

REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO

ANO 5 • 9 • JANEIRO-JUNHO 2016



Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO

Revista Jurídica

**da Escola Superior do Ministério
Público de São Paulo**

REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO

Ficha catalográfica elaborada pela Escola Superior do Ministério Público

Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. São Paulo: ESMP, 2012-

ISSN: 2316-6959

Volume 9

2016

1. Direito – periódicos. I. Escola Superior do Ministério Público de São Paulo.

CDU 34(815.6)(5)

Publicação semestral

© Todos os direitos reservados.

Os autores têm responsabilidade integral e individual pelo conteúdo de suas matérias publicadas neste periódico.

PROJETO GRÁFICO

Marli Santos de Jesus

DIAGRAMAÇÃO

Teresa Lucinda Ferreira de Andrade

CAPA

Robson Minghini

REVISÃO

Heleusa Angélica Teixeira

EDITORACÃO

Imprensa Oficial do Estado S/A – IMESP

Escola Superior do Ministério Público de São Paulo

Rua 13 de Maio, 1259 – 3º andar – Bela Vista

01327-001 – São Paulo – SP – Brasil

Tel. (11) 3017-7755

esmp_revista@mpsp.mp.br

REV. JUR. DA ESPM/SP, SÃO PAULO, v.9, 2016

ISSN 2316-6959

**CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO**

Revista Jurídica

**da Escola Superior do Ministério
Público de São Paulo**

VOLUME 9

2016



REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO

Editor Responsável

Antonio Carlos da Ponte, Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Doutor e Livre Docente em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Professor dos Cursos de Graduação e Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e da Universidade Santa Cecília (UNISANTA).

Conselho Editorial

Eduardo Augusto Salomão Cambi, Doutor pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná, Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e Universidade Paranaense (UNIPAR); **Emerson Garcia**, Doutor pela Universidade de Lisboa, Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro; **Fernando Reverendo Vidal Akaoui**, Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Professor e Coordenador Pedagógico da Universidade Santa Cecília (UNISANTA), Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo; **Gregório Assagra de Almeida**, Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais e Professor da Universidade de Itaúna; **Hermes Zaneti Júnior**, Doutor pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Espírito Santo e Professor da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); **José Horácio Cintra Gonçalves Pereira**, Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie; **Pedro Henrique Demercian**, Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Professor da Graduação e Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo.

Pareceristas

Adalberto Simão Filho, Associação de Ensino de Ribeirão Preto (UNAERP) e Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU), Doutor pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Alberto Camiña Moreira**, Universidade Presbiteriana Mackenzie, Doutor pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Ana Lúcia Menezes Vieira**, Ministério Público de São Paulo (MP/SP), Doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); **Augusto Eduardo de Souza Rossini**, Ministério Público do Estado de São Paulo (MP-SP); Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (DPN/MJ); Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU), Doutor pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Cristiano Pereira Moraes Garcia**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Faculdades de Atibaia, Faculdades de Campinas e Universidade São Francisco (USF), Doutor pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Eduardo Reale Ferrari**, Universidade de São Paulo (USP), Doutor pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Eurico Ferraresi**, Ministério Público de São Paulo, Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); **Fábio Ramazzini Bechara**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); **Heitor Vitor Mendonça Sica**, Universidade de São Paulo (USP), Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); **José Antonio Remédio**, Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP), Doutor pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **José Horácio Cintra Gonçalves Pereira**, Universidade Presbiteriana Mackenzie, Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie; **José Fernando Simão**,

EXPEDIENTE

Universidade de São Paulo, Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); **Luciana Temer**, Pontifícia Universidade Católica (PUC-SP), Doutora pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica (PUC--SP); **Luis Fernando de Moraes Manzano**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP) e Universidade Presbiteriana Mackenzie, Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); **Luis Fernando Rocha**, Ministério Público de São Paulo e Universidade Paulista (UNIP), Doutor pela Universidade Estadual Paulista (UNESP); **Mariângela Tomé Lopes**, Universidade São Judas Tadeu e Universidade Anhembi Morumbi, Doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); **Mário Sérgio Sobrinho**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); **Miguel Thomaz Di Pierro Junior**, Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); **Octavio Luiz Motta Ferraz**, Warwick University (Reino Unido), Doutor em Direito pela University College London; **Rafael de Oliveira Costa**, Ministério Público de São Paulo, Doutor pela Universidade Federal de Minas Gerais

(UFMG); **Ricardo Andrade Saadi**, Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional da Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça (DRCI/SNJ/MJ), Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie; **Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo**, Faculdade de Direito da Universidade Positivo de Curitiba, Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); **Silas Silva Santos**, Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP), Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); **Silvio Antonio Marques**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP); Doutor pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC--SP) e Doutorando na Faculdade de Direito da Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne; **Tailson Pires Costa**, Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, Universidade Metropolitana de Santos e Universidade Católica de Santos, Doutor pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Tiago Cintra Essado**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

**CENTRO DE ESTUDOS E
APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DE SÃO PAULO**

Diretor

Antonio Carlos da Ponte

Assessores

Alexandre Rocha Almeida de Moraes

Fernando Reverendo Vidal Akaoui

Ieda Casseb Casagrande Bignardi

Romeu Galiano Zanelli Júnior

Sílvia Chakian de Toledo Santos

Editores

Editor Responsável - Antonio Carlos da Ponte

Samyra Haydêe Dal Farra Napolini

Ticiane Lorena Natale

SUMÁRIO/ CONTENTS

O COMBATE À CORRUPÇÃO E LEI DE RESPONSABILIDADE DE PESSOAS JURÍDICAS (LEI Nº 12.846, DE 1º DE AGOSTO DE 2013)	
Vicente Greco Filho.....	15
O DIAGNÓSTICO SOCIOAMBIENTAL COMO PRESSUPOSTO DE EXECUÇÃO DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE: UMA ANÁLISE A PARTIR DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO	
Luiz Fernando Rossetti Borges	
Henrique Augusto Reberte	
Paulo Antonio Locatelli.....	31
A COLABORAÇÃO PREMIADA E A LEI DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS	
Pedro Demercian.....	53
AS INSTITUIÇÕES DE LONGA PERMANÊNCIA PARA IDOSOS SOB A PERSPECTIVA DE UM NOVO MODELO	
Maricelma Rita Maleiro.....	89
ABORDAGEM JURÍDICA DA INADEQUADA APLICAÇÃO DE AGROTÓXICOS POR AVIÕES NA ATIVIDADE SUCROALCOOLEIRA: EXPERIÊNCIA DO GAEMA	
Gabriel Lino de Paula Pires, Silvio Martins Barbatto.....	119
AÇÃO RESCISÓRIA E COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL NO NOVO CPC	
Fábio Meneguelo Sakamoto.....	143
ANÁLISE DO PATRIMÔNIO GENÉTICO HUMANO COMO BEM JURÍDICO PENAL	
Marcela Albuquerque Zan.....	163
NORMAS DE SUBMISSÃO.....	187

APRESENTAÇÃO

A Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, a partir do presente número, passa a ser publicada exclusivamente na forma eletrônica.

A medida atende ao novo momento vivenciado pela Escola, que completará no mês de outubro do ano que vem 30 anos, e vem ao encontro da necessidade de maior celeridade na divulgação do pensamento acadêmico institucional, sem descuidar com a gestão financeira responsável.

Doravante, a revista passa a observar rigidamente o projeto de pesquisa *Ministério Público – Instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, a quem incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*, que será viabilizado por intermédio de linhas de pesquisa vinculadas às áreas criminal, infância e juventude, direitos humanos, saúde pública, pessoa com deficiência, idoso, patrimônio público, eleitoral e interesses difusos e coletivos.

Adota-se um novo olhar sobre o papel da revista, que deve contribuir para o aprimoramento profissional e cultural dos membros da Instituição, de seus colaboradores, estar atenta aos principais desafios do Mundo Contemporâneo e, notadamente, estimular projetos e trabalhos que reflitam o papel constitucional do Ministério Público em um Estado Social e Democrático de Direito.

Excelência acadêmica, fortalecimento institucional e compromisso indissociável com a solidificação dos alicerces democráticos devem ser as diretrizes de nossa publicação acadêmica, que, em apertada síntese, precisa estar a serviço do Ministério Público e da Sociedade. Inaugura-se, assim, uma nova fase, que busca lançar as sementes do Ministério Público do século XXI, que necessita ser proativo; implacável no combate às diferentes formas de criminali-

dade; comprometido com a causa da infância e juventude; vocacionado no aperfeiçoamento e construção de políticas públicas; atento ao respeito aos direitos difusos e coletivos e intransigente na defesa e salvaguarda aos direitos humanos, em suas mais diferentes dimensões.

Um verdadeiro Ministério Público democrático exige participação e união de todos. Funda-se em ações transformadoras e comprometimento com a efetivação da Justiça. Não se compraz com palavras, exige ações. É a proposta que se busca materializar.

Todos estão convidados a participar e contribuir na construção desse projeto.

Antonio Carlos da Ponte

A *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo* está aberta às mais variadas abordagens teóricas e metodológicas, priorizando textos interdisciplinares e análises críticas. Os artigos científicos devem tratar, de forma crítica, assuntos que de preferência abordem o papel do Ministério Público no Estado Democrático de Direito, porém a Revista espera a participação de toda a comunidade acadêmica, não se restringindo a ser um veículo de comunicação apenas do Ministério Público.

No sentido de fomentar o aprofundamento das pesquisas nas linhas e teses do Ministério Público a Revista está dividida em quatro Seções temáticas:

- I. *Ministério Público*: dirigida ao debate de temas institucionais, visa principalmente, a pesquisar e refletir sobre o papel do Ministério Público no Estado Democrático de Direito.
- II. *Ciências Criminais*: tema que prevalece na atuação do Ministério Público, nesta linha pretende-se abordá-lo a partir do pluralismo de teorias que reflitam sobre o Direito e o Processo Penal, a Dogmática Penal e a Política Criminal.
- III. *Tutelas Coletivas e Difusas*: tema relevante na sociedade brasileira atual, merece espaço específico na Revista para o aprofundamento das questões relativas aos interesses transindividuais, difusos e coletivos.
- IV. *Temas Interdisciplinares*: não se esgotando nos temas penais, a Revista também possui essa seção que será dedicada a vários temas jurídicos, abordados inter e multidisciplinarymente, trazendo o enfoque da sociologia, teoria geral, história e ciências afins para o jurídico, bem como o das outras ciências jurídicas para o penal.

O aceite dos artigos restringir-se-á a aqueles oriundos de Mes- tres e Doutores, sendo que a contribuição de mestrandos e doutorandos será muito bem-vinda desde que com a coautoria do seu orientador. Também se exige o ineditismo do artigo e o cumprimento das regras da ABNT adotadas pela Revista, sendo que as mesmas encontram-se especificadas nas Diretrizes para os Autores.

O COMBATE À CORRUPÇÃO E A LEI DE
RESPONSABILIDADE DE PESSOAS JURÍDICAS (LEI Nº
12.846, DE 1º DE AGOSTO DE 2013)

*THE FIGHT AGAINST CORRUPTION AND THE ANTI-
CORRUPTION LAW (LAW Nº 12,846 OF AUGUST 1ST,
2013)*

Vicente Greco Filho

Professor Titular Sênior da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

RESUMO

A corrupção, no sentido de obtenção de vantagem indevida em virtude do exercício de função pública, é fenômeno milenar. O Brasil, historicamente, também não se eximiu dessa má reputação. O problema é amplo, envolvendo, na verdade, qualquer locupletamento indevido decorrente da prática de ato ilegal ou mesmo antiético para beneficiar alguém ou facilitar alguma atividade, ainda que legítima de outrem, ou, ainda, comportar-se de maneira indevida para obter algum benefício para si ou para outrem, ainda que sem conteúdo econômico. Para a lei penal brasileira, a corrupção, em sentido estrito, é o mercadejo da função pública com a obtenção de vantagem indevida por parte do funcionário público, em que são punidos tanto o funcionário corrupto (a passiva) quanto o particular corruptor (a ativa). As convenções internacionais, de modo geral, indicam uma relação exemplificativa de vários atos considerados como corrupção, demarcando de forma mais abrangente o contexto das práticas consideradas corruptas. De todo modo, para efeitos da lei nº 12.846/13, e como adiante se comentará, será considerado corrupção, neste estudo, apesar da descrição genérica do art. 5º da lei, os atos delimitados nos incisos I a V, considerados lesivos contra a administração pública quando praticados pelas pessoas jurídicas.

PALAVRAS-CHAVE

Corrupção; Lei de Responsabilidade de Pessoa Jurídica; *Compliance*

ABSTRACT

The corruption, meaning obtainment of undue advantage by virtue of the exercise of public function is a millenarian phenomenon. Brazil, historically, has not also exempt from this bad reputation. The problem is broad and involves, in fact, any undue enrichment arising from illegal act or even unethical to benefit or facilitate some activity, even though legit or behaving in an undue manner to obtain a benefit for yourself or any other, even without economical content. For Brazilian criminal law, corruption, in a close sense, is the trade of the public function with the obtainment of undue advantage by the public employee, where both the corruptor (active) and the corrupt (passive) are punished. The international conventions generally indicates a exemplary relation of various acts considered as corruption, demarcating in a broader way the context of the practices considered as corruption. Anyway, for the effects of the law nº 12.846/13, and as will be commented forwards, in this study, therefore the generic description of the 5th article of the law, the delimited acts on the subsections I to V, considered injurious against the public administration when practiced by legal entities.

KEYWORDS

Corruption; Anti-Corruption Law; *Compliance*

1. O CONCEITO DE CORRUPÇÃO

A corrupção, no sentido de obtenção de vantagem indevida em virtude do exercício de função pública, é fenômeno milenar. Nem mesmo Cícero, o famoso orador e senador romano escapou da pecha: consta que depois de um ano como governador de província voltou para casa rico apesar de sua origem de pobreza na vida juvenil.

O Brasil, historicamente, também não se eximiu dessa má reputação iniciada segundo muitos com a primeira carta escrita por Pero Vaz de Caminha, de 1º de maio de 1500, “cujo final ele solicita favores para o genro – Jorge de Osório – ao Rei D. Manuel, de Portugal”¹, onde a corrupção passaria a ser um fenômeno cotidiano combatido por várias políticas públicas, principalmente.

O problema da corrupção, assim, é amplo, envolvendo, na verdade, qualquer locupletamento indevido decorrente da prática de ato ilegal ao mesmo antiético para beneficiar alguém ou facilitar alguma atividade, ainda que legítima de outrem, ou, ainda, comportar-se de maneira indevida para obter algum benefício para si ou para outrem, ainda que sem conteúdo econômico. Nesse sentido amplo, por exemplo, também seriam atos de corrupção o do empregado que assina o livro de presença por outro ou o funcionário que pula a catraca controladora de entradas e saídas para burlar a vigilância de horário de expediente.

1 Conforme pioneiro estudo histórico sobre o tema de HABIB, Sergio. *Brasil: quinhentos anos de corrupção*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994, p. 3. Ainda a respeito da história brasileira, interessante abordagem realizou Helena Regina Lobo da Costa. Afastando a visão fatalista de que a corrupção sempre esteve presente no Brasil e que faria parte da própria constituição e identidade de seu povo, nada havendo que se fazer para coibi-la, mas sem desprezar sua raízes históricas, realiza a autora um estudo sobre a corrupção, em sentido amplo, no período colonial, como forma de melhor compreender o tema a partir de características organizacionais e sociais da época, de modo a se vislumbrar linhas orientativas para alteração da realidade atual. Assim, partiu a autora do estudo dos arranjos institucionais típicos daquele período, de origem medieval, onde inicialmente predominava atos informais e a influência religiosa, e dos grandes e não fiscalizados poderes dos donatários no período das capitânicas hereditárias e dos governadores-gerais, da análise da características da atividade comercial desenvolvida, cujo monopólio da Coroa, explorado pelas Companhias, beneficiava aqueles quem mantinham uma boa relação com a Administração Pública, cujo limite com o privado era indefinido, da mentalidade dos funcionários públicos aportados aos cargos, muitas vezes vendidos pela Coroa, de utilizarem seu período transitório no país como forma de promoção para a metrópole, de modo a amealhar o maior número de riquezas possível, em que a baixa remuneração e a falta de independência favorecia a corrupção e, finalmente, do estudo da falta de escolaridade da população em geral e da imprensa cujo corolário era a ausência de uma mentalidade crítica e capacidade fiscalizatória, para constatar que, apesar destas circunstâncias estarem alteradas nos dias de hoje, a sobreposição do interesse privado com desrespeito e zelo pela coisa pública permanecem iguais. Assim, o fato de o brasileiro, mais instruído e informado do que antes, não se escandalizar ou mudar o comportamento com os noticiados casos públicos de corrupção, leva a autora a concluir que o grande desafio hoje, mais difícil e complexo, é mudar a cultura cotidiana e endêmica da corrupção (COSTA, Helena Regina Loba da. *Corrupção na História do Brasil: reflexões sobre suas origens no período colonial*. in *Temas de anticorrupção e compliance*, coord. Alessandra Del Debbio, Bruno Carneiro Maeda, Carlos Henrique da Silva Ayres, Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 1-19).

ZANI ANDRADE BREI², citando Jonhston (1982), apresenta três perspectivas para explicar a corrupção:

a) as *explicações personalísticas*, pelas quais a corrupção é vista “más ações de gente ruim”, como vinda do povo, da fragilidade da natureza humana. Seu foco está na investigação psicológica ou na ganância e racionalização humanas como causas;

b) as *explicações institucionais*, para as quais a corrupção decorre de problemas de administração, que podem ser de, pelo menos, dois tipos, o decorrente de estímulo exercido por líderes corruptos, que levam a corrupção a se reproduzir intra e interinstitucionalmente, e o advindo dos “gargalos” criados por leis e regulamentos que trazem rigidez à burocracia; e

c) as *explicações sistêmicas*, para as quais a corrupção emerge da interação do governo com o público, constituindo parte integrante do sistema político, como uma das formas de influência.

