item 5), que leva a confundir consequencialismo pragmático com a essência da atividade ministerial. Daí a importância, como já frisado, de obedecer a uma ética institucional de resultados, *standard* sob o qual a efetividade funcional deve ser conduzida. Um desdobramento necessário dessa ética é o alinhamento do membro com as metas institucionais, sem chegar ao ponto de renunciar ao próprio ego ou à independência funcional. Essas “metas institucionais” erigidas a partir de um planejamento institucional não constituem uma força homogeneizadora, ceifadora da independência funcional; antes, funcionam como energia estabilizadora do todo frente aos arroubos das partes, ou uma forma de conciliar as partes entre si, com um mínimo de atrito e desperdício, os desejos, reivindicações e solicitações superpostos.

Quando o agente ministerial não tem a plena consciência de seu laço individual, posição e significação com a totalidade da instituição a que pertence, tende a comportar-se sob uma falsa luz de predomínio absoluto, desdenhando os valores institucionais, como se a parte (órgão de execução) fosse superior ao todo (Ministério Público), ou gozasse de privilégios exclusivos. Assim como o indivíduo não cai do céu, pronto e acabado, mas deriva de uma teia social, também o agente ministerial não é realidade autossuficiente e autorreferente, inserindo-se num contexto maior; o indivíduo isolado é uma ficção, de igual modo, um membro do MP sem relacionar-se com a instituição é mero fruto da imaginação.

Não há como entender a parte separada do todo. Há uma unidade ou fusão entre ambos, inclusive entre ambos e a sociedade receptora de seus serviços. Cada parte do todo reage sobre o todo e neste fluxo cíclico guarda-lhe os fins e os objetivos. Quando esse esquema jurídico não é compreendido em toda sua extensão, o todo institucional corre o risco de ser capturado e aparelhado para servir interesses parciais e setorialistas. A independência funcional, portanto, vista por uma nova leitura, encerra um plano da totalidade das partes, em atuação complementar e, o mais possível, harmoniosa.

O conceito de Ministério Público é o conjunto das propriedades pertencentes ao todo (unidade institucional) quando todas as partes estão unidas entre si. Tanto no art. 127 da CF, quando a Constituição traça uma noção conceitual, quanto no art. 129, quando elenca as funções constitucionais, há referência expressa à instituição do Ministério

¹⁰ É um termo emprestado da biologia e extraído de Stephen Jay Gould (1991, p. 253): “Quando uma criança cresce, por exemplo, tanto seus braços quanto suas pernas se alongam; essa tendência conjunta de mudança numa mesma direção é chamada de *correlação positiva*. Nem todas as partes do corpo exibem tais correlações positivas durante o crescimento. Por exemplo, os dentes não crescem depois de nascer”.

Público, ao todo institucional. Quando em jogo fins e atribuições, a Constituição remete à instituição, logo todos os movimentos na execução da vontade constitucional recaem sobre a instituição, e não sobre os membros, isoladamente considerados. A atuação isolada ou desgarrada do todo, sem qualquer ponto de convergência, foge aos planos do constituinte originário.

O membro do Ministério Público é um agente político, dotado de larga envergadura política pelo modelo de resolutividade cada vez mais presente, mas não é um político, não obedece a um esquema político-partidário e nem busca desencadear movimentos políticos ou correções de opções político-democráticas. Integra, antes de tudo, uma instituição meritocrática encarregada, por uma expressa guardiania constitucional, de cumprir as promessas insertas no texto fundamental dentro de uma ética de resultados e de uma impenetrabilidade às afirmações do poder político/ideológico.

O Direito (ou qualquer outro instrumento racional) não pode regular tudo, nem dizer a última palavra sobre as mudanças sociais¹¹. O dinamismo social, em regra, dita o ritmo ao legislador e transcende as estreitezias da lei. Logo, as instituições encarregadas de aplicar o Direito não constituem espaços para solver todos os problemas como, por exemplo, dizer ou reelaborar a verdade científica ou histórica. Principalmente não podem, valendo-se de narrativa puramente política e ideológica, delimitar a agenda ou a pauta de temas de interesse público.

Neste sentido, as verdades científicas, por exemplo, só têm valor dentro dos limites de validade dos conceitos que permitiram estabelecê-las (Freund, 1977, p. 162; Cahn, 1963, p. 141). Isto é tão válido para as ciências da natureza como para as ciências humanas, incluindo o Direito, por óbvio. Toda a extensão que ultrapassa estes limites é ideológica, e não científica, nem técnico-jurídica. Ao entrar no reino do político ou do ideológico, até mesmo o raciocinador mais rigoroso verifica ter de dispensar na maior parte dos casos os processos de laboratório, ou no caso específico do Direito, técnicas objetivas de interpretação, para confiar em graus menos exatos de verificação.

A Constituição, documento que se situa no topo piramidal do sistema jurídico, não pretende incorporar em si uma teoria política, econômica, cultural ou de qualquer outra espécie, pois resulta, em sua origem, de uma composição de opiniões, interesses e pontos de vista essencialmente divergentes, refletindo um caráter pragmático. O texto fundamental não é um esqueleto ideológico ou um construto lógico, fruto de profunda teorização, mas um arcabouço pragmático, a partir de uma composição primitiva

11 “O direito tradicional só serve de regulamento para uma realidade parálitica. E, como a realidade histórica muda periodicamente de forma radical, choca-se, inexoravelmente, com a estabilidade do direito, que se transforma numa camisa-de-força. (...) O homem precisa de um direito dinâmico, um direito plástico e em movimento, capaz de acompanhar a história em sua metamorfose” (Ortega Y Gasset, 1987, pp. 210/211).

possível. Desse modo, os mecanismos e as instituições criadas pela Constituição, não teriam a legitimidade necessária para fazer valer, a partir do seu texto, uma específica e determinada teoria política ou ideológica.