Para a lei penal brasileira, a corrupção, em sentido estrito, é o mercadejo da função pública com a obtenção de vantagem indevida por parte do funcionário público, em que são punidos tanto o funcionário corrupto (a passiva) quanto o particular corruptor (a ativa). Há, inclusive, crime específico no caso da corrupção eleitoral e esportiva.

As convenções internacionais, de modo geral, indicam uma relação exemplificativa de vários atos considerados como corrupção, demarcando de forma mais abrangente o contexto das práticas consideradas corruptas.

De todo modo, para efeitos da lei nº 12.846/13, e como adiante se comentará, será considerado corrupção, apesar da descrição genérica do art. 5º da lei, os atos delimitados nos incisos I a V, considerados lesivos contra a administração pública quando praticados pelas pessoas jurídicas³.

2. A CORRUPÇÃO NO CONTEXTO INTERNACIONAL

Especialmente a partir da década de 1970 surgiu número significativo de estudos a respeito da corrupção, com abordagens acadêmicas diversas, e as legislações passaram a ampliar as sanções para diversas formas de corrupção, segundo as peculiaridades de cada país, sob a perspectiva de um problema econômico.

2 BREI, Zani Andrade. *A corrupção: causas, consequências e soluções para o problema*, em Revista de Administração Pública, FGV, Rio de Janeiro, maio/junho 1996, p. 104.

3 Sobre o conceito de corrupção, consultar o estudo de RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. Delimitación del Concepto penal de Corrupción in *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXV, Valparaíso, Chile, 2004, p. 339-359, apresentando, inclusive, interessante classificação dos fenômenos corruptos; GARZÓN VALDÉS, Ernesto Acerca de la Calificación Moral de la Corrupción – tan sólo una propuesta in *Isonomía*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, n. 21, outubro de 2004, p. 9-19 e; COCCILO, Endrius Eliseo Las Mutaciones del Concepto de Corrupción in *Revista de Lengua i Dret*, n. 50, 2008, p. 15-51. Na doutrina nacional, entre tantos, conferir ROCHA, Patrícia Barcelos Nunes de Mattos. *Corrupção na era da globalização*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 57 e ss.

Ainda nesse período, alguns casos emblemáticos foram reportados⁴ a respeito da prática bastante difundida nos Estados Unidos e na Europa de corromper funcionários públicos estrangeiros pelas empresas multinacionais, sob a justificativa de que seria impossível fazer negócio em alguns países estrangeiros sem lançar mão de tal expediente. Essa visão passou a ser duramente condenada pela mídia, meios acadêmicos etc.⁵.

Tais fatos deram ensejo, nos Estados Unidos, à edição da *Foreign Corrupt Practices Act* – FCPA, em 1977, onde as empresas norte-americanas ficaram proibidas de praticar atos de suborno de funcionários públicos estrangeiros. Referida lei acabou desencadeando, posteriormente, a outras medidas legais de combate à corrupção de natureza global.

Apesar dos esforços legislativos iniciais nos anos 70, é na década de 90 que os casos de corrupção internacional tornam-se mais graves, e que se estabelece uma percepção do problema em nível mundial, seja pela divulgação de casos significativos corrupção, tornando-se pauta de discursos realizados em reuniões anuais do Banco Mundial⁶ e do Fundo Monetário Internacional, seja pelo crescimento da influência da organização não governamental *Transparência Internacional*, responsável pela divulgação dos Índices de Percepção de Corrupção e de Pagadores de Subornos desde 1995 a 1999, respectivamente⁷.

Igualmente, além da maior percepção do fenômeno, a corrupção passou a ter uma maior incidência nas economias atuais pelo aumento dos fluxos comerciais internacionais, dando ensejo a um maior número de oportunidades para a realização de negócios mediante sua prática, como para obtenção de licenças e outros

4 Como o conhecido caso Watergate, que culminou na renúncia do presidente americano Richard Nixon.

5 Quando a opinião pública norte-americana, p. ex., tomou conhecimento que essa prática era generalizada, iniciou-se um movimento para a reversão de tal quadro. Segundo Joseph Hinsey IV e Guhan Subramanian “a abordagem ‘quando em Roma ...’ para adotar as práticas de mercado local – assumindo, *arguendo*, que a moral dos negócios externos aceitava o suborno e outros pagamentos questionáveis – foi duramente condenada pela mídia, acadêmicos, e outros críticos” *Global Approaches to Anti-Corruption*, Harvard Business School, 2001, Presidente and Fellows of Harvard College.

6 Sobre as pesquisas do Banco Mundial conferir, entre nós, MACHADO, Ana Mara França. *O sistema brasileiro anticorrupção: internacionalização do direito e variantes nacionais*. Dissertação de mestrado apresentada ao Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 19 e ss.

7 MURIEL PATINO, María Victoria. *Aproximación Macroeconómica al Fenómeno da la Corrupción in La corrupción en un mundo globalizad: análisis interdisciplinar*, coord. Nicolás Rodríguez García e Eduardo A. Fabián Caparrós, Salamanca: Ratio Legis, 2004, p. 27 e ss. Tanto é assim, que a partir da década de 80, empresas de avaliação e riscos de investimento passam a incluir o item “corrupção” nas análises dos países (cf. publicação da Controladoria Geral da União – CGU, Instituto Ethos de Empresas de Responsabilidade Social, e Grupo de Trabalho do Pacto Empresarial pela Integridade contra a Corrupção, junho de 2009, p. 9). Para Ana Mara França Machado, o Banco Mundial e a TI são os atores no processo de transformação regulatório e institucional anticorrupção brasileiro. (*O sistema brasileiro anticorrupção: internacionalização do direito e variantes nacionais*. Dissertação de mestrado apresentada ao Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 22 e 28).

privilégios etc⁸. Esse seria o efeito negativo da denominada globalização, como fenômeno econômico e atual⁹.

Além dos efeitos da corrupção no mundo dos negócios, globalizado, o fenômeno ganha a pauta dos debates internacionais também sob outro aspecto da mesma forma importante: o do crime organizado.

Uma das características das organizações criminosas, como apontado pela doutrina, é a utilização da corrupção de agentes públicos para a obtenção de seus resultados. São grupos que atuam nos mais diferentes setores, desde o comércio ilícito de drogas, o tráfico de pessoas, até as organizações criminosas de falsificação de selos postais, e contam com a conivência e participação de funcionários públicos e governos de determinados países para a obter de lucros indevidos e maiores facilidades em seus negócios.

Neste contexto, a corrupção pode ser vista por pelo menos dois enfoques, interligados: como um problema que afeta a concorrência econômica internacional, no âmbito privado, e como um dos problemas que envolve o crime organizado. A questão, portanto, nos dois aspectos, transcende as fronteiras de um Estado, especialmente em virtude do fenômeno da globalização e do incremento da atividade das organizações criminosas transnacionais¹⁰, dando ensejo a diferentes regulações, em especial algumas Convenções internacionais.

Além das inúmeras convenções internacionais firmadas nas duas últimas décadas, como veremos na sequência, é importante frisar que a corrupção figura hoje como uma das principais pautas dos debates econômico, institucional, e sobre o desenvolvimento dos países afetados pelas práticas corruptas, observando-se a redução do grau de tolerância social às práticas de corrupção.

Ainda, devido ao intenso grau de inserção da economia brasileira no merca-

8 MURIEL PATINO, María Victoria. Aproximación Macroeconómica al Fenómeno da la Corrupción in *La corrupción en un mundo globalizad: análisis interdisciplinar*, coord. Nicolás Rodríguez García e Eduardo A. Fabián Caparrós, Salamanca: Ratio Legis, 2004, p. 27 e ss. Tanto é assim, que a partir da década de 80, empresas de avaliação e riscos de investimento passam a incluir o item “corrupção” nas análises dos países (cf. publicação da Controladoria Geral da União – CGU, Instituto Ethos de Empresas de Responsabilidade Social, e Grupo de Trabalho do Pacto Empresarial pela Integridade contra a Corrupção, junho de 2009, p. 9).

9 Sobre a corrupção no contexto da globalização consultar ROCHA, Patrícia Barcelos Nunes de Mattos. *Corrupção na era da globalização*. Curitiba: Juruá, 2008. Aspectos críticos sobre o globalização e o direito penal podem ser encontrados em FRANCO, Silva Direito Penal e Globalização in *Direitos Humanos – visões contemporâneas*, Associação Juizes para a Democracia: São Paulo, 2001, p. 159-182 e SILVA, Evandro Lins e, A Globalização e seus Meandros in *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 176-183.

10 Causando, evidentemente, prejuízos de diversas ordens para os Estados. Entretanto, mesmo assim, com todo o esforço legislativo feito nos últimos anos, a corrupção ainda é um grande problema para a economia mundial. Segundo a Comissão Europeia, a corrupção custa à Europa cerca de 120 bilhões de euros por ano, conforme Newsletter do Comitê Internacional Anticorrupção da American Bar Association, de fevereiro de 2014 - http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/docs/acr_2014_en.pdf.

do internacional, o país também passou a adotar suas próprias políticas de combate ao delito de corrupção.

Especificamente no que se refere à normativa internacional, o Brasil ratificou três convenções internacionais sobre o tema: *i*) A Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para Cooperação Econômica e o Desenvolvimento (OCDE); *ii*) A Convenção Interamericana contra a Corrupção (CICC) da Organização dos Estados Americanos (OEA) e; *iii*) Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (UNCAC), que, de certa maneira, complementa a Convenção das Nações Unidas contra o crime Organizado Transnacional, que serão descritas em capítulo próprio¹¹.

2.1. A internacionalização das convenções no ordenamento brasileiro

Tais instrumentos internacionais trazem as obrigações consideradas vinculantes no que diz respeito ao tratamento do tema corrupção (*hard law*), apesar de não serem as únicas que regulam a matéria, havendo outros atos como resoluções e decisões emanadas em organizações internacionais, de natureza não obrigatória (*soft law*), cuja combinação acaba estabelecendo princípios orientadores a serem seguidos pelos Estados, acarretando mudanças em seus ordenamentos¹².

Neste contexto, ainda sobre o processo de internalização das Convenções Internacionais, digno de nota que a maior ou menor eficiência dos seus mecanismos de acompanhamento e implementação reflete na medida em que as recomendações são implementadas no direito interno¹³.

É importante mencionar que o Brasil, inspirado nos esforços internacionais acima mencionados, desenvolveu paulatinamente estratégias nacionais de prevenção da corrupção.

11 Detalhes a respeito de cada uma das Convenções serão tratadas em capítulo próprio.

12 Cf. MACHADO, Ana Mara França. *O sistema brasileiro anticorrupção: internacionalização do direito e variantes nacionais*. Dissertação de mestrado apresentada ao Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 22 e 30 e ss.

13 Como destaca, com outras palavras, MACHADO, Ana Mara França, afirmando que um dos diferenciais da Convenção da OCDE, em relação às demais, é o seu mecanismo de acompanhamento. Segundo a autora: "Devido ao fato de Convenções não criarem instrumentos legais de aplicabilidade imediata, a importância da manutenção de mecanismos de acompanhamento é muito grande. O mecanismo possibilita que a Convenção não perca sua efetividade por meio de medidas pontuais que na prática não são implementadas. O que se espera é que a Convenção tenha efetividade e reconhecimento através do tempo. E essa é também uma forma de vincular os Estados ao cumprimento do acordado, sob pena de passar por uma má avaliação que seja tornada pública ou mesmo a exclusão da organização, resultado em prejuízos econômicos. Ou seja, os mecanismos de acompanhamento são formas de pressão junto aos Estados Partes..." (*O sistema brasileiro anticorrupção: internacionalização do direito e variantes nacionais*. Dissertação de mestrado apresentada ao Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 15, 31, 37 e 57.).

Em inédita pesquisa empírica sobre o tema, Ana Mara França Machado observa que a partir dos impulsos e orientações dos organismos internacionais o Brasil desenvolveu sua própria variante local de combate à corrupção, com conteúdo regulatório particular, especialmente através da atuação da Controladoria Geral da União¹⁴.

Podemos acrescentar, por fim, que a lei de responsabilidade das pessoas jurídicas, ora em comento, insere-se nesse contexto de maior autonomia institucional do país na produção normativa do combate à corrupção, optando por mecanismos regulatórios alternativos e quiçá mais eficientes do que o recurso corrente ao direito penal.

2.2. Corrupção e direitos humanos

A inter-relação entre corrupção e direitos humanos tem sido objeto de análise pelas Nações Unidas, especialmente pelos efeitos nefastos que a corrupção causa em países de baixa renda, contribuindo para a violação dos direitos humanos das populações afetadas.

É de importância relatar a publicação denominada *The Human Right Case Against Corruption*¹⁵, que traz em sua introdução frase de autoria do Secretário-Geral Ban Ki-moon para quem a “Corrupção solapa a democracia e o estado de direito. Leva à violação dos direitos humanos. Corrói a confiança pública no governo. Pode até matar – por exemplo, quando funcionários corruptos permitem que medicamentos sejam adulterados, ou quando recebem propinas para permitir que atos terroristas sejam praticados”¹⁶.

Segundo a mesma publicação, os direitos humanos “são indivisíveis e interdependentes e as consequências da corrupção toca a todos eles – civil, político, econômico, social e cultural, bem como o direito ao desenvolvimento”¹⁷.

O crescente impacto da corrupção sobre os direitos humanos foi, recentemente, objeto de um pronunciamento feito em 26 de junho de 2012 pelo representante do Marrocos no Conselho dos Direitos Humanos da ONU, em Genebra,

14 Idem, p. 92 e ss. Note-se que a autora procura em seu estudo identificar a influência das normas internacionais sobre o ordenamento jurídico brasileiro sem, contudo, partir da hipótese de que o ordenamento brasileiro precisa se internacionalizar para obter sucesso ou melhorias no combate à corrupção.

15 Texto disponibilizado no site: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Development/GoodGovernance/Pages/AntiCorruption.aspx>.

16 Conforme tradução do livro do trecho, in verbis: *Corruption undermines democracy and the rule of law. It leads to violations of human rights. It erodes public trust in government. It can even kill -- for example, when corrupt officials allow medicines to be tampered with, or when they accept bribes that enable terrorist acts to take place* (<http://www.ohchr.org/EN/Issues/Development/GoodGovernance/Pages/AntiCorruption.aspx>).

17 Tradução do trecho original: *Human rights are indivisible and interdependent and the consequences of corruption touch upon them all — civil, political, economic, social and cultural, as well as the right to development.*

em nome de 134 países, entre eles o Brasil. Nesse documento está assentado que a corrupção “constitui um dos maiores obstáculos para a efetiva promoção e proteção dos direitos humanos, bem como para a consecução das Metas para Desenvolvimento do Milênio, em particular as metas para a erradicação da extrema pobreza e fome e a conquista da educação primária universal”¹⁸.

Posteriormente, em 13 de março de 2013, o Alto Comissário para Direitos Humanos da ONU, Navi Pillay, falando sobre o impacto negativo da corrupção sobre os direitos humanos, apresentou dados alarmantes sobre o custo da corrupção. Segundo noticiou, somente o dinheiro que é desviado a título de corrupção anualmente poderia alimentar os famintos do mundo 80 vezes. Propinas e furtos aumentam em 40% os custos dos projetos para o fornecimento de água potável e tratamento de esgotos. Milhares de vidas são ceifadas todos os anos por culpa da corrupção¹⁹.

3. A LEI DE RESPONSABILIDADE DE PESSOAS JURÍDICAS BRASILEIRA

A lei de responsabilidade de pessoas jurídicas brasileira, que institui o sancionamento de empresas que causem prejuízo à Administração mediante atos de corrupção ou análogos, conforme adiante se comentará, veio atender aos princípios orientadores dessas convenções, especialmente as diretrizes da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, assim como outras leis o fizeram, tais como a Lei de Lavagem de Valores, a Lei de informação de atos de interesse público etc.

No que se refere à corrupção de agentes públicos, como se sabe, nossa legislação penal prevê os crimes de corrupção ativa e passiva, o de peculato, além de algumas previsões especiais, como, por exemplo, o art. 3º, II, da Lei nº 8.137/1990 (corrupção passiva de agente da Administração Fiscal).

No que concerne a punições aplicáveis a empresas, alguns países optaram por inseri-las na responsabilidade penal, posição que entendemos imprópria e inadequada, por não ser objeto próprio do Direito Penal o tratamento de desvios empresariais, em virtude de vários argumentos e princípios de Direito Penal, inclusive, o da personalidade e da culpa.

Mais inteligente foi a nossa legislação que, por meio da lei comentada, instituiu medidas anticorrupção punindo empresas que pratiquem atos contra a Administração ligados à corrupção de agentes público ou análogos, nela relacionados, com sanções de natureza civil e administrativa²⁰.

18 <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Development/GoodGovernance/Pages/AntiCorruption.aspx>.

19 <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Development/GoodGovernance/Pages/AntiCorruption.aspx>.

20 Na justificativa do Projeto Original, assinada por Jorge Hage Sobrinho, Tarson Fernando Herz Genro e Luiz Inácio Lucena Adams, a opção pela responsabilização administrativa e civil da pessoa jurídica foi porque se entendeu que o Direito Penal não oferece mecanismos efetivos ou céleres para punir as sociedades empresariais. A responsabilidade civil, porque tecnicamente está mais próxima com os objetivos sancionatórios aplicáveis às pessoas jurídicas, como o ressarcimento ao erário público do dano;

A Lei que se comentará institui punições, logo, apesar de sua natureza civil ou administrativa, a ela se aplicam diversos princípios do Direito Penal e Processual Penal, como o da legalidade e tipicidade, o da anterioridade da lei e o da ampla defesa, assegurado esse, ademais, pelo art. 5º, LV da Constituição²¹.

Sua principal finalidade é fortalecer os órgãos de fiscalização e aumentar o rigor das sanções impostas às empresas que sirvam de contexto ou sejam beneficiadas pela prática dos crimes de corrupção e de fraudes a licitações, de modo a reprimi-los e preveni-los. Trata-se de compromisso assumido pelo Estado no âmbito da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico – OCDE²².