É justamente por isso, como nos ensina a lição política mais autorizada, que não se pode condenar um governo pelo único motivo de que seus atos estejam em contradição com certos princípios teóricos, ainda quando sejam corroborados pela experiência (Pareto, 2005, pp. 36-107); é necessário investigar se o que fez é o que melhor podia fazer. Ademais, cada acontecimento é um produto dos atos do passado e está na origem dos atos do futuro, e aquele que quiser dar sobre ele um juízo absoluto em termos de bem, ou de mal, deve conhecer todos os fatos futuros até o infinito.

As promessas constitucionais que devem ser cumpridas ou materializadas, não serão com as razões militantes (políticas ou ideológicas) de membros isolados do MP, mas pela percepção profunda de uma tarefa jurídica e constitucional nutrida pela instituição em sua representação total. Apenas sob um olhar de conjunto e dentro de um amplo projeto institucional, em que as ações sejam encadeadas e apresentem, neste encadeamento, um equilíbrio razoável, é possível executar uma tarefa positiva de justiça social e um arranjo jurídico/ético superior.

A atuação funcional do membro do MP, sob um viés resolutivo, não se fixa muito no momento ou nas circunstâncias, não rende homenagens ao ocasionalismo, mas trilha um caminho pavimentado a partir do estudo, da análise e do planejamento. Sobre esta base racional e técnica, a instituição previne-se do fato de que outros momentos e outras consequências seguem-se ao primeiro. Assim, soa imperioso organizar suas ações e suas demandas dentro de um encadeamento lógico e razoável, com vistas aos desdobramentos futuros. Uma atuação impulsionada pela energia política ou ideológica do momento, diferentemente, apresenta solene indiferença pelas repercussões sobre outras áreas de atuação e sobre o equilíbrio institucional de conjunto. Politizada e midiaticizada, a ação ativista posta-se como uma ínsula, às vezes, até como um elemento estranho.

O ativismo ministerial liga-se à ideia de como o Ministério Público trabalha seu protagonismo essencial no desempenho de suas atribuições constitucionais e legais. O fenômeno conatural à instituição, como já dito, avanteja-se e toma corpo em períodos de democracia. Em tempos de exceção ou de anormalidade institucional, o Ministério Público eclipsa-se e brilha pela ausência; numa sociedade democrática, em permanente processo de aprofundamento do princípio democrático, a instituição distende-se e desentorpece, reassumindo seu ativismo essencial.

A corrutela ou perversão intelectual desse “ativismo essencial”, ou seja, o comportamento militante de membros do MP é arriscado, pois torna a instituição vulnerável a ataques, quando seus membros assumem posições controversas e, com ela, os in-

teresses superiores da sociedade. A atuação politicamente ativista é, não apenas, fora da vontade e dos padrões de conformidade da instituição, mas *contra* seus princípios mais essenciais.

A incompatibilidade do desenvolvimento do ativismo político dentro do Ministério Público explica-se também pelo direito intangível da cidadania de encontrar por debaixo das mudanças radicais algo de permanente que confira um mínimo de estabilidade e de segurança às relações sociais. Esse “algo de permanente” é a forma de atuação impessoal e equidistante do MP, não sujeita aos sobressaltos pessoais ou idiossincráticos de quem sustenta, com fervor, uma causa ou uma bandeira.

Ademais, o ativismo político ou ideológico, viola não apenas o papel de guardiania constitucional do Ministério Público dentro do sistema binário de execução da vontade constitucional, mas fere também o valioso princípio constitucional da impessoalidade, traduzido intraorganicamente, como a imparcialidade da atuação ministerial. O espaço público neutro e um contexto institucional no qual os atributos pessoais se dissipam em um ambiente de impessoalidade, não é compatível com um agente público sectário e militante de uma causa monocular, capaz de todas as proezas jurídicas para reafirmar sua bandeira e sua narrativa. E para atingir esse objetivo, todos os artifícios parecem legítimos: a desinformação, a argumentação tendenciosa, o pseudorracionalismo jurídico, a defesa intransigente e intolerante de certas opiniões, o segredo etc.

Mas esses “artifícios” não são compatíveis com os princípios de regência de uma instituição democrática, como o Ministério Público, embora pareçam aceitáveis do ponto de vista político. Como diz Michael Walzer (2003, p. 183), “os detentores de cargos devem ser rigidamente mantidos fiéis às finalidades do cargo”. Quem faz da sua atuação funcional a propedêutica de uma cruzada pessoal, não pode, ao mesmo tempo, servir aos fins jurídicos do Ministério Público, pelo menos não de forma legítima.

Em livre adaptação de uma famosa frase de Carnelutti (2006, p. 32) e já parafraseando-o, é lícito afirmar que o membro do Ministério Público é também um ser humano: se é um ser humano, é também ele uma parte. O fato de ser ao mesmo tempo parte e não parte (pelo inafastável dever de impessoalidade e de imparcialidade) constitui a contradição na qual se debate o conceito de membro ministerial. O fato de ser o membro ministerial um ser humano e agir, em todos os transes funcionais, de modo impessoal e imparcial, constitui seu drama.

A inserção produtiva na complexa vida moderna, exige de todos, principalmente daqueles com algum grau de responsabilidade pública, a reunião de múltiplas formas de racionalidade (Nogueira, 2004, p. 370): a *razão técnica*, que nos ensina a como fazer as coisas, a *razão crítica*, que nos impele a pensar sobre as coisas, e a *razão política*, que nos ajuda a conviver, a pensar comunitariamente. Os agentes do MP, como homens e

mulheres do seu tempo, debatem-se no eterno dilema de selecionar, adequadamente, os perfis racionais congruentes com os fins institucionais.

Os inimigos da democracia são o ódio, o preconceito, a ignorância, o medo e a ganância; e essas desagradáveis paixões são inerentes, não a instituições, mas a homens e mulheres (Bereday/Volpicelli, 1963, p. 62). Portanto, institucionalizar cada vez mais as ações e os movimentos funcionais, através de uma estratégia como política institucional, talvez seja o antídoto correto contra o avanço e a disseminação do ativismo político/ideológico sobre os nobres fins atribuídos ao Ministério Público.

A militância ou o ativismo político, embora, muitas vezes, não se apresente ligado a partidos políticos, compartilha características semelhantes, e pode, com facilidade, ser tido como espécie de partidarismo, o partidarismo de uma causa, que cega e torna surdo (o ativista) aos apelos das normas de regência da atividade ministerial. É legítimo que todos tenham seu engajamento político, e seus padrões morais, mas esse rosário político, moral e ideológico não pode ser exportado como construto para executar os fins jurídicos de uma instituição meritocrática e técnica.

Não se pode servir a dois senhores. Dizia o filósofo Epíteto (2021, p. 49), que o indivíduo, no cultivo da razão, aplicava-se às coisas de dentro ou de fora, ou seja, era um filósofo ou um membro da turba. No mesmo sentido, o membro do MP, no cultivo próprio da racionalidade técnico-jurídica, ou serve aos fins institucionais ou adere aos sectários turbulentos de uma causa. E pelo grau de irracionalidade envolvido no fenômeno, em regra, o compromisso de lealdade é mais fácil de ocorrer entre o membro ativista e os grupos de interesses, do que mesmo com os fins institucionais do MP. E quando a lealdade à causa finalmente transcende à lealdade ao Estado de Direito e à instituição, cria-se uma atmosfera perigosa de dupla legalidade.

Por fim, respondendo objetivamente às perguntas feitas no início deste item, pode-se afirmar que não é todo ativismo que deve ser condenado. O Ministério Público se quiser cumprir, efetiva e resolutivamente, as promessas constitucionais atribuídas a si (“defesa do regime democrático, da ordem jurídica e dos direitos sociais e individuais indisponíveis”), precisa ser fiel ao seu DNA histórico, ou seja, precisa ser ativo, dinâmico, garantidor e resolutivo. Este “ativismo ministerial” é absolutamente fundamental e central nas diversas frentes de atuação; é um recorte que o torna “adequado a um mundo marcado pelo pluralismo e pela necessidade de proteção social pelo Estado em favor das classes desfavorecidas” (Azevedo Campos, 2016, p. 77). Todavia, a versão corrupta ou extremada do “ativismo político ou ideológico”, não é compatível com o MP, nem produz resultados sustentáveis ao longo do tempo.

4 A INVIABILIDADE DO ATIVISMO POLÍTICO DENTRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A vedação constitucional do exercício de atividade político-partidária do MP imposta por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004 é uma clara mensagem de que a instituição não pode enredar-se nos caminhos tortuosos e meandrosos da política partidária, principalmente, pelo seu caráter sectário e livre de rigorosas exigências éticas e jurídicas.

A resolutividade, como já dito ao longo deste estudo, potencializou o ativismo ministerial, resgatando ou reforçando a essência promotora, assertiva e dinâmica do Ministério Público. Mas, como todo movimento de resgate ou de reação, deu azo a casos-limite de um ativismo político ou ideológico, nocivos aos objetivos constitucionais da instituição. E, definitivamente, embaçou um projeto de “criação de imagem”, tão necessário no dia a dia do serviço público, principalmente a uma instituição cujo passo a passo funcional é seguido com amplo interesse por uma sociedade exigente e reivindicativa, que fala, é escutada e aguarda uma resposta.

A valorização institucional e social do Ministério Público não vem unicamente pelo conteúdo que entrega à sociedade¹², mas pela forma como executa ou utiliza os meios a si disponibilizados. Há uma dialética moral própria, um *modus operandi* adequado, na realização dos deveres jurídicos impostos à instituição. Assim, um ativismo que não seja próprio ao exercício funcional, gera uma descontinuidade e uma ruptura num esquema institucional forjado sob o signo da unidade e da continuidade. Como estrutura técnica, cujo principal, senão único instrumento, de atuação funcional é o Direito, não é possível que seja impulsionada por variáveis políticas ou ideológicas, próprias do jogo político-partidário.