De mais a mais, certo é que, conforme comentaremos na segunda parte, com a promulgação da lei foi instituída uma nova estrutura normativa e organizacional voltada à responsabilização de empresas mediante a imposição de sanções extremamente custosas ao seu patrimônio e imagem, aumentando o risco da atividade empresarial.

REFERÊNCIAS

- ANDREA, Sérgio de. *Direito Administrativo Didático*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BATISTA, Nilo. As empresas de economia mista e o conceito jurídico-penal de funcionário público por equiparação. *Fascículo de Ciências Penais*: Porto Alegre, v. 1, n.8, p. 136-142.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, vol. 5, 2009.
- BOLEA BARDON, Carolina. El delito de corrupción privada: bien jurídico, estructura del delito e intervinientes. *InDret*, n. 2, 2013.
- BREI, ZANI ANDRADE. *A corrupção: causas, consequências e soluções para o problema*, em Revista de Administração Pública, FGV, Rio de Janeiro, maio/junho 1996.

a responsabilidade administrativa, por ser mais célere e efetiva na repressão de desvios dos contratos administrativos e procedimentos licitatórios, proporcionando respostas rápidas à sociedade (item n. 10) (v. <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=130589&tp=1>, consultado em 21.1.2014).

21 A Lei é fruto do projeto de Lei n. 6.826/2010, submetido à deliberação do Congresso Nacional pela Presidência da República, nos termos do art. 61 da CF, cujo parecer ficou a cargo de uma Comissão Especial na Câmara dos Deputados.

22 E cuja ausência era considerada como sendo o principal entreve à adequação do país aos termos da Convenção (MACHADO, Ana Mara França. *O sistema brasileiro anticorrupção: internacionalização do direito e variantes nacionais*. Dissertação de mestrado apresentada ao Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 70). Síntese descritiva da lei pode ser encontrada em RASSI, João Daniel; FORNACIARI, Gauthama. 'Brazil: Bulletin on New Anti-Corruption Law', in: ADVOC <http://www.advoc.com/view-news/Brazil/3A+Bulletin+on+New+Anti-Corruption+Law/>.

CARLOS DE OLIVEIRA, Ana Carolina. *Hassemer e o direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa*. São Paulo: Ibccrim, 2013.

CASOLATO, Roberto Wagner Battochio. A doutrina, a jurisprudência e o art. 327 do Código Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*: São Paulo, a. 6, n. 22, abr-jun/98, pp.89-104.

CEREZO MIR, Jose. *Curso de derecho penal. Parte general, tomo I*. Madrid: Tecnos, 2004.

CLAYTON, Mona. Entendendo os desafios de Compliance no Brasil – um olhar estrangeiro sobre a evolução do Compliance Anticorrupção em um país emergente *in Temas de Anticorrupção & Compliance*, coord. Alessandra Del Debbio, Bruno Carneiro Maeda e Carlos Henrique da Silva Ayres, 2012.

COCCIOLO, Endrius Eliseo Las Mutaciones del Concepto de Corrupción *in Revista de Lengua i Dret*, n. 50, 2008, p. 15-51.

COCKCROFT, Laurence. *Global corruption – Money, power and ethics in the modern world*. Londres: I.B. Tauris, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa, Manual de Direito Comercial. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000.

COGAN, Arthur. Crimes contra a administração pública. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

CORDOVIL *et al.* *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada*, São Paulo, RT, 2011.

COSTA, Helena Regina Loba da. Corrupção na História do Brasil: reflexões sobre suas origens no período colonial. *in Temas de anticorrupção e compliance*, coord. Alessandra Del Debbio, Bruno Carneiro Maeda, Carlos Henrique da Silva Ayres, Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

COSTA JR., Paulo José. *Dos crimes contra a administração pública*. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____ *Curso de Direito Penal*. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

COSTA JR., Paulo José; PAGLIARO, Antonio. *Dos crimes contra a administração pública*. São Paulo: Malheiros, 1997.

COUTINHO, Heliana Maria de Azevedo. O direito de mera ordenação social no sistema jurídico penal alemão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 7, ano 2, 1994.

CRETILLA JR., José. *Das Licitações Públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, 18ª ed.

DELMANTO, Celso *et alli.* *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 13ª ed., 2001.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal – parte geral*, Tomo I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- FERREIRA, Luciano Vaz. 'Resenha: The Foreign Corrupt Practices Act Handbook'. *Revista Conjuntura Austral*, v. 4, n. 15-16, pp. 98-101, dez./2012-mar./2013.
- FOFFANI, La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana y del derecho comparado. *Revista penal*, n. 12, 2003.
- FOFFANI. La "corrupción privada". In: ZAPATERO, NIETO MARTÍN (org.). *Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo: eurodelitos de corrupción y fraude*. Cuenca: Ediciones de la Universidad Castilla-la Mancha, 2006.
- FOX, Thomas; Ryberg, Jon. *Global Anti-Corruption & Anti-Bribery Leadership*, Kindle Edition, 2013. Para uma consulta dos dispositivos do FCPA, confira-se o guia do Departamento de Justiça Americano: *FCPA – A Resource Guide to the US Foreign Corrupt Practices Act*, disponível em www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 384.
- FRANCO, Silva Direito Penal e Globalização in *Direitos Humanos – visões contemporâneas*, Associação Juízes para a Democracia: São Paulo, 2001.
- GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal, parte general*. Lima: Juristas Editores, 2009.
- GARCÍA-SAUICO, Antonio Núñez. La convención de naciones unidas contra la corrupción in *La corrupción en un mundo globalizad: análisis interdisciplinar*, coord. Nicolás Rodríguez García e Eduardo A. Fabián Caparrós, Salamanca: Ratio Legis, 2004.
- GIOVANI A. Saavedra. "Reflexões iniciais sobre o controle penal dos deveres de compliance". In *BOLIBCrim*, n. 229, ano 19, p. 13-14.
- GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, derecho penal y proceso I. Problemas fundamentales del derecho*. Barcelona: Marcial Pons, 2010.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel; SANZ RUBIALLES, Íñigo. *Derecho administrativo sancionador, parte general*. Cizur Menor: Aranzadi, 2010.
- GONÇALVES, Carlos Roberto, *Responsabilidade Civil*, ed. Saraiva, 2003.
- GÓRRIZ ROYO, Elena Mª.. *El concepto de autor en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blach, 2008.
- GRECO FILHO, Vicente. *Comentários à Lei de organizações criminosas*. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRECO FILHO, Vicente. *Dos crimes da lei de licitações*. São Paulo: Saraiva, 2007, 2ª ed.

GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos – prevenção e repressão*. Saraiva, 14ª ed., 2011.

HABIB, Sergio. *Brasil: quinhentos anos de corrupção*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

HASSEMER, Winfried. Características e crise do moderno Direito penal. In: *Revista Síntese de Direito penal e Processual Penal*, ano III, n. 18, fev-mar 2003, p. 144-157.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 9.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Código Penal Anotado*. São Paulo: Saraiva, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. São Paulo: Dialética, 2005, 11ª ed.

LOBO DA COSTA, Helena Regina. O sancionamento de condutas entre a judicialização e a administração. BORGES DE PAULA, Marco Aurélio; MAGRINI, Rachel de Paula (co-ord.) *Estudos de direito público*. Campo Grande: Cepejus, 2009, pp. 562-7.

LOPEZ PEREGRIN, Maria Carmen. *La complicidad en el delito*. Valencia: 1997.

LOW, Lucinda A. e BONHEIMER, Owen. The U.S. Foreign Corrupt Practices Act: past, present, and future in *Temas de anticorrupção e compliance*, coord. Alessandra Del Debbio, Bruno Carneiro Maeda, Carlos Henrique da Silva Ayres, Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

NIETO GARCIA, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos, 2012.

NOHARA, Irene Patrícia e MARRARA, Thiago. *Processo administrativo – Lei n. 9.748/99*. São Paulo: Atlas, 2009.

MACHADO, Ana Mara França. *O sistema brasileiro anticorrupção: internacionalização do direito e variantes nacionais*. Dissertação de mestrado apresentada ao Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 33ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MATTES, Heinz. *Problemas del derecho penal administrativo, historia y derecho comparado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1979.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 10ª ed., 2006.

MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

MOTTA FILHO, Candido. *Prelecções de direito penal*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 3º ano do Curso de Bacharelado, 1937 (40º folhetim).

MURIEL PATINO, María Victoria. Aproximación Macroeconómica al Fenómeno da la Corrupción in *La corrupción en un mundo globalizad: análisis interdisciplinar*, coord. Nicolás Rodríguez García e Eduardo A. Fabián Caparrós, Salamanca: Ratio Legis, 2004.

NIETO MARTÍN, Adán. La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado). *Revista Penal*, n. 10.

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2009.

NORONHA, Magalhães E. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1962, vol. IV.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ORTIZ, Mariana Tranchesi. *Concurso de agentes nos delitos especiais*. Dissertação de mestrado apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

PASTOR MUÑOZ, Nuria. La respuesta adecuada a la criminalidade de los directivos contra la propia empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial? *InDret*, n. 4, 2006.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*. Madrid: Civitas, 1990.

RAMIINA, Larissa O. Tratamento Jurídico Internacional da Corrupção: A Convenção Interamericana contra a Corrupção da O.E.A. e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da O.C.D.E., in *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, V. 39, n. 0 (2003).

RASSI, João Daniel; FORNACIARI, Gauthama. 'Brazil: Bulletin on New Anti-Corruption Law', in: ADVOC <http://www.advoc.com/view-news/Brazil/3A+Bulletin+on+New+Anti-Corruption+Law+/>.

RASSI, João Daniel. *A imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no direito penal brasileiro*. Tese de doutorado apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

REALE JÚNIOR, Miguel. Ilícito Administrativo e o *Jus Puniendi* Geral in *Direito Penal Contemporâneo – Estudos em Homenagem ao Professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização do direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 7, n. 28, 1999, p. 116-129.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. Vol. 2. 30ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROCHA, Patrícia Barcelos Nunes de Mattos. *Corrupção na era da globalização*. Curitiba: Juruá, 2008.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. Delimitación del Concepto penal de Corrupción in *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXV, Valparaíso, Chile, 2004, p. 339-359.

ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*. Madrid: Civitas, 2007.

SANTOS, Paulo Fernando dos. Crimes Eleitorais comentados. São Paulo: LEUD, 2008.

SICA, 'Tutela Penal da Ordem econômica no Direito Brasileiro', in Dias Neto et. al., *Crimes Econômicos e Processo Penal*, São Paulo, Saraiva, 2008.

SILVA SÁNCHEZ, PASTOR MUÑOZ (coord.). *El nuevo Código penal: comentarios a la reforma*. Madrid: La Ley, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Fundamentos de derecho penal de empresa*. Buenos Aires: B de F, 2013.

SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, 1932, vol. II.

SILVA, Evandro Lins e, A Globalização e seus Meandros in *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SOUZA, Luciano Anderson. *Expansão do direito penal e globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

VIEIRA, Vânia Lúcia Ribeiro. A experiência do Brasil na implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção in *XIV Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, Salvador, Bahia, Brasil, 27-30 oc. 2009, p. 1-12, disponível no site <http://siare.clad.org/fulltext/0063032.pdf>.

ZAGARIS, Bruce. "Transnational corruption in Brazil: the relevance of the U.S. experience with the Foreign Corrupt Practices Act" in *Temas de Anticorrupção & Compliance*, coord. Alessandra Del Debbio, Bruno Carneiro Maeda e Carlos Henrique da Silva Ayres, 2012.

Estudo, publicado pela Escola do Ministério Público da União, Coordenado por André de Carvalho Ramos, Brasília, 2011.

O DIAGNÓSTICO SOCIOAMBIENTAL COMO PRESSUPOSTO DE EXECUÇÃO DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE: UMA ANÁLISE A PARTIR DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

THE SOCIAL ENVIRONMENTAL DIAGNOSIS AS A FUNDAMENTAL CONDITION FOR THE LAND REGULARIZATION FULFILMENT IN PERMANENT PRESERVATION AREAS: AN ANALYSIS FROM THE PARQUET PERFORMANCE

Luiz Fernando Rossetti Borges

Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Assessor Jurídico do Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente (CME) do Ministério Público do Estado de Santa Catarina (MPSC).

Henrique Augusto Reberte

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

Paulo Antonio Locatelli

Graduado em Direito (UNIVALI), Pós-Graduado em Direito Processual Civil (1996) e em Direito Público (UNOESC/Chapecó). Promotor de Justiça e Coordenador do Centro das Promotorias da Coletividade (consumidor/meio ambiente/cidadania) de Chapecó (1999 a 2003). Coordenador do Centro de Apoio Operacional Criminal na Procuradoria-Geral de Justiça entre 2003 e 2007. Promotor de Justiça de defesa do consumidor e do meio ambiente de Itajaí entre abril de 2007 e março de 2009. Professor da escola do Ministério Público, desde 1998, leciona Direito Ambiental em Itajaí e Joinville e prática de interesses difusos (extrajudicial e judicial), em Lages, Florianópolis e Itajaí. Atualmente é Coordenador do Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente do Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

RESUMO

O presente artigo busca analisar a necessidade de efetivação, no contexto de um Estado Socioambiental de Direito, da integração dos direitos sociais com os de proteção ambiental, com o fito de formatar direitos socioambientais norteadores do desenvolvimento sustentável. Sob tal perspectiva, busca-se discutir o diagnóstico socioambiental como pressuposto da regularização fundiária, no prisma trazido pela Lei do “Programa Minha Casa, Minha Vida” (Lei n. 11.977/09) e pelo Código Florestal (Lei n. 12.651/12). Propõe-se, portanto, investigar a imprescindibilidade do diagnóstico socioambiental na consecução da escoreta política urbana. Sua primeira finalidade elementar é servir de base para a regularização fundiária, tendo como norte perseguir o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Nesse contexto, é capaz de aferir e determinar as áreas de risco e de interesse ecológico relevante, bem como reconhecer as áreas urbanas consolidadas, as quais se revelam como aquelas objeto de especial aplicação das normas urbano-ambientais. Destaca-se que o que se objetiva com o estudo técnico vertente, como meio de aplicação do princípio da precaução, não é frear o desenvolvimento urbano, mas sim proporcionar sua harmonização com o meio ambiente, que de igual modo é imprescindível para a sadia qualidade de vida.

PALAVRAS-CHAVE

Diagnóstico socioambiental. Regularização Fundiária. Área de risco. Área de relevante interesse ecológico. Área urbana consolidada.

ABSTRACT

This article seeks to examine the need for effectiveness, in the context of an Environmental State of Law, of the integration of social rights with the environmental protection, aiming to create a social and environmental rights format for sustainable development. From this perspective the goal is to discuss the social and environmental diagnosis as a fundamental condition for the land regularization, according to the prism brought by the law “Minha Casa, Minha Vida” (Law n. 11977/2009) and the “Código Florestal” (Law n. 12651/2012). Therefore it is proposed to investigate the indispensability of the social and environmental diagnosis in order to achieve a fair urban policy. Its first elemental purpose is to create the technical base for land regularization, holding as a north the ecologically balanced environment. In this context, it is able to assess and determinate the risk and ecological relevant areas as well as recognize the consolidated urban areas, which are revealed as those under special application of the urban-environmental laws. It is noteworthy that the goal with this technical study, as a device of the precautionary principle application, it is not to clog urban development, but rather to provide its harmonization with the environment, which likewise is essential for a minimum quality of life.

KEYWORDS

Environmental law. Urban law. Social and environmental diagnosis. Land regularization. Risk areas. Ecological relevant areas. Consolidated urban areas.

INTRODUÇÃO

O diagnóstico socioambiental foi instituído pela Lei do Programa “Minha Casa, Minha Vida” (Lei n. 11.977/09) e complementado pelo Código Florestal (Lei n. 12.651/12), perfazendo um pressuposto procedimental imprescindível à aplicação das normas urbano-ambientais, cuja elaboração deverá ser exigida do Poder Público, notadamente pelo Ministério Público, para que se promova a regularização fundiária, seja na modalidade de interesse específico, seja na modalidade de interesse social.

Nessa ordem de ideias, entende-se que esse complexo estudo técnico é considerado pressuposto para a aplicação da normativa que trata sobre os direitos urbanístico e ambiental, pois a sistemática adotada pelo legislador infraconstitucional indica que todas as ações presididas pelo Poder Público deverão estar por ele orientadas.

A importância do presente artigo reside, precipuamente, em nortear operadores do direito e administradores públicos no escorreito manejo dos institutos que versam sobre o meio ambiente e o ordenamento urbano, mormente porque o diagnóstico socioambiental sobreleva-se autorizado e competente para fornecer os imprescindíveis subsídios para que o Poder Público promova a regularização fundiária de determinadas localidades.

Assim, sobressai a necessidade de, a partir de uma perspectiva de avaliação dos impactos ambientais para a efetivação dos princípios da precaução e da prevenção, se discutir o diagnóstico socioambiental como pressuposto da regularização fundiária, no prisma trazido pela Lei do “Programa Minha Casa, Minha Vida” (Lei n. 11.977/09) e pelo Código Florestal (Lei n. 12.651/12). Propõe-se, portanto, investigar a imprescindibilidade do diagnóstico socioambiental na consecução da escorreta política urbana.

1. ESTADO AMBIENTAL E SOCIAL

A intrínseca dependência com a biosfera a que pertencemos, bem como o lastimável sistema de desenvolvimento econômico baseado na desigualdade social, deve ser a força motriz para delinear as futuras ações, uma vez que esta realidade só se agrava e aquela é progressivamente desmantelada, como foi reconhecido no Relatório Brundtland, documento intitulado de “Nosso Futuro Comum”, de 1987, da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas¹.

Na concepção de desenvolvimento sustentável trazida por esse documento, Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer comentam que:

1 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 97.