A tarefa do Ministério Público, portanto, é permanecer tão próximo quanto possível do ativismo essencial em relação às promessas constitucionais, e à implementação dos direitos fundamentais, independentemente de considerações político-partidárias ou político-ideológicas. A internalização destas considerações nas rotinas funcionais suscita mais problemas do que os resolvem.

Todos os interesses sociais devem receber igual atenção e análise imparcial pelo Ministério Público, ou seja, todos os cidadãos podem recorrer à instituição e apresentar suas demandas, com a certeza de que todas serão devidamente apreciadas, independente do viés político, ideológico, de raça, crença etc. Se a instituição agasalha em seu interior, núcleos militantes, de natureza política ou ideológica, essas demandas cairão no

12 O conteúdo (bem da vida) entregue é o primeiro bem, e o segundo é o modo ou a forma como o serviço/contéudo é prestado.

vazio ou serão imediatamente incorporadas, dependendo do nível de afinidade política ou ideológica, sem apelo técnico-jurídico. As relações externas não podem ser reproduzidas internamente por mera simpatia ou antipatia de desígnios. A pauta legitimadora é tão somente as diretrizes do Estado de Direito, com sua carga valiosa de segurança e de certeza.

O ativismo político pode atingir a instituição de fora para dentro, sujeitando-se às normas jurídicas de admissibilidade e ao filtro da impessoalidade imposto pela ordem jurídica, mas não pode prosperar de dentro para fora, a partir de uma perspectiva pessoal de seus membros. Pode, inclusive, influenciar a instituição, mas não dominá-la e fazê-la instrumento dócil de propósitos políticos ou ideológicos de grupos, setores ou até de indivíduos.

Põe-se outro problema a exigir análise. Fala-se atualmente em “lugar de fala” como uma variável legitimadora da narrativa ativista (mas, principalmente, deslegitimadora da narrativa contrária ou não afim), implicando em dizer que no âmbito do MP, seus membros devem compartilhar qualidades próprias e que os aproxime (ou os identifique) – por indicadores étnicos, sexuais, religiosos, econômicos etc - à causa defendida. Assim, os órgãos de execução especializados só poderiam, diante desse cenário, ser providos por membros ou membras com legitimidade de fala. Por exemplo, nas promotorias de violência doméstica, somente poderiam ser providas por mulheres (de preferência, com histórico de vitimização); nas promotorias de justiça de defesa dos direitos das pessoas com deficiência, apenas por membros PCD’s; nas de idosos, tão-somente por membros idosos etc. A absurdidade de tal perspectiva ajuda, também, a rechaçar o ativismo político ou ideológico das entranhas institucionais do Ministério Público.

O “lugar de fala” da instituição tem assento constitucional, na defesa da democracia, da ordem jurídica, dos direitos sociais e individuais indisponíveis, não carecendo, portanto, deste recorte hiperpolítico. A instituição do Ministério Público é habilitada pela Constituição para garantir, de forma isonômica, todos os interesses sociais transcendentes. Sua legitimidade (ou “lugar de fala”) é originária e de fonte superior, e não fruto de uma construção ou desconstrução lingüístico-ideológica, num movimento sagaz de que sem uma teoria, os fatos silenciam.

Antes de encerrar este item, é necessário referir que o aludido “lugar de fala”, princípio de algibeira dos ativistas, remonta às pregações sociológicas de Saint-Simon, que exigia *faire une expérience de sa vie* (“viver uma experiência única”), mas obtempera Hans Freyer (1973, p. 18) que “ainda no caso de que o sujeito cognoscente não pertença por si mesmo à situação vital em questão, estando limitado a atitude do observador, pode e tem que aprender a penetrar na estrutura concreta daquela”. Ou seja, a compreensão e a sensibilidade a uma determinada causa não é exclusividade ou “privilégio” de

quem é ou foi vitimizado por ela. Ademais, o conceito de “lugar de fala” guarda uma contradição intrínseca: criado para legitimar discursos inclusivos de minorias diversas, acaba funcionando como mecanismo de exclusão (alijamento do outro dos debates). Ademais, a perspectiva histórica da causa está aberta a todos, e não apenas aos pertencentes orgânicos ao grupo vitimado.

5 RESÍDUO POLÍTICO NO ATIVISMO MINISTERIAL

Há situações, principalmente, a partir de uma moldagem resolutiva em que o MP se autoimpõe encontrar resultados úteis e socialmente relevantes, onde o ativismo ministerial tangencia certo ativismo político (e certa orientação ideológica dos membros). São matérias não “justicializáveis”, segundo a doutrina da autocontenção¹³ ou do antiativismo. Exemplos claros ocorrem quando (Azevedo Campos, 2016, p. 62):

1- interfere na formulação e na aplicação de políticas públicas, afetando a capacidade institucional do Executivo e do Legislativo, e faltando com a deferência necessária a poderes democraticamente eleitos. Agentes públicos (membros do Ministério Público e Juízes) não eleitos, devem ser extremamente cautelosos em substituir a decisão de um legislativo democraticamente eleito por uma sua;

2- procede a uma interpretação criativa e expansiva da Constituição, principalmente na implementação dos direitos fundamentais;

3- busca a aplicação direta de direitos fundamentais implícitos ou apenas vagamente definidos;

O Brasil apresenta fenômenos muitos próprios e peculiares a respeito dos direitos fundamentais: primeiro, o Estado persiste sendo o principal violador (ex.: sistema prisional superencarcerador, entrópico e caótico; a prática “sistemática e generalizada” da tortura [de cada 10 práticas de tortura, estima-se que 8 são atribuídas a agentes do Estado] etc.); segundo, as instâncias tradicionais de poder (Executivo e Legislativo) não são eficientes em implementar os direitos fundamentais, abrindo espaço para o ativismo, quase inevitável, de instituições meritocráticas.