[...] o enfrentamento dos problemas ambientais e a opção por um desenvolvimento sustentável passa, portanto, necessariamente, pela correção do quadro alarmante de desigualdade social e da falta de acesso de parte expressiva da população aos seus direitos sociais básicos, o que, importa inferir, também é causa agravante da degradação ambiental.²

Desse modo, o Estado de Direito deve se tornar um Estado Socioambiental, uma vez que, para o desenvolvimento humano, os componentes social e ambiental precisam ser incorporados nas agendas político-jurídicas e aparecer em conjunto³.

Faz-se realidade, então, o papel do direito ambiental como purificador da “irresponsabilidade organizada”, na medida em que fortalece o Estado; não no sentido centralizador ou ambientalmente minimalista, mas como catalisador, o qual consegue unir a participação efetiva na sociedade civil organizada à sua própria atuação. Somente diante dessa postura seria possível montar a necessária estratégia política baseada no princípio de gestão democrática do desenvolvimento sustentável⁴. Nas palavras da Dra. Promotora de Justiça Hortência Gomes Pinho:

A missão do direito ambiental, no cenário da pós-modernidade, é criar esse espaço dialógico, com o fito de formação da tessitura social crítica, para trilhar o caminho da reapropriação da natureza e desconomização do mundo. O direito é catalisador de forças sociais, em sintonia com o Estado catalisador, trazendo à luz os anseios que já estão subjacentes na sociedade.⁵

Muito se observa que parte considerável da degradação ambiental está vinculada a bolsões de miséria e pobreza, uma vez que esses locais são alijados de recursos do Estado, o qual não consegue garantir um mínimo de dignidade, tanto social quanto ambiental, ou seja, a população local passa a dispor de poucos meios (exemplo: falta de saneamento, educação ou até mesmo de uma renda mínima) para a proteção desse bem ecológico e sensível. Vê-se, assim, feridas em seus direitos fundamentais.

Daí surge a necessidade de integração dos direitos sociais com os de proteção ambiental para se formatar direitos fundamentais socioambientais, os quais, por sua vez, são as bases para a noção de desenvolvimento sustentável do Estado Socioambiental de Direito⁶. Desse modo, integram-se as dimensões social e ecológica

2 Ibidem, p. 97.

3 Ibidem, p. 98-99.

4 PINHO, Hortência Gomes. *Prevenção e reparação de danos ambientais: as medidas de reposição natural, compensatórias e preventivas e a indenização pecuniária*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 121.

5 Ibidem, p. 122.

6 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 100.

para a garantia da dignidade da pessoa humana, conforme afirmam Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer:

A proteção ambiental, portanto, está diretamente relacionada à garantia dos direitos sociais, já que o gozo desses últimos é dependente de condições ambientais favoráveis, como, por exemplo, o acesso à água potável (através de saneamento básico, que também é direito fundamental social integrante do conteúdo do mínimo existencial), à alimentação sem contaminação química (por exemplo, de agrotóxicos e poluentes orgânicos persistentes), a moradia em área que não apresente poluição atmosférica, hídrica ou contaminação do solo (como, por exemplo, na cercania de áreas industriais) ou mesmo riscos de desabamento (como ocorre no topo de morros desmatados e margens de rios assoreados).⁷

O Estado Socioambiental de Direito possui, pois, três dimensões jurídico-políticas fundamentais, as duas primeiras trazidas por José Joaquim Gomes Canotilho:

a) a obrigação do Estado, em cooperação com os outros Estados e cidadãos ou grupos da sociedade civil, de promover políticas públicas (econômicas, educativas, de ordenamento) pautadas pelas exigências da sustentabilidade ecológica; e b) o dever de adoção de comportamentos públicos e privados amigos do ambiente, dando expressão concreta à assunção da responsabilidade dos poderes públicos perante as gerações futuras, mas sem descurar da necessária partilha de responsabilidades entre o Estado e os atores privados na consecução do objetivo constitucional de tutela do ambiente, consoante, aliás, anuciado expressamente no art. 225, *caput*, da nossa Lei Fundamental.⁸

A terceira dimensão é trazida por Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer, a qual seria a seguinte:

O dever do Estado – em relação de (difícil) equilíbrio com os demais vetores acima enunciados – de promover políticas sociais que assegurem, igualmente de modo sustentável (mas progressivo) a toda a população, as condições para uma vida condigna, na perspectiva da garantia de um mínimo existencial não apenas fisiológico (vital), mas sociocultural e ambiental.⁹

Percebe-se, portanto, que a regularização fundiária demonstra ser uma política pública instrumental de efetivação da dignidade da pessoa humana, conside-

7 *Ibidem*, p. 100-101.

8 *Ibidem*, p. 104.

9 *Ibidem*, p. 104.

rando suas duas esferas intrínsecas, quais sejam a social e a ambiental, capaz de atender às três dimensões jurídico-políticas propostas para o Estado Socioambiental de Direito. A promoção de uma dignidade social provoca conseqüentemente uma atenção maior à esfera ambiental, garantindo-se uma maior dignidade ambiental, a qual, por sua vez, influencia novamente aquela, e por meio desse círculo vicioso de benefícios é possível a promoção do desenvolvimento sustentável capaz de garantir às presentes e futuras gerações um mínimo existencial compatível com nossa realidade e conjuntura contemporânea.

Nesse contexto é que os órgãos do Ministério Público se inserem: deverão atuar na defesa dos direitos transindividuais, exigindo do Poder Público e dos particulares as condições mínimas de dignidade social caracterizadoras do Estado Socioambiental de Direito.

2. PRINCÍPIOS DA PRECAUÇÃO E PREVENÇÃO

Preliminarmente, importa salientar a definição de Humberto Ávila de princípio jurídico:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária a sua promoção.¹⁰

Assim, sobressai o caráter fundamentante e finalístico dos princípios, por meio do qual também se poderá interpretar as regras jurídicas, especialmente aquelas que disciplinam o diagnóstico socioambiental, por meio das Leis n. 11.977/09 e 12.651/12.

Fixadas essas premissas, impende destacar que a elaboração do diagnóstico socioambiental vem coroar o princípio da precaução, discutido na Declaração do Rio de Janeiro de 1992 e inserido em nosso ordenamento pela Convenção da Diversidade Biológica¹¹ e Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima¹², viés pelo qual se passou a observar a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81), principalmente em seus incisos I e VI do art. 4º, que preveem:

10 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 183.

11 Assinada no Rio de Janeiro em 5 de junho de 1992, ratificada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo n. 2, de 3/2/1994, tendo entrado em vigor para o Brasil em 29 de maio de 1994 e promulgado pelo Decreto n. 2.519, de 16/3/1998 (DOU 17.3.98).

12 Assinada em Nova York em 9/5/1992, ratificada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo n. 1, de 3/2/1994, passou a vigorar para o Brasil em 29/5/1994 e promulgada pelo Decreto n. 2.652, de 1/7/1998 (DOU 2.7.1998).

Art 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará:

I - à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico;

[...]

VI - à preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida;¹³

O princípio da precaução, portanto, adentrou em nosso ordenamento jurídico com *status* de norma infraconstitucional a partir da aprovação, no Congresso Nacional, dos supracitados tratados internacionais.

A aplicação do princípio da precaução, no dizer de Paulo Affonso Leme Machado, relaciona-se intimamente com a avaliação prévia das atividades humanas, pois sob sua égide deve-se sopesar os riscos ambientais com a intenção de minimizá-los através da redução da extensão, da frequência ou da incerteza do dano¹⁴.

Nessa senda, o dever jurídico de evitar a consumação de danos ambientais conhecidos, consubstanciado no princípio da prevenção, também deve ser considerado e abarcado pelo diagnóstico socioambiental, na medida em que certas influências antrópicas no meio ambiente já têm seus prejuízos sabidos, conforme os ensinamentos de Paulo Affonso Leme Machado:

Nesse estudo [Estudo Prévio de Impacto Ambiental] avaliam-se todas as obras e todas as atividades que possam causar degradação significativa ao meio ambiente. A palavra “*potencialmente*” abrange não só o dano de que não se duvida, como o dano incerto e o dano provável.¹⁵

Não obstante, deve-se destacar que a Política Nacional do Meio Ambiente tem como instrumento a avaliação dos impactos ambientais (art. 9º, III), o qual não é obrigatório apenas para as atividades de significativo impacto ambiental, do qual decorreria o Estudo de Impacto Ambiental, mas para todas as ações antrópicas que utilizam recursos naturais, efetivando, assim, o princípio da precaução. É nessa perspectiva que o diagnóstico socioambiental se insere: os princípios da precaução e da prevenção serão efetivados a partir da avaliação dos impactos ambientais decorrentes da incessante e contínua expansão urbana, que comumente provoca problemas fundiários.

13 BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm>. Acesso em: 02 mar. 2016.

14 MACHADO. Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 69.

15 *Ibidem*, p. 89.

Vale destacar que o que se objetiva com o estudo técnico vertente, como meio de aplicação do princípio da precaução, não é frear o desenvolvimento urbano, mas sim proporcionar sua harmonização com o meio ambiente, que de igual modo é imprescindível para a sadia qualidade de vida. Nessa senda, transcreve-se as sábias palavras do professor Paulo Affonso Leme Machado:

A implementação do princípio da precaução não tem por finalidade de imobilizar as atividades humanas. Não se trata da precaução que tudo impede ou que em tudo vê catástrofe ou males. O princípio da precaução visa à durabilidade da sadia qualidade de vida das gerações humanas e à continuidade da natureza existente.¹⁶

Nesse diapasão, ressalta-se que “a precaução aponta a tomada de decisões que se orientam em duas direções: negativas (mandato de proibição) ou positivas (intensificação das investigações empreendidas, realização de novas investigações ou buscas ampliadas a outros campos do saber)”¹⁷.

O princípio da precaução está umbilicalmente ligado com os princípios constitucionais da administração pública expostos no art. 37, *caput*, da Constituição, com os quais se entrelaça das mais diversas maneiras, motivo pelo qual enfatiza o professor Paulo Affonso Leme Machado, nos seguintes termos: “deixa de buscar eficiência a Administração Pública que, não procurando prever danos para o ser humano e o meio ambiente, omite-se no exigir e no praticar medidas de precaução, ocasionando prejuízos, pelos quais será corresponsável”¹⁸.

Por sua vez, o princípio da precaução difere do princípio da prevenção “por exigir uma proteção antecipatória do ambiente ainda num momento anterior àquele em que o princípio da prevenção impõe uma actuação preventiva [...]”¹⁹.

Nesse contexto, o princípio da prevenção aplica-se para os casos em que há reconhecido impacto ambiental decorrente de determinada atividade, motivo pelo qual o licenciamento ambiental e os estudos prévios tornam-se os principais instrumentos capazes de prevenir danos ambientais. Assim, a necessidade de avaliação dos danos ambientais é imprescindível para a efetivação desse princípio, que deverá determinar as medidas mitigadoras de danos²⁰.

Como se observa, há importante interconexão entre os princípios alhures já vistos, principalmente por autorizarem a avaliação dos impactos ambientais, haja ou não certeza científica do impacto causado ao meio ambiente, dado que servem

16 Ibidem, p.69.

17 HAMMERSCHMIDT, Denise. O risco na sociedade contemporânea e o princípio da precaução no direito ambiental. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, p. 118, jan. 2002. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15317>>. Acesso em: 01 mar. 2016.

18 Ibidem, p. 86.

19 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 42-43

20 ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 45.

de alicerce para se exigir licenciamento ou estudos prévios de impacto ambiental de qualquer espécie.

Conquanto a regularização fundiária favoreça a correção de problemas urbanos, os impactos socioambientais dela decorrentes não podem ser desconhecidos, mormente da possibilidade das consequências da realocação de lotes e moradias, da criação ou modificação de vias públicas e da readequação da infraestrutura básica, conforme estabelece os requisitos do projeto de regularização fundiária previsto no art. 51 da Lei n. 11.977/09. Daí a necessidade de se elaborar um estudo que contemple a complexidade do objeto, somente aferíveis por uma equipe multidisciplinar.

Não se pode afastar, ademais, que os princípios da precaução e da prevenção estão alinhados com o direito fundamental à qualidade do meio ambiente, que se interconecta com o direito à vida, dado que “[...] a tutela da qualidade do meio ambiente é instrumental no sentido de que, através dela, o que se protege é um valor maior: a *qualidade da vida*”²¹.

3. ASPECTOS DO DIAGNÓSTICO SOCIOAMBIENTAL

Segundo S. R. Martins, define-se o diagnóstico socioambiental como:

[...] um instrumento que permite conhecer o patrimônio ambiental de uma comunidade (atributos materiais e imateriais). É um instrumento de informações, de caráter quantitativo e qualitativo específico para uma dada realidade (não devem ser generalizados) que revela sua especificidade histórica e que reflete a relação da sociedade com o meio ambiente. Devem ser construídos de uma maneira sistêmica, ou seja, considerando as interações entre os elementos (sociais, econômicos, ambientais, culturais, espirituais) da realidade. Este mapeamento permite avaliar sua qualidade ambiental e sua qualidade de vida, e o estabelecimento de indicadores de sustentabilidade. O conhecimento da realidade além de ensejar a afirmação da identidade local (conhecimento do patrimônio ambiental) é fundamental no processo de construção da cidadania ambiental, uma vez que seus elementos são fundamentais para a tomada de decisão por atores públicos e privados na elaboração de alternativas de transformação no sentido de harmonizar a relação entre as pessoas e destas com a biosfera.²²

21 SILVA, José Afonso. *Direito ambiental constitucional*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 67.

22 MARTINS, S. R. *Critérios básicos para o Diagnóstico Socioambiental*. Texto base para os Núcleos de Educação Ambiental da Agenda 21 de Pelotas: “Formação de coordenadores e multiplicadores socioambientais” (2004).

A primeira finalidade elementar do estudo técnico vertente é servir de base para a regularização fundiária, tendo como norte perseguir o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Nesse contexto, é capaz de aferir e determinar as áreas de risco e de interesse ecológico relevante, bem como reconhecer as áreas urbanas consolidadas, as quais se revelam como aquelas que poderão ser objeto de aplicação das normas urbano-ambientais, como se passa a expor.

As áreas de risco (aquelas passíveis de inundação, desmoronamento etc.), são imprescindíveis de se considerar no bojo de aplicação das normas urbanas. O art. 23 da CF, em seu inciso IX, prevê como competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a melhoria das condições habitacionais, bem como provê o cidadão do direito à vida. Assim, cogitar a anuência do Poder Público nos processos de regularização fundiária ou até mesmo no planejamento de seu crescimento urbano, quando flagrante situação de risco para os residentes do local seria ingerência dos entes públicos, poderá acarretar sua responsabilização pelos danos advindos da situação inconsistente.

Sabe-se que é competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, segundo o art. 23 da Constituição Federal, incisos VI e VII, proteger e preservar o meio ambiente, cujos processos ecológicos fundamentais devem ser resguardados, como preceitua o art. 225, § 1º, I e VII, da CF. Essa premissa é de suma importância ao se conceber um desenvolvimento urbano com um mínimo de consciência ambiental, motivo que demonstra o absurdo que seria o Poder Público permitir uma regularização fundiária ou até mesmo planejar o crescimento da cidade em locais que apresentem certas características ambientais especiais, os quais são designados de relevante interesse ecológico. Desse modo, aferir tal aspecto é pressuposto para a boa aplicação das normas urbanísticas ao mesmo tempo em que se preza pelas ambientais.

Após, faz-se mister estabelecer o conteúdo do diagnóstico socioambiental, nos termos em que exigido pelas Leis n. 11.977/09 e 12.651/12. Primeiramente, surge a necessidade de delimitação da área urbana como consolidada ou não, para que se possa determinar quais as áreas podem ser beneficiadas pelos processos de regularização fundiária ou que envolvam o planejamento urbano.

Sendo assim, o estudo técnico em apreço deverá constatar, inicialmente, se a área objeto de análise possui densidade demográfica considerável e ao menos dois equipamentos de infraestrutura implantados, na forma do art. 47, II, da Lei do PMCMV, *in verbis*:

Art. 47. Para efeitos da regularização fundiária de assentamentos urbanos, consideram-se:

[...]

II – área urbana consolidada: parcela da área urbana com densidade demográfica superior a 50 (cinquenta) habitantes por hectare e malha viária implantada e que tenha, no mínimo, 2 (dois) dos seguintes

equipamentos de infraestrutura urbana implantados:

- a) drenagem de águas pluviais urbanas;
- b) esgotamento sanitário;
- c) abastecimento de água potável;
- d) distribuição de energia elétrica; ou
- e) limpeza urbana, coleta e manejo de resíduos sólidos;²³

Como se observa, o diagnóstico socioambiental delimitará as áreas urbanas consolidadas mediante o critério da existência de infraestrutura urbana efetivamente implantada e em funcionamento. Nesse prisma, entende-se que não poderão ser considerados aquela infraestrutura desativada ou em fase de construção, na medida em que a consolidação urbanística de uma região deverá refletir a efetiva realidade.

Com relação à malha viária implantada, vale ressaltar que tão somente sua construção não é suficiente; é necessário que a rua tenha sido aceita pela Municipalidade, a qual deve publicar lei concedendo-lhe nome e aprovação. Destaca-se, ainda, que o requisito legal de existência de lei municipal aprovando a malha viária, considerado tão somente no sentido legalista, não configura necessariamente a regularidade da situação; deve-se considerar o conteúdo da lei, observando-se se a rua é condizente com a estrutura urbana de seu entorno, devendo seguir o laudo técnico realizado no momento de criação da lei.

Essa ressalva se faz necessária, ante a prática comum encontrada nas Câmaras de Vereadores, os quais, vinculados a interesses privados, aprovam vias cujos pareceres técnicos foram totalmente contra sua efetivação; poderiam incorrer, assim, em prática de improbidade administrativa sujeita a ação civil pública. Essa precaução tem o fito de impedir arruamentos irregulares que prejudiquem o meio urbano ou que expandam sem controle seus limites em direção às áreas perimetrais.