4- promove medidas que implicam violação à harmonia e independência dos poderes (exemplo é o bloqueio de recursos de ente federativo para pagamento de salários atrasados).

Várias agendas (ou narrativas) político-ideológicas, divididas entre conservadorismo, liberalismo e tantas outras correntes, pululam na sociedade moderna. Temas envol-

¹³ “Autocontenção judicial significa exercer a justiça de acordo com leis criadas por terceiros, em vez de se basear em avaliações próprias, no caso dos juízes, sobre o que seria melhor para cada uma das partes, num caso em particular ou para a sociedade em geral” (Sowell, 2011, p. 266).

vendo interesses polêmicos como aborto, minorias étnicas insulares (negros, indígenas etc.), racismo, misoginia, desencarceramento, abolicionismo penal, ações afirmativas, meio ambiente, pessoas com deficiência etc., colocam o MP no torvelinho dessas discussões e exigem dele um posicionamento oficial (são os fatores exógenos). Como essas pressões se fazem sentir por área de atuação especializada (órgãos de direitos humanos, patrimônio público, meio ambiente etc.), a primeira resposta é oferecida pelo agente ministerial à frente de tais órgãos de execução especializados. Se a instituição não estiver atenta e provida de um bom planejamento, antecipando-se aos fatos, poderá sucumbir, num primeiro momento, ao ativismo político, por adesão quase inevitável, de seus membros especializados.

Diante dessas narrativas político-ideológicas, o MP estará sempre entre Sila e Caribdes, pois aderindo a uma das narrativas, será atacado pelas outras deixadas na orfandade; não aderindo a qualquer pauta, será criticado por inação. E qualquer que seja seu posicionamento, produzirá reflexos na prestação jurisdicional. É possível, a depender, em alguma medida, da natureza do ativismo político ministerial, o desenvolvimento de variadas formas de ativismo judicial: conservador, reacionário, progressista, liberal, pragmatista¹⁴ etc. Naquilo que compete ao MP, o Judiciário, muitas vezes, funciona como correia de transmissão.

Quando está em debate o ativismo judicial, sempre voltam-se as vistas para a Suprema Corte Americana, cujos poderes desenvolvidos – por meio de um ativismo, ora liberal, ora conservador - ao longo dos séculos é motivo de destaque na doutrina:

A Corte Suprema exerce hoje poderes tão vastos e indefinidos, na censura da legislação, tanto nacional como estadual, e na interpretação da primeira, que a filosofia social dos nomeados constitui, muito legitimamente, matéria de grande importância para as autoridades que participam da nomeação, o presidente e o Senado (Corwin, 1986, p. 166).

De qualquer modo, o Judiciário, num Estado democrático, está deliberadamente colocado à parte do processo político (Lipson, 1964, p. 552), e aos juízes concede-se segurança do cargo para ajudá-los a permanecer imunes às tentações do poder e do partidarismo. Todavia, mesmo cercado de várias garantias constitucionais (e talvez até por isso), o Judiciário acaba revelando um variável ativismo, ora progressista (e garantidor), ora conservador.

¹⁴ O *ativismo judicial pragmatista* parece ser o perfil adotado atualmente pelo STF, com base em categorias jurídicas ou ferramentas metodológicas como “pensamento jurídico possível”, “força normativa dos fatos”, “situação excepcional”, “contexto”, “realidade constitucional” etc. Cf. Valle, 2009, pp. 133-134.

O ativismo judicial é, segundo Thomas Sowell (2011, pp. 262/281):

Um cheque em branco no qual se pode explorar qualquer direção, em qualquer questão, dependendo das predileções de cada juiz em particular. (...) E decisões judiciais guiadas por resultados sociais baseados nas preferências dos juizes, em vez de guiadas pela lei escrita, acabam produzindo um bom número de efeitos colaterais sobre a justiça das leis, vista como uma estrutura fundamental dentro da qual os membros da sociedade podem planejar suas ações. O efeito mais óbvio é que ninguém é capaz de prever quais resultados sociais os juizes se inclinarão a favorecer no futuro, deixando até mesmo as mais claras leis cercadas por uma neblina de incertezas a anunciar crecentes litígio.

Os humores explosivos do ativismo político/ideológico, inevitavelmente, como já dito, atingem também o MP, mas devem encontrar nele o filtro necessário, capaz de separar o trigo do joio, ou seja, o que encontra respaldo no ordenamento jurídico, do que é fruto apenas de paixões ocasionais. É da essência do Ministério Público contrariar interesses, independente de onde partam. Toda demanda dirigida à instituição submetesse, naturalmente, a um juízo crítico técnico-jurídico, levando ao seu prosseguimento ou indeferimento. Esse juízo, obviamente, não pode aderir, sem uma fundamentação jurídica adequada e suficiente, à pauta ativista.