Como se observa dos primeiros traços delineados sobre o conteúdo do diagnóstico socioambiental, a aferição dos riscos inerentes ao crescimento urbano é de fundamental importância para a concreção dos princípios da precaução e da prevenção, os quais se veem escanteados ante o interesse imobiliário e rentista, que se utilizam comumente de áreas impróprias para a ocupação.

Sendo assim, acaso constatado que a área ocupada irregularmente ou clandestinamente é de risco, de interesse ecológico relevante ou não preencha os requisitos da consolidação urbanística, fatalmente não poderá ser objeto de regularização fundiária. Por via de consequência, a desocupação da área seria a medida mais prudente, visto que constituiria medida mais favorável aos bens jurídicos em jogo, notadamente a vida dos ocupantes da área e do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

23 BRASIL. Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm>. Último acesso: 02 mar. 2016.

Dessa forma, se não houver o cumprimento das exigências que autorizam a regularização fundiária, atestadas por meio do diagnóstico socioambiental, não há possibilidade de aplicação das normas urbano-ambientais, mas sim a imediata remoção das ocupações existentes.

3.1 BENEFÍCIOS SOCIAIS, AMBIENTAIS E URBANÍSTICOS DO DIAGNÓSTICO SOCIOAMBIENTAL

O diagnóstico socioambiental, para além de averiguar a situação existente, deverá articular uma série de medidas de melhoria das condições preexistentes, nos âmbitos social, ambiental, urbanístico e de ampliação do acesso aos bens básicos necessários a uma vida digna. Dentre os benefícios prognosticados do diagnóstico socioambiental, infere-se o disposto no art. 48 da Lei n. 11.977/09, que prevê:

Art. 48. Respeitadas as diretrizes gerais da política urbana estabelecidas na Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, a regularização fundiária observará os seguintes princípios:

I – ampliação do acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda, com prioridade para sua permanência na área ocupada, assegurados o nível adequado de habitabilidade e a melhoria das condições de sustentabilidade urbanística, social e ambiental;

II – articulação com as políticas setoriais de habitação, de meio ambiente, de saneamento básico e de mobilidade urbana, nos diferentes níveis de governo e com as iniciativas públicas e privadas, voltadas à integração social e à geração de emprego e renda;

III – participação dos interessados em todas as etapas do processo de regularização;

IV – estímulo à resolução extrajudicial de conflitos; e

V – concessão do título preferencialmente para a mulher.²⁴

O cumprimento dos princípios da política urbana, por evidente, deverão ser apontados por ocasião do diagnóstico socioambiental, na medida em que esse será o único estudo técnico e multidisciplinar a aferi-los. Em vista disso, possibilitará que o projeto de regularização fundiária, a ser confeccionado subsequentemente, contemple e cumpra os princípios elencados.

Não obstante, o art. 64, § 2º, da Lei n. 12.651/12, ao estabelecer a regularização fundiária de interesse social em área de preservação permanente, prevê a necessidade de melhoria das condições de sustentabilidade urbano-ambiental e social, nos seguintes termos:

24 BRASIL. Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11977.htm>. Último acesso: 02 mar. 2016.

Art. 64. Na regularização fundiária de interesse social dos assentamentos inseridos em área urbana de ocupação consolidada e que ocupam Áreas de Preservação Permanente, a regularização ambiental será admitida por meio da aprovação do projeto de regularização fundiária, na forma da Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009.

[...]

§ 2º O estudo técnico mencionado no § 1º deverá conter, no mínimo, os seguintes elementos:

[...]

V - comprovação da melhoria das condições de sustentabilidade urbano-ambiental, considerados o uso adequado dos recursos hídricos, a não ocupação das áreas de risco e a proteção das unidades de conservação, quando for o caso;

VI - comprovação da melhoria da habitabilidade dos moradores propiciada pela regularização proposta;²⁵

Tendo em vista que a finalidade precípua do diagnóstico socioambiental é viabilizar uma moradia digna, tanto no aspecto ambiental quanto no aspecto social, estar-se-á democratizando as relações sociais, pois a desigualdade, tão presente em terras tupiniquins, também é refletida nas condições de moradia.

Nesse contexto, sabe-se que a população mais carente, outrora chamada de descamisados, é relegada às áreas menos próprias para ocupação, especialmente às de risco ou às de relevante interesse ecológico, notadamente unidades de conservação pouco fiscalizadas pelo Poder Público.

Ademais, ao se garantir o acesso à moradia digna, por meio da regularização fundiária de interesse social, seja ou não em área de preservação permanente, está-se efetivando o mandamento constitucional previsto no art. 6º da Constituição, que trata dos direitos sociais. Sabe-se, outrossim, que por meio da regularização fundiária terá o cidadão o direito a um título de propriedade, o qual é necessário para obtenção de crédito em estabelecimentos bancários, bem como para demais atos da vida civil.

De outro turno, convém destacar, como já anteriormente mencionado, que o diagnóstico socioambiental trará as bases para o projeto de regularização fundiária, uma vez que poderá organizar urbanisticamente a localidade, conferindo, dentre outros fatores, melhor traçado viário e nomes para as vias públicas, em consonância com os padrões urbanísticos do município.

Como se observa, há importante vínculo entre os princípios da precaução e da prevenção na necessidade de avaliação dos impactos decorrentes da regularização fundiária, a qual altera significativamente as condições ambientais e sociais da localidade. Trata-se, assim, da efetivação desses princípios em âmbito da regularização fundiária.

25 BRASIL. Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm>. Acesso em: 02 mar. 2016.

Assim sendo, percebe-se que o diagnóstico socioambiental é apto para avaliar os impactos não somente ambientais, mas também sociais e urbanísticos de determinada regularização fundiária.

3.2 INICIATIVA DO DIAGNÓSTICO SOCIOAMBIENTAL

O Poder Público Municipal é o ente competente para proceder o diagnóstico socioambiental, que poderá ser realizado não somente na abrangência da área de regularização fundiária, mas em todo o município, com o fito do necessário planejamento urbano.

Sabe-se o planejamento urbano é exceção no contexto municipal brasileiro, malgrado a preocupação de analistas nas áreas de urbanismo e meio ambiente, provocando, por decorrência do movimento centrífugo da ocupação antrópica às áreas rurais e dentre outras deletérias consequências, a destruição do meio ambiente natural e a desorganização espacial do município.

É nesse contexto que é inserido o diagnóstico socioambiental: o planejamento urbano. Será por meio dele que o Município poderá aquilatar as áreas sensíveis à ocupação urbana, mormente das áreas de risco, as quais não são passíveis de assentamento ou edificação, por inteligência do disposto na Lei de Parcelamento do Solo Urbano (Lei n. 6.766/79).

Por outro lado, acaso o Poder Público apenas deseje levar a efeito a regularização fundiária de uma área específica, poderá elaborar o referido diagnóstico apenas na área objeto da regularização, desde que atenda aos requisitos descritos no art. 47, II, da Lei do PMCMV.

Tema de natureza polêmica é a possibilidade de empresas contratadas pelo Poder Público realizarem o diagnóstico vertente, no bojo da regularização fundiária, sobretudo na modalidade de interesse social.

A partir do entendimento de que a contratação de empresas para executarem determinada atividade deverá ser precedida de licitação, mormente porque a regularização fundiária exige a implantação de infraestruturas, as empresas contratadas deverão elaborar o prévio diagnóstico socioambiental, como meio a perseguirem o objetivo de regularizar a área.

Pode-se concluir pela inarredável competência do Poder Público em proceder ao diagnóstico socioambiental, direta ou indiretamente, salientando-se, portanto, que poderá ser o serviço licitado à iniciativa privada.

Nesse mesmo diapasão, cumpre ao Ministério Público, nos casos de omissão do Poder Público, fomentar, no bojo de um inquérito civil, em uma discussão extrajudicial, a busca pela concretização dos preceitos que informam a regularização fundiária. No insucesso dessa primeira abordagem extrajudicial, caberá ao Ministério Público exigir a sua elaboração por meios coercitivos judiciais a ele disponíveis, principalmente deflagrando-se a competente ação civil pública.

4. DIFERENCIAÇÃO DO DIAGNÓSTICO SOCIOAMBIENTAL PARA AS DIVERSAS MODALIDADES DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA

A definição de regularização fundiária está expressa no art. 46 da Lei n. 11.977/09, como a seguir:

Art. 46. A regularização fundiária consiste no conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.²⁶

Diante dessa definição, pode-se observar, conforme aponta o professor Paulo de Bessa Antunes, que a regularização fundiária deve considerar três aspectos “igualmente relevantes, a saber: (i) direito à moradia, (ii) funções sociais da propriedade urbana e (iii) direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”²⁷. Com a finalidade de assegurar esses três aspectos, imprescindível observar os conceitos normativos para a correta aplicação e interpretação do direito²⁸.

Assim, sobreleva-se a importância do diagnóstico socioambiental para a es-correita regularização fundiária, lançando as bases que revelarão a realidade fática, mormente a social, a ambiental, a urbana e a paisagística, de modo que indique as limitações e a amplitude da regularização que se pretende implantar.

Aqui se faz importante distinguir as diversas modalidades desse instituto político-social, uma vez que para cada caso há a necessidade de um diagnóstico socioambiental diverso. Podemos ter a regularização fundiária de interesse social e a de interesse específico, sendo que ambas podem estar ou não em área de preservação permanente.

Numa primeira análise, o estudo técnico vertente será igual para todas as modalidades, pois nele constatará tão-somente a existência de área urbana consolidada, conforme preceitua o art. 47, II, da Lei n. 11.977/09, bem como se a área em questão é de risco ou de relevante interesse ecológico.

No caso das regularizações que se encontrarem em área de preservação permanente, será necessário um diagnóstico socioambiental mais aprofundado, novamente conforme as diretrizes legais da Lei da Minha Casa Minha Vida e do Código Florestal.

Em se tratando de regularização fundiária de interesse social em área de preservação permanente, será necessário prosseguir o estudo técnico com o fito de preencher as análises mínimas exigidas pelo art. 64, § 2º, da Lei n. 12.651/12, a qual copiou aquelas exigidas no § 2º do art. 54 da Lei n. 11.977/09, *verbis*:

26 BRASIL. Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11977.htm>. Último acesso: 02 mar. 2016.

27 ANTUNES, Paulo de Bessa. *Comentário ao novo código florestal*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 278.

28 *Ibidem*, p. 278.

Lei n. 11.977/09:

Art. 54. O projeto de regularização fundiária de interesse social deverá considerar as características da ocupação e da área ocupada para definir parâmetros urbanísticos e ambientais específicos, além de identificar os lotes, as vias de circulação e as áreas destinadas a uso público.

§ 1º O Município poderá, por decisão motivada, admitir a regularização fundiária de interesse social em Áreas de Preservação Permanente, ocupadas até 31 de dezembro de 2007 e inseridas em área urbana consolidada, desde que estudo técnico comprove que essa intervenção implica a melhoria das condições ambientais em relação à situação de ocupação irregular anterior.

§ 2º O estudo técnico referido no § 1º deverá ser elaborado por profissional legalmente habilitado, compatibilizar-se com o projeto de regularização fundiária e conter, no mínimo, os seguintes elementos:

I – caracterização da situação ambiental da área a ser regularizada;

II – especificação dos sistemas de saneamento básico;

III – proposição de intervenções para o controle de riscos geotécnicos e de inundações;

IV – recuperação de áreas degradadas e daquelas não passíveis de regularização;

V – comprovação da melhoria das condições de sustentabilidade urbano-ambiental, considerados o uso adequado dos recursos hídricos e a proteção das unidades de conservação, quando for o caso;

VI – comprovação da melhoria da habitabilidade dos moradores propiciada pela regularização proposta; e

VII – garantia de acesso público às praias e aos corpos d'água, quando for o caso.²⁹

Lei n. 12.651/12:

Art. 64. Na regularização fundiária de interesse social dos assentamentos inseridos em área urbana de ocupação consolidada e que ocupam Áreas de Preservação Permanente, a regularização ambiental será admitida por meio da aprovação do projeto de regularização fundiária, na forma da Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009.

§ 1º O projeto de regularização fundiária de interesse social deverá incluir estudo técnico que demonstre a melhoria das condições ambientais em relação à situação anterior com a adoção das medidas nele preconizadas.

29 BRASIL. Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/111977.htm>. Último acesso: 02 mar. 2016.

§ 2º O estudo técnico mencionado no § 1º deverá conter, no mínimo, os seguintes elementos:

- I - caracterização da situação ambiental da área a ser regularizada;
- II - especificação dos sistemas de saneamento básico;
- III - proposição de intervenções para a prevenção e o controle de riscos geotécnicos e de inundações;
- IV - recuperação de áreas degradadas e daquelas não passíveis de regularização;
- V - comprovação da melhoria das condições de sustentabilidade urbano-ambiental, considerados o uso adequado dos recursos hídricos, a não ocupação das áreas de risco e a proteção das unidades de conservação, quando for o caso;
- VI - comprovação da melhoria da habitabilidade dos moradores propiciada pela regularização proposta; e
- VII - garantia de acesso público às praias e aos corpos d'água.³⁰

Já no caso da regularização fundiária de interesse específico em área de preservação permanente, o diagnóstico socioambiental mais elaborado deverá seguir os regramentos mínimos do § 1º do art. 65 da Lei n. 12.651/12:

Art. 65. Na regularização fundiária de interesse específico dos assentamentos inseridos em área urbana consolidada e que ocupam Áreas de Preservação Permanente não identificadas como áreas de risco, a regularização ambiental será admitida por meio da aprovação do projeto de regularização fundiária, na forma da Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009.

§ 1º O processo de regularização ambiental, para fins de prévia autorização pelo órgão ambiental competente, deverá ser instruído com os seguintes elementos:

- I - a caracterização físico-ambiental, social, cultural e econômica da área;
- II - a identificação dos recursos ambientais, dos passivos e fragilidades ambientais e das restrições e potencialidades da área;
- III - a especificação e a avaliação dos sistemas de infraestrutura urbana e de saneamento básico implantados, outros serviços e equipamentos públicos;
- IV - a identificação das unidades de conservação e das áreas de proteção de mananciais na área de influência direta da ocupação, sejam elas águas superficiais ou subterrâneas;
- V - a especificação da ocupação consolidada existente na área;

30 BRASIL. Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm>. Acesso em: 02 mar. 2016.

VI - a identificação das áreas consideradas de risco de inundações e de movimentos de massa rochosa, tais como deslizamento, queda e rolamento de blocos, corrida de lama e outras definidas como de risco geotécnico;

VII - a indicação das faixas ou áreas em que devem ser resguardadas as características típicas da Área de Preservação Permanente com a devida proposta de recuperação de áreas degradadas e daquelas não passíveis de regularização;

VIII - a avaliação dos riscos ambientais;

IX - a comprovação da melhoria das condições de sustentabilidade urbano-ambiental e de habitabilidade dos moradores a partir da regularização; e

X - a demonstração de garantia de acesso livre e gratuito pela população às praias e aos corpos d'água, quando couber.³¹

Importante frisar que nos casos de regularização fundiária em áreas de preservação permanente, tanto da modalidade social quanto da específica, somente serão admitidas nas áreas urbanas consolidadas ocupadas até 31 de dezembro de 2007 (preceito do § 1º do art. 54 da Lei n. 11.977/09, ao qual se remete o art. 65 da Lei n. 12.651/12) e desde que sejam produzidos esses diagnósticos socioambientais mais elaborados comprovando a melhoria das condições ambientais do local.

5. ERROS COMUNS NA ELABORAÇÃO DO DIAGNÓSTICO SOCIOAMBIENTAL

O diagnóstico socioambiental deverá contemplar os requisitos já antes destacados, tanto no aspecto descritivo (caracterização da área, identificação dos recursos ambientais e dos passivos ambientais etc.), quanto no aspecto propositivo (melhoria das condições ambientais, urbanas e sociais), bem como deverá ser assinado por profissionais técnicos habilitados em seus órgãos de classe.

Acaso não preencha os requisitos acima descritos, o estudo técnico será considerado defeituoso ou falho, passível de complementação ou reformulação, para cuja análise é devida ao membro do Ministério Público e, posteriormente, ao magistrado.

Como é de conhecimento vulgar, medidas calcadas em diagnósticos incompletos ou falhos levarão a um incorreto tratamento, motivo porque o diagnóstico deverá aferir a realidade com fidelidade, com o intuito de o projeto de regularização fundiária descrever e propor as medidas mais adequadas à área regularizável.

Em primeiro, aponta-se que, infelizmente, alguns municípios socorrem-se

31 BRASIL. Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm>. Acesso em: 02 mar. 2016.

de um expediente nitidamente fraudulento: a mera expedição de certidões. A expedição de certidões pela municipalidade, por si só, atestando ou não a existência da referida infraestrutura, que, apesar de necessário, não encontra fundamento suficiente que represente o devido diagnóstico socioambiental, pois esse contempla um estudo complexo de toda a área, devendo considerar não somente o local *per se*, mas também sua interação com o entorno.

Em segundo, destaca-se a utilização de geoinformação falha ou desatualizada, a qual, muitas vezes, não corresponde com exatidão ao que existe realmente na área. Assim, sugere-se a realização da reambulação, que corresponde à ida ao campo por técnicos para que seja aferida a assertividade do material cartográfico.

Em terceiro, tem-se que o diagnóstico socioambiental deve ser realizado por uma equipe interprofissional competente para tanto, bem como ser assinada e atestada por um técnico responsável, o que nem sempre é observado. Como exemplo a ser seguido, um dos instrumentos que podem ser usados na fase interna do estudo é o levantamento aerofotogramétrico realizado pelo Estado de Santa Catarina, cujo acesso é livre a todos os municípios catarinenses³².

CONCLUSÃO

De todo o abordado, verificou-se a imprescindibilidade do diagnóstico socioambiental, em suas diversas modalidades, como a primeira etapa do procedimento da regularização fundiária, cuja importância precípua reside em lançar as bases para o projeto subsequente.

Estar-se-á garantindo, por meio dele, a reparação de problemas urbanos, mormente de ocupações irregulares ou clandestinas, que, em sua maioria, são realizadas por famílias de baixa renda, que se revelam como as maiores atingidas por catástrofes naturais.

Outrossim, é imperativo que sejam criados mecanismos e instrumentos adequados para a efetivação dos princípios da precaução e prevenção, os quais possuem um papel fundamental na concreção de outro princípio nuclear na atual conformação constitucional, qual seja, o meio ambiente ecologicamente equilibrado. É nesse contexto que a regularização fundiária se insere.

Diante dessa realidade transindividual, é imperativa a vigilância do Ministério Público, conformando a situação fática às necessidades sociais, urbanísticas e ambientais, atendendo à sua constitucional função.

Como se vê comumente, a importância de preservação desse bem jurídico reside, dentre outros fatores, na preservação da própria vida, visto que, não raro, famílias inteiras são atingidas por catástrofes naturais evitáveis, decorrentes de ocupações ilegais não readequadas às condições mínimas sociais, urbanísticas e ambientais.

32 GOVERNO DE SANTA CATARINA. *Sistema de Informações Geográficas*. Disponível em: <<http://sigsc.sds.sc.gov.br>>. Acesso em: 02 mar. 2016.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- _____. *Comentário ao novo código florestal*. São Paulo: Atlas, 2013.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm>. Acesso em: 02 mar. 2016.
- _____. Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11977.htm>. Último acesso: 02 mar. 2016.
- _____. Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/12651.htm>. Acesso em: 02 mar. 2016.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GOVERNO DE SANTA CATARINA. *Sistema de Informações Geográficas*. Disponível em: <<http://sigsc.sds.sc.gov.br>>. Acesso em: 02 mar. 2016.
- HAMMERSCHMIDT, Denise. O risco na sociedade contemporânea e o princípio da precaução no direito ambiental. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*. Florianópolis, 2002. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15317>>. Acesso em: 01 mar. 2016.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- MARTINS, S.R. *Crítérios básicos para o Diagnóstico Socioambiental*. Texto base para os Núcleos de Educação Ambiental da Agenda 21 de Pelotas: “Formação de coordenadores e multiplicadores socioambientais” (2004).
- PINHO, Hortênsia Gomes. *Prevenção e reparação de danos ambientais: as medidas de reposição natural, compensatórias e preventivas e a indenização pecuniária*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- SILVA, José Afonso. *Direito ambiental constitucional*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

A COLABORAÇÃO PREMIADA E A LEI DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

THE PLEA BARGAINING AND THE CRIMINAL ORGANIZATION LAW

Pedro Henrique Demercian

Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (1985), mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1997) e doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2001). É Professor Concursado Assistente-Doutor na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Procurador de Justiça Criminal no Ministério Público do Estado de São Paulo. Assessor da Procuradoria-geral de Justiça de São Paulo no Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais.

RESUMO

O debate sobre a burocratização, ineficiência e lentidão da Justiça Penal não é recente. Em nosso país, a sensação de impunidade que se difundiu na opinião pública deve-se, em grande parte, a um processo penal arraigado a costumes antigos e à escassez de mecanismos alternativos para a solução de conflitos. Vivemos há vários anos uma verdadeira crise na Justiça Criminal, que só tende a se agravar, pois as soluções que têm sido buscadas não se mostram amplas, eficientes ou adequadas. Por estes motivos, objetivo do presente artigo é a breve análise de um dos instrumentos que permite concretamente a resolução de conflitos num tempo razoável, respeitadas e observadas rigorosamente as garantias individuais ligadas ao devido processo legal, e, em última análise, aos axiomas do garantismo que emanam da Constituição Federal, respeitadas as regras do **Estado de Direito**, mas numa visão pragmática do processo. Trata-se do método referendado pela nova lei de organizações criminosas que detalha a chamada *colaboração premiada*.

PALAVRAS-CHAVE:

Colaboração premiada; processo penal; processo penal constitucional.

ABSTRACT

The debate on bureaucratisation, inefficiency and slowness of Criminal Justice is not recent. In our country, the sense of impunity that has spread in the public opinion is due to, largely, the criminal procedure ingrained to old customs and to the shortage of alternative mechanisms for the conflict resolution. We have been living for many years a real crisis in Criminal Justice, that only tends to increase because the solutions that have been sought do not appear broad, efficient or adequate. For these reasons, the aim of this article is a brief analysis of one of the instruments that concretely allows the resolution of conflicts within a reasonable time, strictly respected and observed the individual guarantees related on due process of law and, ultimately, to the axioms of the penal criticism that emanate from Constitution, respected the Rule of Law, but in a pragmatic view of the process. This is the method endorsed by the new criminal organization Law detailing the so-called plea bargaining.

KEYWORDS:

Plea bargaining; criminal procedure; constitutional criminal procedure.

INTRODUÇÃO

O debate sobre a burocratização, ineficiência e lentidão da Justiça Penal não é recente, dele têm se ocupado juristas de todo o mundo, procurando a diversificação de meios e instrumentos para que o processo atinja o objetivo colimado, conforme a finalidade que dele se pretenda extrair.

Em nosso país, a sensação de impunidade que se difundiu na opinião pública deve-se, em grande parte, a um processo penal arraigado a costumes antigos e à escassez de mecanismos alternativos para a solução de conflitos.

Como já alertava, no século passado, Giuseppe Bettiol, um dos problemas fundamentais do processo penal – objeto de incansáveis discussões teóricas nos mais diversos ordenamentos jurídicos – é aquele concernente à maior rapidez no andamento dos feitos, não só no interesse do imputado, mas também – como prevenção geral – da própria sociedade que quer conhecer, por vezes com impaciência, a solução do conflito¹.

Vivemos há vários anos uma verdadeira crise na Justiça Criminal, que só tende a se agravar, pois as soluções que têm sido buscadas não se mostram amplas, eficientes ou adequadas.

A ciência jurídica processual, como acentua Antonio Scarance Fernandes², está em constante evolução e cada vez mais se preocupa com a sedimentação de seus princípios e regras fundamentais, buscando novos rumos e a efetividade do processo. No entanto, há um notório descompasso entre o excesso de teorização do direito processual e sua eficiência prática, como se o processo pudesse ser tomado puramente num tom fenomênico, dissociado da realidade vivida.

Bem a propósito, salienta José Carlos Barbosa Moreira – ao traçar breve análise comparativa entre os sistemas do *common law* e *civil law* – que é condição *sine qua non* para a compreensão de qualquer sistema processual o contato imediato com a realidade prática e a vivência do respectivo funcionamento no seu dia a dia. A imagem do processo, em suma, não pode ser colhida em suas multifacetárias manifestações, senão pelo acompanhamento *direto, assíduo e atento do que se passa nos juízos*.³

Sob a ótica meramente funcionalista, é inegável a influência do binômio tempo-eficiência, isto é, o processo deve terminar no menor tempo possível e com a máxima eficiência. Essa questão, ou seja, a rápida solução para controvérsias, de maneira mais eficiente do ponto de vista da economia processual, avulta na sociedade contemporânea, notadamente nas duas últimas décadas, que são marcadas pelo extraordinário desenvolvimento e sofisticação dos meios de comunicação, especialmente aqueles ligados aos sistemas de telemática.

1 BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Penal y Procesal*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1977, p. 283.

2 FERNANDES, Antonio Scarance. *O consenso na justiça penal brasileira*. Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br/dados>>. Acesso em: 18 jun. 2011.

3 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001, p.171.

Trata-se daquela “Aldeia Global”⁴ criada pela velocidade instantânea das informações em circulação pelo mundo, que repercute no direito processual penal, criando novas expectativas de eficiência, funcionalidade e celeridade.

Não seria exagerado afirmar, aliás, que as mudanças operadas por novas tecnologias, podem causar transformações equiparáveis àquelas verificadas na própria Revolução Industrial, ao longo dos dois últimos séculos (Sec. XIX e XX)⁵.

No entanto, não se pretende aqui discutir filosoficamente as melhores e mais sedutoras propostas de política-criminal, mas sim o aspecto mais restrito da própria instrumentalidade do processo penal⁶, sua face empírica, pautada no consenso, especialmente o método referendado pela nova lei de organizações criminosas que detalha a chamada *colaboração premiada*.

O objetivo do presente, em outras palavras, é a breve análise de um dos instrumentos que permite concretamente a resolução de conflitos num tempo razoável, respeitadas e observadas rigorosamente as garantias individuais ligadas ao devido processo legal, e, em última análise, aos axiomas do garantismo que emanam da Constituição Federal, respeitadas as regras do **Estado de Direito**, mas numa visão pragmática do processo.

Como já se sustentou em outra oportunidade⁷, vivemos atualmente a chamada era da robótica. O avanço das ciências exatas e da tecnologia é inofismável. Paralelamente, tem-se constatado também a sofisticação dos criminosos e de suas práticas delitivas. As atividades ilícitas são transnacionais e o combate à criminalidade igualmente ingressou na era da globalização.

Não é mais possível para qualquer país imaginar uma reforma sensível do seu ordenamento processual penal sem acompanhar o dinamismo legislativo internacional, por intermédio da observação e da análise comparativa da diversidade e da mobilidade dos sistemas jurídicos. Paulo Pinto de Carvalho pondera, com acerto, que o jurista tradicional, que conta “apenas com os dados históricos do seu próprio sistema jurídico, é levado comodamente a pensar o direito em termos de continuidade, de fixidez, de estabilidade, e não no aspecto de globalização”.⁸

4 A expressão é de Marshall McLuhan, para muitos o pensador que antecipou o surgimento da internet (cf., nesse sentido: ALCIDES, Sérgio. Valéry on line, McLuhan off-line, in: *O Futuro não é mais o que era*. Rio de Janeiro: Artepensam, 2012, p.93).

5 Nesse sentido: SILVEIRA, Marcelo Deiro Prates da. Efeitos da Globalização e da Sociedade em Rede Via Internet na Formação de Identidades Contemporâneas, In: *Psicologia, Ciência e Profissão*, 2004, 24(4): 42-52.

6 Há quem negue, peremptoriamente, a finalidade instrumental do processo, sob o falso argumento de que ele está em situação de antinomia com a atual conformação Constitucional brasileira, especialmente a teoria dos direitos fundamentais (cf. nesse sentido: ROSA, Alexandre de Moraes. *Processo Penal Eficiente? Não, obrigado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.43).

7 Apontamentos sobre o crime organizado, a Justiça Consensual e o valor probatório das declarações do corréu. In: MESSA, Ana Flávia. CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. (Coords.). *Organizações Criminosas*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.300-326.

8 CARVALHO, Paulo Pinto de. Uma incursão no Ministério Público à Luz do Direito Comparado: França, Itália, Alemanha, América do Norte e União Soviética. In: MORAES, Voltaire de Lima. (Org.). *Ministério Público, Direito e Sociedade*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1986, p. 79.

Em outras palavras – e no autorizado magistério de Gianpaolo Poggio Smanio e Humberto Barrionuevo Fabretti –, o direito é dinâmico e não estático, configurando um sistema aberto e não fechado. Dessa forma, ele deve estar aberto às mudanças sociais e ao avanço científico.⁹ Trata-se, portanto, na teoria *luhmanniana*, de um sistema autopoietico, vale dizer, ele produz, em constante mutação, sua própria estrutura e todos os elementos que o compõem.

Como salienta Caroline de Moraes Kinzler¹⁰, o sistema deve se adaptar a uma dupla complexidade: a do ambiente e a dele mesmo. Se o sistema não se preocupasse em diminuir a complexidade do ambiente, selecionando elementos, e a sua própria, autodiferenciando-se, seria diluído pelo caos, por não conseguir lidar com o excesso de possibilidades. Se selecionasse tudo, não seria diferente do ambiente. Deixaria de ser sistema. O sistema deve constantemente estar afirmando-se como um sistema diferente, para não ser confundido com o ambiente. A diferença entre sistema e ambiente é uma condição lógica para a autorreferência, porque não se poderia falar em um “si mesmo” se não existisse nada mais além deste si mesmo.

Esse fenômeno se reflete não só na *ideologia* da *Criminalidade Organizada*, isto é, o papel que ela representa na sociedade, como também nas teorias e técnicas a serem desenvolvidas para a apuração dos ilícitos por ela praticados. Como destaca Antonio Carlos da Ponte¹¹, enquanto à ideologia compete desenvolver o efetivo papel de determinado organismo na sociedade, à teoria incumbe desenvolver técnicas e mecanismos para o seu funcionamento. Na hipótese específica deste tema, para o seu combate e repressão à criminalidade organizada.

O problema da criminalidade organizada é peculiar e bastante específico, o que demanda métodos flexíveis e mais criativos de coleta de prova – desde que com estrita observância dos mandamentos do garantismo – de modo a fazer frente à constante evolução e sofisticação dessa modalidade típica de criminalidade.

Como salienta Eduardo Araújo da Silva¹², em brilhante tese desenvolvida sobre o tema, “... pesquisa realizada pelos jornais *The Los Angeles Times* e *O Estado de S. Paulo* revelou que as organizações criminosas transnacionais movimentam anualmente cerca de U\$ 850 bilhões, quantia considerada superior ao PIB de uma das sete nações mais ricas do mundo”.

Portanto, o crime organizado, seja qual for a sua vertente (com alto poder de corrupção ou grande poder de intimidação), deve ser tratado de forma específica e particularizada, com técnicas próprias e uma legislação de exceção, mas com estrita obediência ao Estado Democrático de Direito e às conquistas de cunho garantista.

9 FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Introdução ao Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2010, p.119.

10 KINZLER, Caroline Moraes. A Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. In: *Estudos de Sociologia*. Araraquara, 16, 123-136, 2004.

11 PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes Eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008, p.147-148.

12 SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime Organizado (procedimento probatório)*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 15.

Um desses métodos – que não representa novidade na legislação brasileira – é o da chamada colaboração premiada, que, muito embora tenha recebido um tratamento bastante detalhado na recente Lei nº 12.850/13, não é imune a críticas e propostas de aprimoramento.

1. BREVES ANOTAÇÕES SOBRE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E PROCESSO PENAL: FINALIDADE, ESTRUTURA E EFICIÊNCIA

1.1. Estado democrático de direito e processo penal

O conceito de *Estado de Direito*, – que deita raízes na democracia liberal e sobre a qual não há unanimidade entre os pensadores¹³ – como salienta Luigi Ferrajoli¹⁴, é amplo, genérico e tem múltiplas acepções: governo das leis (Aristóteles e Platão); limites da atividade estatal (pensamento liberal); constitucionalismo do direito anglo-saxão (tese da separação dos poderes); teoria jurídica (d. alemão do século passado) e normativismo (Kelsen).

Não seria incorreto afirmar, de todo modo, que o chamado ***Estado de Direito*** (que, para alguns, se contrapõe a um *Estado Absoluto*), pode designar, de um lado, o poder de editar normas dentro de critérios de razoabilidade e como forma de assegurar os limites da autodeterminação; e, de outro lado, a existência de poderes independentes para promover e julgar fatos em tese infringentes dessas mesmas normas.

Contudo, o conceito de *Estado de Direito* e democracia podem simplesmente contrapor-se: basta lembrar o nacional-socialismo, que era plasmado na legalidade, mas resultante de normas despóticas e desarrazoadas.

Num *Estado de Direito* de conformação política democrática, é essencial o respeito e a proteção das liberdades públicas, com a conseqüente limitação do poder punitivo.

Como preleciona Ada Pellegrini Grinover, não só à administração (Poder Executivo), mas ao Poder Judiciário e ao Poder Legislativo incumbe respeitar o círculo de autodeterminação, com respeito à dignidade da pessoa, como está solenemente declarado no art. 1º da Constituição Federal¹⁵.

Para que isso possa ocorrer sem perplexidades, os poderes do Estado devem conviver de forma harmônica e equilibrada num sistema de *freios e contrapesos*.

13 Cf. SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p.100. GÖSSEL, Karl Heinz. *El Derecho Procesal Penal en el Estado de Derecho*. Buenos Aires: Rubinzal-Cuzoni, 2007, p.20.

14 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: uma teoria do Garantismo Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.787-788.

15 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p.15.

Por essa razão, a Constituição Federal – sem se afastar substancialmente da clássica tripartição consagrada por Montesquieu (o *Espírito das Leis*) – atribuiu, por exemplo, ao Ministério Público a relevante função de fiscalizador das atividades dos poderes públicos, assegurando-lhe autonomia em face daqueles agentes políticos.

Nessa ordem de ideias, e sob a ótica processual penal, o Estado de Direito pode ser estudado do ponto de vista formal, isto é, a existência de poderes judiciais organicamente estruturados e independentes, a delimitação do poder público e a proporcionalidade no seu exercício; e do ponto de vista material, isto é: a elaboração de uma Constituição e legislação infraconstitucional que respeitem, dentre outros princípios fundamentais, a dignidade da pessoa e uma série de direitos e garantias rígidas que lhe deem a máxima eficácia.

Por essa razão é que se afirma ser o Estado Democrático de Direito, antes de tudo, *Estado de Leis e Estado de Justiça* e, conseqüentemente, como diz Karl Heinz Gössel, é o próprio princípio organizatório do próprio processo penal¹⁶.

Convém ressaltar, entretanto, que os conceitos de Estado de Justiça e Estado de Direito não são suficientes para que o processo cumpra sua finalidade.

Isso porque *Estado de Justiça e Estado de Direito* podem ser delimitados segundo a ideologia que se venha a adotar.

Seria ingênuo supor que o processo é um produto, exclusivamente, da técnica e um instrumento apolítico, neutro, no qual não tenham curso as concepções de liberdade e justiça vitoriosas em cada sistema político.

A configuração do modelo de processo sofre influência da ideologia em voga. Como se falou anteriormente, o período do Nazismo foi marcado por um estado de direito, no entanto, pautado por regras que estabeleceram seus objetivos e conformações despóticas, totalitárias.

Por outro lado, para a doutrina marxista, o sistema jurídico não está a serviço da realização da Justiça, mas é um autêntico instrumento repressor utilizado pelas classes dominantes.