A instituição está na contingência de encontrar meios para reduzir ao mínimo esse elemento político na raiz de suas ações. Fala-se em “reduzir” de propósito, pois a atuação resolutiva e técnica do MP não implica a completa abolição do ativismo político, mas o triunfo sobre ele, que, mesmo dominado, segue sempre presente. Um recurso valioso para essa redução é optar, sempre que possível, pela resolução extrajudicial de conflitos que impliquem, naturalmente, uma exposição mais acentuada às variáveis políticas ou ideológicas envolvidas. Essa opção é plenamente factível, pois há uma multiplicidade de canais de acesso à justiça, e não apenas o Judiciário.

Outro mecanismo, seria a criação de entendimentos institucionais homogêneos, de modo a guiar seus membros em questões mais polêmicas, políticas e carregadas de incertezas. O CNMP, bem ou mal, através de suas recomendações e, principalmente, de suas resoluções, tem levado um pouco de serenidade à atuação ministerial, afastando a instituição, aos poucos, do precipício atrativo da política.

6 CONCLUSÕES

O ativismo político ou ideológico tem seu *locus* próprio¹⁵ e não é no Ministério Público, ou em qualquer outro órgão estatal de cariz meritocrático, que se erige sob o pálio de elevadas responsabilidades constitucionais. Para o bem ou para o mal, encontra expressão nas diversas articulações da sociedade, em suas associações, organizações empresariais e estudantis, sindicatos, ONG's, comunidades, corporações, grupos de pressão e de interesse, movimentos de rua ou redes sociais¹⁶. E mesmo nestes setores sociais, a convicção de que um nível muito elevado de participação e de ativismo político é sempre bom para a democracia (Lipset, 1960, p. 32), não é totalmente válida¹⁷. Em uma democracia saudável seus cidadãos devem ser esclarecidos e ativos, mas não hiperativos, a ponto de introduzir causas de divergência que minem as bases de coesão social. Mesmo o ativismo social exige ser contido por certos limites, cujos traços remetem, por um lado, à rede de direitos fundamentais.

O Ministério Público, como instituição meritocrática e guardião de promessas constitucionais, não é o lugar adequado para pessoas que o integram como membros, condensar suas frustrações, angústias, ambições e até ressentimentos, transformando-os em bandeiras de uma causa messiânico-redentora. A causa do MP é e sempre será pública, no sentido nobre e elevado da palavra, forjada sobre a impessoalidade e a imparcialidade, e não por partidarismos apaixonados, inconstantes e fluidos. E a cada membro do MP impõe-se como dever essencial zelar pelo respeito público à instituição e cuidar do seu capital de legitimidade.

O “partido” do membro ministerial é o interesse constitucionalmente atribuído à defesa do Ministério Público, e não um recorte pessoal – um conflito egocêntrico - sem relação ou alinhamento à totalidade institucional, que deve constituir, no melhor dos mundos, a permanência entre mudanças e a unidade na variedade (“uma unidade sem rachaduras”, uma unidade por trás da multiplicidade de órgãos e agentes – *e pluribus unum*). É de sublinhar-se a importância do membro ministerial, não enquanto separado e isolado, à maneira solipsista de militante político, mas como essencialmente relacionado a outros, sob os fins agregadores e estabilizadores do todo institucional.

15 “Na luta política, mesmo na democrática, e aqui entendo por luta democrática a luta pelo poder que não recorre a violência, os homens serenos ou suaves não tem como participar” (Bobbio, 2011, p. 39).

16 “A participação de movimentos sociais (e da sociedade civil como um todo) nos processos criativos de políticas públicas é, de fato, um elemento que reforça o caráter democrático da sociedade” (Vieira/Mayorga, 2019, p. 111).

17 Este fenômeno pode levar ao que Ortega Y Gasset (1987, p. 40) batizou de “hiperdemocracia”, ou seja, uma militância ativa e violenta das massas ou de múltiplos grupos sociais, definindo as políticas públicas, a forma de governar os recursos públicos e, principalmente, formas de enfrentamento de seus supostos “inimigos”. A “hiperdemocracia” orteguiana é definida por Karl Popper (1974, p. 02) e Karl Loewenstein (1937, p. 423), respectivamente, como “democracia totalitária” e “democracia militante” (atualmente designada como “democracia defensiva” ou *fighting democracy*).

O ativismo político no âmbito do Ministério Público só cabe afirmá-lo. Uma vez analisado, desaparece por total incompatibilidade. Explicar o fenômeno é eliminá-lo com a explicação. A instituição é uma esfera neutral e impessoal estabelecida em meio às lutas políticas e ideológicas que grassam na realidade social. Diante de um perfil funcional de autoconsciência científica e técnica, lastreado sobre o planejamento, estudo e análise, sobra pouco espaço para o pessoalismo e o azar corporificados no ativismo político ou ideológico. Não há “combate”, nem “militância” numa suposta “arena” ministerial¹⁸, mas enfrentamento de desafios e busca incessante pelo interesse público, pela defesa da democracia e da ordem jurídica. Estas ideias são tão fortes que, uma vez internalizadas via capacitação e planejamento institucional, não se pode deixar de trabalhar de acordo com elas.