Não se pode abstrair desses conceitos (estado de direito e estado de Justiça) outras regras protetivas que decorram do princípio genérico da dignidade da pessoa e outras garantias fundamentais, inscritas no artigo 5º da Constituição Federal.

É perfeitamente possível e factível, como se pretende demonstrar, extrair-se do ordenamento vigente em nosso país a máxima eficiência, com a estrita observância das regras conformadoras do estado democrático de direito e a estrutura acusatória que lhe é inerente ou imanente.

16 GÖSSEL, Karl Heinz. *El Derecho Procesal Penal en el Estado de Derecho*. Buenos Aires: Rumbizal-Culzoni Editores, 2007, p.15.

1.2. Processo penal: breves notas sobre o conceito e finalidade

Na clássica conceituação de José Frederico Marques¹⁷, com a prática de um fato em tese típico, ou *aparentemente delituoso*, surge para o Estado a pretensão de punir. Isso porque a prática de uma infração penal fere a ordem jurídica, a paz social e a adequada convivência entre os indivíduos, devendo, por isso mesmo, ser restaurada.

Esse direito subjetivo de punir, entretanto, há de submeter-se ao império da lei, não podendo ser exercitado de forma discricionária e, conseqüentemente, arbitrária. Esse *jus puniendi* está em natural confronto com o *status libertatis* e o direito do imputado de resistir à ação do Estado.

Essa contraposição dialética faz surgir o conflito de interesses e a própria lide penal. É nesse contexto que surge o processo e a cogente necessidade de conceitua-lo quanto a sua finalidade.

Reportando-se a Carnelutti, Frederico Marques o define como um conjunto de atos destinados à formação ou a autuação de imperativos jurídicos.¹⁸

Essa finalidade, contudo, pode variar, conceitualmente, de acordo com o modelo ou ideologia que se venha a adotar. Em outras palavras, o processo visto, exclusivamente, como garantia do imputado em face do arbítrio Estatal; o processo como instrumento concretizador do direito de ação, de modo a viabilizar a aplicação da *sanctio juris* e, por fim, o processo como um complexo de atos concatenados, com estrita observância de procedimentos que atendam à natureza da ofensa à ordem pública subjacente, à garantia dos direitos dos fundamentais e a busca de um resultado justo, ou seja, o processo orientado pelo princípio do estado democrático de direito.

Nessa medida, a organização e o exercício desse *poder de estado* – que é determinado, grosso modo, como se disse, pelo modelo que se venha a adotar (mais ou menos liberal; com maior ou menor comprometimento com os direitos humanos fundamentais) – há de influir, marcadamente, no processo criminal.

1.3. O processo como instrumento do poder punitivo Estatal.

Não há novidade na constatação de que, com a evolução da sociedade, o Estado avocou a administração da Justiça e vedou ao particular a satisfação de suas pretensões com as próprias mãos, proibindo a vingança privada.

Poder punitivo é, portanto, acima de tudo, poder de Estado¹⁹, e não há dúvida de que o processo atua como instrumento apto a concretizar o direito de ação

17 MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000, v. 1, p.3.

18 Op. cit., p. 9.

19 Nesse sentido: GOSSSEL, Karl Heinz. *El Derecho Procesal Penal en el Estado de Derecho*. Buenos Aires: Rubinzal-Cuzoni, 2007, v. 1, p. 15.

e viabilizar a aplicação da *sanctio juris* àquele que praticou o fato infringente da norma penal, embora não seja essa sua única finalidade.

Na conceituação de Fernando da Costa Tourinho Filho a finalidade mediata do processo é o estabelecimento da paz social e a finalidade imediata a concretização da pretensão punitiva. Sua finalidade é, nessa medida, pragmática, isto é, “[...] declaração de certeza da verdade em relação ao fato concreto e à aplicação de suas consequências jurídicas”²⁰.

É a maneira de o Estado manter a ordem pública, a paz social e restaurar a ordem jurídica violada pela prática de ato contrário ao direito. Cuida-se aqui de uma visão instrumental do processo, que, embora correta, não parece completa.

1.4. O processo como garantia da defesa

Sob outro viés, há quem negue de forma peremptória e categórica a conotação repressiva do processo, enfatizando-se sua finalidade precípua de defesa do indivíduo contra o arbítrio Estatal.²¹

Por esse ponto de vista, o processo não pode ser encarado unicamente como meio necessário para se chegar à punição, mas, ao contrário, como instrumento de tutela das liberdades e dignidade humanas. E essa face, sem dúvida garantista, é facilmente identificável na própria Lei Fundamental da República, quando trata do devido processo legal e todas as garantias que lhe são consectárias.

De fato, a Constituição Federal no seu artigo 5º, inciso LIV, estabelece genericamente que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Esse preceito amplo pode ser visto e estudado sob diversos aspectos. Na exposição dos regramentos constitucionais do processo é possível identificar alguma redundância ou, pelo menos, uma especialização segundo critérios nem sempre isentos de uma crítica científica rigorosa. Assim, por exemplo, a garantia da ampla defesa não deixa de ser um modo particular de referência ao contraditório, apreciado do ponto de vista do imputado.

Não seria difícil, de resto, inserir as duas regras em apreço na cláusula genérica do devido processo legal, apta, por sua intuitiva elasticidade, a absorver também aquelas concernentes ao *juiz imparcial, presença das partes, igualdade de armas entre elas, direito à prova, direito à jurisdição etc.*

Já se disse que o pleonismo é uma figura de linguagem que não se coaduna com a boa técnica legislativa. O texto constitucional, entretanto, com o propósito

20 Nesse sentido: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, vol.1, p. 29.

21 Nesse sendo: FRANCESCO CARRARA apud GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.21. Nesse mesmo sentido, com temperamentos, confira-se: GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 6; LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 59.

de conferir efetiva e especial proteção a todos os interesses envolvidos na persecução penal, com destaque para a tutela da liberdade pessoal, foi pródigo na alusão a diversos aspectos do devido processo penal.

É lícito afirmar-se, portanto, que esse conjunto de regras têm índole eminentemente assecuratória, o que, como se verá, não afasta sua índole protetiva da segurança geral e da almejada paz social.

1.5. O processo como conjunto de atos e procedimentos assecuratórios das garantias e direitos das partes

Como se falou, é inegável que a finalidade do processo é, de um lado, eminentemente instrumental, pois tem o objetivo de concretizar o direito de ação, mas também é igualmente correto dizer-se que sua índole é assecuratória, pois impõe limites ao poder punitivo do Estado em confronto com o *jus libertatis* do indivíduo, com a estrita observância de regras que emanam da Constituição Federal.

Como salienta Frederico Marques, o processo

[...] só atende à sua finalidade quando se externa em procedimento adequado à lide que nele se contém, de forma a garantir amplamente os interesses das partes em conflito. E no processo penal esse procedimento tem de plasmar-se segundo o *modus operandi* que assegure ‘aos acusados a ampla defesa, com recursos a ela inerentes’ (art. 153, § 18). Isto significa a consagração do devido processo legal como norma fundamental de procedimento e garantia suprema do *jus libertatis*.²²

Na visão de Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci²³, o cidadão, antes de sofrer qualquer punição tem direito a um processo prévio, em que, dentre outras garantias, se assegure “[...] a determinação legal de um procedimento destinado a investigação e posterior julgamento acerca do fato penalmente relevante [...]”, bem como “[...] o proferimento deste em prazo razoável, pública e motivadamente”.

Ada Pellegrini Grinover, sem negar o aspecto instrumental do processo e sua finalidade garantidora das liberdades públicas, enfatiza que o processo é o meio eficaz para a célere e justa distribuição da Justiça, através de procedimentos adequados que atendam à natureza da *controvérsia subjacente*, ou seja, “o procedimento aderente à realidade social e consentâneo com a complexidade dos fatos e com a gravidade da infração penal”.²⁴

22 Op. cit., p.83.

23 TUCCI, José Rogério; TUCCI, Rogério Lauria. *O Devido Processo Legal e a Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 20.

24 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Procedimentos Sumários em Matéria Penal*. In: PENTEADO, Jaques de Camargo. (Coord.). *Justiça Penal: crimes hediondos, erro em direito penal e juizados especiais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 11-12.

Antonio Scarance Fernandes, por sua vez, acentua que o movimento contemporâneo da ciência processual vê no processo uma

[...] entidade complexa formada por uma relação jurídica e por um procedimento, ressaltando, por essa ótica, que a sua finalidade é a de se obter um resultado justo, legitimado, contudo, pelo procedimento adequado, assegurando-se às partes o exercício dos direitos e a proteção das garantias constitucionais.²⁵

Em outras palavras, as conceituações analisadas perfunctoriamente nos itens precedentes, isoladamente, não satisfazem finalidade precípua do processo penal contemporâneo.

Nesse sentido, a atual Constituição brasileira, ao contrário de todos os textos que a precederam, consagrou, explicitamente, o *devido processo legal*, adotando a fórmula anglo-saxã, em tradução literal, aliás, de maneira imprópria. Com efeito, *due process of law* é habitualmente traduzido em espanhol como “debido procedimiento legal”. Mas não é a tradução mais correta e precisa.²⁶

Talvez seja preferível falar-se em “procedimento apropriado” ou “justo”²⁷, afinal, *law* não quer dizer, simplesmente, legal.

Dessa forma, não se pode, de um lado, encarar o processo unicamente como um instrumento do Direito Penal, necessário à satisfação da pretensão punitiva, e, de outro lado, como simples garantia das liberdades públicas, gizando os contornos da autodeterminação. Mais do que isso, o que se busca é, por meio de procedimentos adequados, que respeitem os direitos e garantias das partes, a obtenção de resultados justos.

Parece inegável, portanto, que o enquadramento teórico do processo penal está também diretamente ligado à ideologia do seu defensor. Se a sua formação ideológica está voltada para uma tendência punitivista, seu modelo processual, quanto à finalidade, tenderá a encará-lo como o *pesado braço punitivo do Estado*²⁸; se, por outro lado, tiver uma tendência impropriamente chamada de *liberal ou garantista*, terá uma tendência de limitação ao máximo do punitivismo estatal.

Como assinalam Lenio Luiz Streck e Rafael Tomas de Oliveira²⁹, “as duas vias apresentadas representam um autêntico [...] corte ideológico e acabam por professar uma forma equivocada de se abordar o fenômeno processual”.

25 Nesse sentido: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. (Coord.). Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In: _____. *Sigilo no Processo Penal: Eficiência e Garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.24.

26 Cf. GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza, 1993, p. 326.

27 CURRIE, David P. *Introducción a la Constitución de los Estados Unidos*. Buenos Aires: Zavallia, 1993, p. 71.

28 Nesse sentido: STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomas de. *O que é isto – as garantias constitucionais?*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.19.

29 *Ibidem*, p.20.

Na mesma oportunidade, acrescentam que as estruturas e formas (i.e. procedimentos) processuais servem para legitimar a atuação do estado-juiz no sentido de se buscar a justiça.

Em suma, esse conjunto de direitos e garantias inerentes ao processo penal devem estar em estreita sintonia para se evitar o excesso de punição, de um lado, e a proteção deficiente, de outro lado.

Assim, num breve esboço histórico, é possível afirmar, de maneira bastante sucinta, que a perseguição criminal era, *originalmente, privada e o Estado se mostrava absolutamente indiferente ao resultado da batalha processual*. Com a evolução cultural percebeu-se que o Estado tinha, primordialmente, o interesse de combater a criminalidade. Esse combate ao crime passou a ser encarado como questão de ordem pública e a sua perseguição, conseqüentemente, atribuída a um órgão oficial do próprio Estado.³⁰

Com o surgimento de um direito à perseguição penal entregue ao Estado (como forma de garantir a ordem pública e a paz social), surge também, de outro lado, a necessidade de se estabelecerem mecanismos contra a possibilidade de abuso do poder estatal. A conjugação desses dois aspectos, isto é, a necessidade de se proteger a sociedade contra ofensas à ordem pública, bem como o estabelecimento e o alcance dos limites ao poder punitivo – que devem, não há dúvida, proteger o indivíduo contra ações injustas e que afetem seu poder de autodeterminação e o pleno exercício das liberdades públicas, ante a Constituição –, resultam na finalidade do processo moderno dentro de um *Estado Democrático de Direito*.

Em suma, qualquer que seja a ideologia que se venha a adotar, a finalidade instrumental do processo não é incompatível com a aplicação dos axiomas do garantismo, propostos por LUIGI FERRAJOLI³¹, e a conseqüente obtenção de um resultado que, ao mesmo tempo, seja socialmente justo e marcado pela eficiência.

1.6. Sistema acusatório e o estado democrático de direito

1.6.1. Aspectos introdutórios

É clássica a definição de que a atividade jurisdicional que se desenvolve visando à descoberta da verdade real e, em última análise, a aplicação da sanção àquele que praticou o fato infringente da norma penal incriminadora é concretizada no processo.

30 Cf., nesse sentido: JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, p.85. Observe-se, entretanto, que no direito inglês a perseguição penal não é encarada precipuamente como função do estado, tanto assim que a regra é das ações penais de iniciativa do ofendido. No mesmo sentido: OLIVEIRA, Gilberto Callado de. *O Conceito de Acusação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 205-207; GRANADOS, Francisco. *El Ministerio Fiscal* (Del presente al futuro). Madrid: Editorial Tecnos, 1989, p.24-25.

31 Na clássica obra *Direito e Razão - Teoria do Garantismo Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.91-92, Ferrajoli estabelece os axiomas do garantismo penal e processual penal. No último caso, assentado nos princípios da jurisdicionalidade, acusatoriedade, princípio do ônus da prova e contraditório.

No entanto, o sistema processual é reflexo da teoria, conceito ou ideologia de Estado vigente em cada período. Como se sabe, são três os sistemas estruturais de processo: o acusatório, o inquisitivo e o misto, delimitados por características muito peculiares.

É bem verdade que a regulamentação dos processos apresenta diferenças sensíveis nos Estados soberanos e em cada período evolutivo (i.e., variam de acordo com o período, os costumes, o lugar etc.), o que não impede, contudo, sua classificação, tendo-se em conta, principalmente, suas particularidades e traços distintivos³².

Assim, em uma síntese apertada, pode-se dizer que os processos inquisitivos guardam, como regra, relação com o absolutismo; o processo misto tem origem liberal e a acusatoriedade (processo acusatório) é imanente a um estado democrático de direito, como já foi salientado anteriormente.

1.6.2. Sistema acusatório

No modelo acusatório, as funções de acusar (pública ou privada), defender e julgar são incumbidas a diferentes pessoas.³³ A apreciação das provas incumbe a um juiz imparcial que deverá necessariamente fundamentar sua decisão, de acordo com o bom senso, a experiência e os elementos informativos coligidos pela acusação e pela defesa.

Consagra-se, portanto, o método da persuasão racional. Há, ainda, que considere elemento integrante do processo acusatório a oralidade, o que, no entanto, não parece adequado. Basta lembrar que em nosso país, a partir de 1941, quando entrou em vigor o atual Código de Processo Penal, estabelecia um processo eminentemente acusatório, que, no entanto, era marcado pela escritura.

É certo, de todo modo, que, na medida em que se diminuem os poderes “de ofício” do juiz, vedando-lhe, v.g., a iniciativa da ação – ou qualquer outro procedimento persecutório – mais nos aproximamos do impropriamente chamado *sistema acusatório puro*.³⁴

No Brasil, como se falou, num primeiro momento com a edição do Código de Processo Penal e, mais tarde, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que elidiu do sistema os chamados procedimentos judicialiformes (CPP, artigo 26), e delegou ao Ministério Público o monopólio da ação penal pública (CF, 129, I), adota-se, em tese, um processo de estrutura acusatória.

32 Nesse sentido: CONSO, Giovanni. *Procedimento Penal ou Direito Processual Pena?* Revista dos Tribunais, 74(595):287, abr./1985.

33 Nesse sentido: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, cit., p. 677-678.

34 Nesse sentido: ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Ação Penal* (análises e confrontos), São Paulo, Saraiva, 1938, p. 31; v., também, nesse sentido CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Vol.II. Padova: CEDAM, 1933, p. 355-356.

Há separação clara nas funções de acusar, defender e julgar; é garantida a igualdade de partes e a presença de um juiz imparcial³⁵. Estabelece-se, enfim, o *actum trium personarum*.

Na precisa observação de Hermínio Alberto Marques Porto³⁶, a preocupação de se reforçar o sistema acusatório, no âmbito do anteprojeto Frederico Marques, podia ser sentida no aparelhamento do Ministério Público; no reforço das garantias constitucionais para o pleno e efetivo exercício do direito de defesa e, também, na revogação de dois chamados procedimentos de ofício, colocando-se o juiz numa situação de equidistância em relação às partes³⁷.

Portanto, é inerente a um autêntico sistema acusatório, a investigação prévia incumbida (embora não privativamente) à Polícia Judiciária, que, funcionando como órgão auxiliar do juízo e do Ministério Público (cf. artigo 13 do CPP), reúne num inquérito policial uma série de informações que devem servir, exclusivamente, para a formação do convencimento do *dominus litis* quanto à viabilidade da ação penal. Essa fase “prepara a persecução penal que vai ser levada a juízo por meio da ação penal³⁸.” É ínsita a um processo de estrutura acusatória a necessária previsão do contraditório, ampla defesa e todos os recursos e meios a ela inerentes (artigo 5º, inciso LX, da Constituição Federal).

Insta salientar, contudo e desde logo, que não se pode confundir sistema acusatório e contraditório. Embora o contraditório seja decorrência lógica do processo de estrutura acusatória, o inverso não é verdadeiro. Há processos de natureza inquisitiva, nos quais se impõe o contraditório, v.g., os processos administrativos (CF, art. 5º, inciso LV).

Convém destacar, ainda, por oportuno, um equívoco recorrente que estabelece uma relação de sinonímia entre sistema acusatório e sistema adversarial³⁹.