A instituição não é um instrumento e uma extensão das visões singulares de cada membro (ou de seus engajamentos políticos), pois assim sendo existiriam tantos “Ministérios Públicos” quanto fosse a formação numérica de seus membros. Haveria, então, uma instituição tentacular (e quasimodal) movendo-se para todos os lados, sem compromisso com os objetivos sólidos e convergentes atribuídos pela Constituição. Seria o reino do caos, sob o predomínio egoístico das individualidades, como se fora um mecanismo de fragmentação institucional. Todavia, por cima de todas as propensões pessoais, há algo maior e difícil de expressar, mas que é a fonte donde emana toda grandeza institucional do MP: sua impessoalidade, sua autoridade, sua credibilidade social, sua perenidade.

O caráter pessoal, atomístico e segmentado do ativismo político ou ideológico, ao contrário do que se pensa, não fortalece o Ministério Público, fragiliza-o. Esse fenômeno, primeiro, representa um alto custo moral aos objetivos constitucionais da instituição, diante de sua instrumentalização a impulsos pessoais; segundo, abre as portas para a destruição ou enfraquecimento excessivo da totalidade institucional na presença da parte, drenando, a médio ou longo prazo, a capacidade resolutive e o ideal de construção imagética da instituição. No atual cenário, o que torna forte o MP é o reconhecimento leal de seus limites orgânicos e o elo entre a independência funcional de seus membros e o planejamento estratégico-institucional de suas ações¹⁹, ou seja, uma reaproximação (ou religação) das partes ao todo e do todo às partes.

18 Tanto a ciência jurídica quanto a ciência política padecem do péssimo hábito de usar, recorrentemente, termos castrenses em sua narrativa, como “militante”, “arena”, “combate”, “batalha judicial”, “luta” etc. Tais palavras conferem um tom adversarial e pouco democrático a qualquer tema tratado com método científico. Quando se utiliza esses termos militares, os fenômenos jurídicos ou políticos são envolvidos em incompreensibilidade e incontrolabilidade, e não em desafios que podem ser debelados por forças racionais. Tais termos quintessenciam a falsa ideia de que a força é o Direito.

19 A revisão do princípio constitucional da independência funcional do MP, embora seja uma necessidade diante do novo perfil resolutivo da instituição, precisa ser feita com a cautela necessária, pois somente quem é livre e independente é capaz de se comprometer e de se engajar numa causa maior que seus interesses imediatos. Se o membro do MP tiver retirada (ou grosseiramente relativizada) sua independência em prol de fins homogeneizadores da instituição, faltar-lhe-á a perspectiva para engajar suas melhores energias nas elevadas funções conferidas à instituição.

O ativista político cria uma cartilha própria por onde pauta sua postura funcional, sem reparar em planejamento institucional estratégico ou no horizonte ético-normativo da instituição. Exerce seu *munus* como portador individual da missão política, jurídica e social do Ministério Público. Para alimentar o seu desejo de protagonismo ou sua cruzada pessoal, tudo é convertido em instrumento de uma causa, inclusive os recursos da própria instituição. Amparado por uma estrutura institucional robusta, o trabalho escoteiro do ativista representa grande risco aos valores e aos objetivos jurídico-morais que a guiam, bem como ao seu prestígio e à sua credibilidade²⁰ perante a sociedade consumidora de seus serviços.

RESOLUTIVE PUBLIC MINISTRY AND POLITICAL OR IDEOLOGICAL ACTIVISM

ABSTRACT

This essay seeks to analyze the impact of resoluteness on ministerial activism, rescuing and reinforcing the promoting, assertive and dynamic essence of the Public Ministry. And, on the other hand, it tries to understand how this doctrine can enable the emergence and dissemination of a radical practice of political or ideological activism in the ministerial ranks, with its harmful effects on the image and credibility of the institution.

Keywords: resolute public ministry; Ministerial activism; political activism; impartiality; impersonality.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO CAMPOS, Carlos Alexandre de. **A Evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norteamericana**. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, nº 60, abr./jun., 2016, pp. 55-117.

BATESON, Gregory. **Espiritu y naturaleza**. Tradução de Leandro Wolfson. Buenos Aires: Amorrortu Ed., 1997.

BEREDAY, George Z. F.; VOLPICELLI, Luigi (orgs.). **Educação Pública nos Estados Unidos**. Tradução de Aydano Arruda. São Paulo: Ibrasa, Col. “Clássicos da Democracia”, n. 07, 1963.

²⁰ Há uma relação direta entre a forma de atuação da instituição e sua credibilidade, que não é menos real porque não se a compreenda, nem se possa traduzi-la em premissas objetivas.

- BOBBIO, Norberto. **Elogio da Serenidade**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Unesp, 2011.
- BRONOWSKI, Jacob. **Um sentido do futuro**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1977.
- BRUNSCHVICG, León. **Las edades de la inteligencia**. Tradução de Amparo Albajar. Buenos Aires: Hachette, 1955.
- BUNGE, Mario. **La ciencia. Su metodo y su filosofia**. Buenos Aires: Ediciones Siglo Veinte, 1980.
- CAHN, Edmond. **O impasse do democrata**. Tradução de E. Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, 1963.
- CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do Processo Penal**. Tradução de Isabela Cristina Sierra. São Paulo: Editora Minelli, 2ª ed., 2006.
- CORWIN, Edward S. **A Constituição norte-americana e seu significado atual**. Tradução de Leda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: Zahar, 1986.
- EPITETO. **A arte de viver (encheiridion)**. Tradução de Fabio Kataoka. Barueri/SP: Camelot, 2021.
- ERARD, M.; LUKIÉ, R.; MORENO, J.; BOSSERMAN, P.; TIRYAKIAN, E. **Uma sociologia pluralista**. Tradução de Maria Emília Garcia. Porto: Rés Editora, s/d.
- FRANKLIN, Benjamin. **Autobiografia de Benjamin Franklin**. Tradução de Aydano Arruda. São Paulo: Ibrasa, Col. "Clássicos da Democracia", n. 10, 1963.
- FREUND, Julien. **As Teorias das Ciências Humanas**. Tradução de Laura Montenegro. Lisboa: Socicultur, 1977.
- FREYER, Hans. **Introducción a la sociología**. Tradução de Felipe Gonzalez Vicen. Madrid: Aguilar, 1973.
- GOULD, Stephen Jay. **A falsa medida do homem**. Tradução de Válder Lellis Siqueira. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- GRANGEIA, Mario Luis.; CARVALHAES, Flavio.; COELHO, Ruan. Alcance e limites do ativismo do Ministério Público como fiscal da educação. Rio de Janeiro: **Dilemas, Rev. Estud. Conflito Controle Soc.**, Vol. 14, n. 1, JAN-ABR 2021, pp. 289-317. (Disponível em: <https://www.scielo.br/j/dilemas/a/Hx7L7BNpfyQDGLVhcdZWbbQ/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 25.02.2023).
- HOPPE, Hans-Hermann. **Democracia, o Deus que falhou**. Tradução de Marcelo Werlang de Assis. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2014.
- LIPSET, Seymour Martins. **Political man. Where, how and why democracy works in the modern world**. New York: Doubleday, 1960.
- LIPSON, Leslie. **A Civilização Democrática**. Vol. II. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1964.

- LOEWENSTEIN, Karl. **Militant Democracy and Fundamental Rights, I**. American Political Science Association: The American Political Science Review, Vol. 31, No. 3 (Jun., 1937).
- LOSURDO, Domenico. **A hipocondria da antipolítica**. Tradução de Jaime Clasen. Rio de Janeiro: Revan, 2014.
- MANN, Horace. **A educação dos homens livres**. Tradução de Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, Col. “Clássicos da democracia”, n. 3, 1963.
- MEYNAUD, Jean. **Os grupos de pressão**. Tradução de Pedro Lopes de Azevedo. Lisboa: Publicações Europa-América, 1966.
- NIETZSCHE, Friedrich. **Sobre verdade e mentira**. Tradução de Fernando de Moraes Barros. São Paulo: Hedra, 2007.
- NOGUEIRA, Marco Aurélio. **Os intelectuais, a política e a vida**. In: Dênis de Moraes (org.). **Combates e utopias**. Rio de Janeiro: Record, 2004.
- OLIVEIRA, Francisco de. **Intelectuais, conhecimento e espaço público**. In: Dênis de Moraes (org.). **Combates e utopias**. Rio de Janeiro: Record, 2004.
- ORTEGA Y GASSET, José. **A Rebelião das Massas**. Tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 1ª ed., 1987.
- PARETO, Vilfredo. **La transformación de la democracia**. Tradução de Carlos A. Fernández Pardo. Buenos Aires: Editorial Struhart, 2005.
- POPPER, Karl R. **The open society and its enemies**. Vol. I. London: Routledge, 1974.
- POPPER, Karl R. **The open society and its enemies**. Vol. II. London: Routledge, 1980.
- RODRIGUES, João Gaspar. Lineamentos sobre a nova dinâmica resolutiva do Ministério Público. **Revista Jurídica ESMP-SP**, v. 8, 2015, pp. 53-90.
- RODRIGUES, João Gaspar. Atribuições do Ministério Público. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 1, n. 4, 29 dez. 1996. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/270>. Acesso em: 23 mar. 2023.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. **O ativismo do Ministério Público Federal**. Disponível em: <https://www.anpr.org.br/imprensa/artigos/24551-o-ativismo-do-ministerio-publico-federal>. Acesso em: 25.02.2023.
- SALMON, Wesley C. **Lógica**. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. Rio de Janeiro: Zahar, 1971.
- SOWELL, Thomas. **Os intelectuais e a sociedade**. Tradução de Maurício G. Righi. São Paulo: É Realizações, 2011.
- THUAN, Trinh Xuan. **La plenitud del vacío**. Tradução de Antonio Francisco Rodríguez. Barcelona: Editorial Kairós, 2018.
- VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**, Curitiba: Juruá, 2009.
- VIEIRA, Bruno.; MAYORGA, Claudia. Juventude, ativismo político, políticas públicas e a

confusão que é articular isso tudo. **Revista Psicologia para America Latina**, n. 32, 2019, pp. 107-117.

WAHL, Jean. **Introducción a la filosofía**. Tradução de José Gaos. México: Fondo de Cultura Económica, 1957.

WALZER, Michael. **Esferas da Justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

**VENDA PROIBIDA
IMPRESSO COM
RECURSOS PÚBLICOS**



MPCE
Ministério Público
do Estado do Ceará



ESMP
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ



CEAF
CENTRO DE ESTUDOS E
APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

Rua Maria Alice Ferraz, 120. Luciano Cavalcante, Fortaleza-CE - CEP: 60.811-295.

Fone: (85) 3452.4521 / 3452.3709 / 3252.1790

www.mpce.mp.br/institucional/esmp