35 A imparcialidade do juiz não é incompatível com o uso de suas faculdades instrutórias. Como salienta José Carlos Barbosa Moreira, em Os poderes do Juiz na direção e instrução do processo (In:_____. *Temas de Direito Processual* (quarta série). São Paulo: Saraiva, 1989, p.48), no momento em que o juiz determina uma diligência, não lhe é dado adivinhar o êxito, que poderá beneficiar a este ou àquele litigante, ou seja, “...se é exato que um dos dois se beneficiará com o esclarecimento do ponto antes obscuro, também o é que a subsistência da obscuridade logicamente beneficiaria o outro.” Em outras palavras, qualquer que seja a sua postura, o magistrado acabará favorecendo uma das partes.

36 PORTO, Hermínio Alberto Marques. Tribunal do Júri: culpado ou inocente? Anteprojeto de Código de Processo Penal de Novembro de 1994. In: PENTEADO, Jaques de Camargo. (Coord.). *Justiça Penal 3*, críticas e sugestões. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 206.

37 A equidistância não retira do Juiz seus poderes instrutórios e tampouco afeta sua imparcialidade, até porque, quando determina esta ou aquela diligência, na busca da verdade, o juiz não sabe *a priori* seu resultado. Cf., nesse sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 306-307.

38 Cf. FREDERICO MARQUES. *Tratado de Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1965, v. 4, p. 189.

39 Como esclarece Albergaria (ALBERGÁRIA, Pedro Soares de. *Plea Bargaining*. Coimbra: Almedina, p. 48-49), a doutrina norte-americana utiliza o termo *adversarial* para caracterizar o processo acusatório, [...] e como que negando essa natureza aos diversos modelos processuais continentais [...].

Adversarial system e seu contraponto *inquisitorial system* não guardam relação propriamente com o modelo de processo. Referem-se, na verdade, aos poderes instrutórios do juiz. Ambos, portanto, podem incidir em processo de estrutura acusatória, dependendo do modelo que se venha adotar, de acordo com as características, realidades e necessidades de cada estrutura sistêmica.

Nosso sistema é acusatório e não apresenta afinidade, quanto à iniciativa instrutória do magistrado, com o chamado método *adversarial*, que predomina no direito anglo-americano, embora ali também não seja adotado, atualmente, na sua plenitude e inteireza.

O *adversarial system* – que, insista-se, efetivamente não representa um contraponto ao processo de estrutura acusatória⁴⁰ – é plasmado sobre a premissa de que a verdade é mais facilmente descoberta quando há duas partes em litígio e cada uma delas conduz a própria investigação, apresentando diferentes teorias sobre a lei e sobre o caso concreto ao tribunal.

Nesse sistema o juiz é efetivamente neutro e inerte, só intervindo quando a lei assim o determinar ou, por outro lado, quando é solicitado por uma das partes.

Na verdade, ele não é empregado na sua pureza no direito norte-americano⁴¹, pois dos juízes se espera a supervisão do procedimento para assegurar a efetiva justiça (*fairness*).⁴²

Como será analisado mais à frente, esse modelo processual conta, nos Estados Unidos, com muitos críticos. Seus detratores argumentam, v. g., que a verdade não é encontrada porque o sistema encoraja as partes a apresentar narrativas deturpadas, enganosas e, não raro, inverídicas sobre fatos.

Ele é também reputado injusto, pois, embora se baseie na igualdade de condições entre as partes, essa premissa seria questionável, já que dependerá das habilidades específicas do advogado e do promotor, além do seu próprio aparato e força de investigação. Argumenta-se que, naquele país, os órgãos estatais incumbidos da persecução estão mais bem aparelhados do que os acusados, o que torna irreal aquele ideal de igualdade de condições.⁴³

40 Cf., nesse sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* (27):71-79, São Paulo, 1999; v., ainda, FEELEY. *The Adversary System*. In: *Encyclopedia of the American Judicial System*. V. 3. New York: Robert J. Janosik Editor, 1987, p. 753-766.

41 Como salienta FEELEY, Malcolm. *The Adversary System*, in *Encyclopedia of the American Judicial System*, cit., p. 764, pelo menos nos casos mais sérios e graves, posto que no *adversarial system*, os juízes frequentemente determinam que o acusador reveja o caso e advirta o acusado do seu direito ao julgamento.

42 HALL, Daniel E. *Criminal Law and Procedure*. 2. ed. Albany: West Publishing, 1996, p. 270-271.

43 Nesse sentido: HALL, Daniel E., cit., p. 280; LAFAYE, Wayne R.; ISRAEL, Jerold H. *Criminal Procedure*. 2. ed. Saint Paul: West Publishing Co, 1992, p. 36.

No *inquisitorial system*⁴⁴, de outra parte, o processo não é encarado como uma disputa, mas sim como uma indagação, uma perquirição, na qual a corte é instada a reunir elementos de prova e, de maneira independente, avaliá-las e proferir o julgamento.

Nesse sistema não interessa, por exemplo, se o acusado admitiu ou não a culpa, ou o que o promotor ofereceu em troca. O procedimento pode ser conduzido indiferentemente à atitude ou ao pedido da acusação. O tribunal não está preso à disputa entre as partes.

De todo modo, o sistema adversarial está longe de ser abolido.

É ele, como se verá adiante, que melhor propicia as variadas formas de *plea negotiation*, nas quais se espera do juiz grande dose de neutralidade e inércia. Esse fato é relevantíssimo, especialmente quando se sabe que cerca de 90% a 95% das condenações no sistema norte-americano provêm da *Justiça Negociada*.⁴⁵

1.7. Eficiência, eficácia e efetividade do processo, conforme o modelo adotado

Estabelecidos os conceitos de sistemas processuais, finalidade do processo e *Estado Democrático de Direito*, no qual há fulcrar-se o processo penal contemporâneo, já é possível uma distinção, ainda que breve, das expressões eficiência, eficácia e efetividade, não raro aplicadas como sinônimas nas diversas áreas do direito e outras disciplinas não relacionadas com as carreiras jurídicas.

Quando se fala em eficiência do processo alguns equívocos recorrentes ou, pelo menos, exageros maniqueístas merecem análise. De um lado, os defensores do chamado processo de resultados, buscando a máxima eficiência e economia processuais; de outro lado, os detratores da expressão eficiência, que veem nesse sistema uma forma de limitação de direitos e garantias individuais e afronta aos axiomas garantistas.

Esse preconceito pode ter origem na utilização do conceito em outros ramos da ciência, como a economia e administração.

Como relembra Antonio Scarance Fernandes, na administração, a ideia de eficiência liga-se ao *bom uso dos meios ou recursos disponíveis, para se atingir um determinado resultado, previamente desejado*, enquanto a eficácia prende-se ao atingimento de determinados fins. Complementa o autor, esclarecendo que eficiência e eficácia são caminhos necessários na busca da efetividade, ou seja, o resultado verdadeiro, concreto e empírico.⁴⁶

44 Como adverte Ada Pellegrini Grinover, não se pode confundir o *inquisitorial system* com sistema inquisitivo, as expressões não apresentam qualquer sinonímia.

45 Nesse sentido: FEELEY, Malcolm. *The adversary system*, cit., p. 763.

46 Nesse sentido: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. (Coord.). Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In: _____. *Sigilo no Processo Penal: Eficiência e Garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 19.

Em direito, no entanto, os conceitos de eficiência e eficácia são facilmente identificáveis, de acordo com a finalidade do processo almejada (instrumental; garantia contra o arbítrio Estatal ou conjunto de instrumentos e procedimentos assecuratórios dos direitos e garantias das partes dentro de um processo justo). A efetividade, no entanto, que é o próprio atingimento do *resultado verdadeiro*⁴⁷, apresenta-se na área do direito, especialmente o processual penal, como algo bastante fluido: paz social; vigência do estado de direito ou segurança pública, preservação da dignidade humana.⁴⁸

Em outras palavras, em matéria de direito processual penal, os conceitos de eficiência, eficácia e efetividade – de acordo com os diversos cortes ideológicos que possam merecer – devem ser conjugados para se buscar um conceito e resultados adequados.

Não parece possível, num Estado Democrático de Direito, conceber-se um processo que busque, a todo custo e com a máxima economia processual, a punição, como também não é razoável que em nome da suposta preservação das premissas garantistas, o abuso no emprego de um falso sistema de direitos e garantias, de modo a sacrificar a segurança pública e paz social.

Em suma, não é por meio de uma fórmula matemática e economicista que se atingirá a paz social e tampouco por meio de digressões utópicas e filosóficas que se poderá assegurar, no processo, um resultado justo, indene aos arbítrios estatais.

Portanto, um processo penal eficiente tem um claro caráter instrumental, concreto, empírico, dentro de um sistema de direitos e garantias das partes, assegurados num procedimento que se desenvolva num prazo razoável, para se atingir um resultado justo.

Dentro dessa ótica, é perfeitamente possível a compatibilização do processo penal consensual, dos procedimentos abreviados, com um processo de inspiração garantista e não retoricamente paternalista.

Há quem negue, como disse, peremptoriamente o caráter instrumental do processo, com argumento que beira o silogismo erístico, ou seja, de que o consenso em matéria penal representará a ocisão dos direitos e garantias individuais, que não são compatíveis com o *poder dispositivo* das partes.

O equívoco nesse entendimento parece estar centrado, em primeiro lugar, na ideia maniqueísta que contrapõe (e não admite a conjugação) entre o poder punitivo Estatal e as garantias individuais que emanam do devido processo legal; em segundo lugar, na falsa premissa de que um processo penal consensual (Justiça Negociada) é inconciliável com a preservação dos direitos e garantias individuais e o devido pro-

47 BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio Constitucional da eficiência administrativa*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 113.

48 FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. (Coord.). Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In: _____. *Sigilo no Processo Penal: Eficiência e Garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 25.

cesso legal, isso porque, no primeiro caso, o direito em jogo tem índole patrimonial, privada e disponível; e a segunda hipótese cuida de interesse público e indisponível.

Para os defensores radicais desse ponto de vista, o réu não é objeto do processo (como se via na origem do processo) nem sujeito de direitos (como é encarado no direito contemporâneo), mas um autêntico objeto de estudo acadêmico e o processo nada mais é do que um fenômeno a ser dissecado e estudado, sem mais.

Em outras palavras, o acusado nesse processo penal é alijado da sua autodeterminação. Trata-se de um ente desprovido de vontade e que não tem a capacidade de avaliar, para ele próprio, qual seria a melhor e mais conveniente maneira de enfrentar a opção Estatal em face da via reativa adotada, isto é, o consenso ou o conflito.

Imagine-se, por exemplo, que fosse adotado no direito brasileiro o consenso em maior amplitude. Tome-se o delito de roubo, para análise: dispõe o julgador de generosa escala (4 a 12 anos de reclusão), para acomodar os diversos episódios delituosos.

Uma lei que autorizasse o Ministério Público a oferecer, v. g., uma proposta de quatro anos de reclusão, em regime aberto, ou cinco anos de prisão, com sanção restritiva de direitos por igual período, seria considerada inconstitucional, pois o réu não teria o poder dispositivo. A única via reativa, portanto, seria o processo criminal, não raro demorado e que, por essa razão, apenas prolongaria a agrura do próprio réu, sujeitando-o, ainda, em tese, a uma sanção mais rigorosa do que aquela proposta inicialmente e, o que é mais grave, em regime fechado.

Além disso, não seria desarrazoado afirmar-se que essa rigorosa punição poderia ocorrer num momento em que não mais se mostrasse, do ponto de vista individual ou social, necessária e suficiente, posto que não alcançada pela prescrição⁴⁹.

Em outras palavras, seria razoável exigir-se do réu a submissão a uma pena bastante mais gravosa, em nome de uma suposta medida garantista, que lhe retira o poder dispositivo e a possibilidade de chegar a um consenso que, concretamente, lhe seja mais favorável? Por certo, a resposta é negativa.

O falso conceito de que consenso e garantismo são institutos que necessariamente se contrapõem e excluem, talvez esteja fundado num modelo de Justiça Negociada oriunda do direito norte-americano, cujos vícios encontrarão consistente proteção na sistemática brasileira⁵⁰, na qual se adota, dentre outras técnicas, o cha-

49 É cediço daqueles que atuam na Justiça Criminal, que determinados processos se estendem por mais de cinco ou seis anos, até que se tenha uma decisão definitiva proferida pelas mais altas Cortes do país. Durante todo esse período, é possível que o réu aguarde em liberdade (em homenagem ao princípio do estado de inocência) e, depois de tanto tempo, seja recolhido ao cárcere, num momento em que, talvez, já tenha estruturada uma nova vida e meditado suficientemente sobre a falta cometida.

50 Só para se dar, por ora, um único exemplo, no direito americano a profusão de acordos (com condenações) está ligada, dentre outros argumentos de caráter econômico e de eficiente administração da Justiça, na forma de escolha do próprio acusador. O *prosecutor* é escolhido por votação popular e não raro seu futuro político está baseado nos resultados concretos auferidos: o número de condenações criminais (cf., nesse sentido: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual: sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 168).

mado *inquisitorial system*, que não retira do juiz o poder instrutório e não o coloca como um mero espectador inerte, permitindo-lhe inclusive, quando for o caso, declarar o réu indefeso.

Como se verá mais à frente, processo penal eficiente e eficaz é aquele que permita, no menor tempo possível, dentro do critério da razoabilidade, dentro da estrita legalidade e observância aos direitos e garantias individuais ligados ao devido processo legal, o atingimento de um resultado que seja justo e se aproxime do fim colimado, qual seja, a segurança pública e a paz social, mas não à custa de subtrair do indivíduo – da forma que melhor lhe convier – todos os instrumentos de defesa contra o eventual abuso do poder punitivo Estatal.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A COLABORAÇÃO PREMIADA NA LEI Nº 12.850/13

A Lei 12.850/13 prevê, dentre os meios de investigação e obtenção de prova, a denominada *colaboração premiada* (artigo 3º, I).

Vislumbra-se, aqui, uma modalidade de um acordo com concessões recíprocas, pois as benesses decorrentes da colaboração premiada só poderão ser concedidas pelo juiz a **requerimento das partes (autor e réu)**, no momento da prolação da sentença, como dispõe o artigo 4º da Lei 12.850/13, desde que observadas uma das seguintes situações:

- I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
- II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
- III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
- IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
- V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Por outro lado, a teor do artigo 4º, § 2º, da Lei, [...] considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o artigo 28 do Código de Processo Penal.

A parte final desse dispositivo permite inferir ser defeso ao magistrado conceder os benefícios legais sem que tenha sido previamente proposto, já que determina, expressamente, a aplicação do disposto no artigo 28 do Código de Processo Penal.

Em outras palavras, se o juiz vislumbrar a possibilidade do perdão judicial ou mesmo outro benefício decorrente da colaboração e o órgão de Ministério Público se recusar a oferecer a proposta, o Procurador-geral de Justiça deverá ser provocado judicialmente a propor uma das benesses legais ou designar outro órgão do Ministério Público para tal desiderato.

Como a lei não pode conter expressões inúteis, essa é, segundo parece, a única interpretação possível do dispositivo, sob pena de se tornar letra morta sua parte final.

Em outras palavras, se o magistrado pudesse, na sentença, aplicar uma das medidas previstas no artigo 4º, *caput*, da Lei 12.850/13, sem a provocação das partes, especialmente o autor da ação, não haveria porque fazer-se remissão ao controle judicial-administrativo previsto no artigo 28 do CPP, que só se justifica quando o Ministério Público se recusa a praticar ato privativo, do qual resulte o oferecimento da denúncia ou a efetivação de determinada providência, à semelhança do que ocorre, por exemplo, na recusa do promotor de oferecer a proposta de transação penal ou suspensão condicional do processo (artigos 76 e 89 da Lei 9.099/95).

Não é por outra razão que o artigo 4º, §§ 6º e 7º, estabelece com muita clareza que o juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração. Esse dispositivo, por sinal, é consentâneo com um processo penal de estrutura acusatória, que observe rigorosamente a iniciativa das partes e a inércia de jurisdição.

Em suma, o corréu colaborador, na presença do seu defensor, poderá encetar acordo com o titular da ação penal ou com a Autoridade Policial (e, nesse caso, com a interveniência do Ministério Público⁵¹). A proposta de colaboração será submetida a homologação pelo Juiz de Direito.

Por outro lado, não obstante previsão legal nesse sentido, não parece possível – isoladamente – a formulação de proposta de colaboração premiada por parte da autoridade policial.

Em primeiro lugar, o Delegado de Polícia não é parte no processo penal, como prevê o artigo 3º. Além disso, o inquérito não é um fim em si mesmo e os elementos de prova ali colhidos servirão de base ao oferecimento da denúncia. O titular privativo a ação penal pública, como é cediço, é o órgão do Ministério Público (artigo 129, I, CF), portanto só ele tem legitimidade para a proposta de colaboração

51 Como se verá a seguir, o acordo de colaboração premiada encetado com a autoridade policial parece inusitado, já que a investigação não é um fim em si mesma e tem por objetivo evitar uma acusação excessiva ou despropositada, sem um mínimo de base empírica.

premiada e não a autoridade, a quem não incumbirá atuar nos demais termos do processo. Além disso, não é possível à Autoridade Policial avaliar a efetividade da colaboração para o deslinde da causa.

De resto, o magistrado a quem for submetida a proposta poderá homologá-la, desde que preencha os requisitos da voluntariedade, legalidade e regularidade (que serão analisados mais à frente), podendo, para esse fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, à presença de seu defensor (artigo 4º, §§ 7º e 8º).

O acordo, realizado por escrito, deverá conter: I - o relato da colaboração e seus possíveis resultados; II - as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia; III - a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; IV - as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor; V - a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário (artigo 6º da Lei).

A Lei 12.850/13 assegura ao colaborador determinados direitos, a saber: I - usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica; II - ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados; III - ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes; IV - participar das audiências sem contato visual com os outros acusados; V - não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito; VI - cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

Apesar disso, o artigo 4º, § 15, ressalva que o colaborador renunciará, na presença do seu defensor, ao direito ao silêncio e *estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade*.

A renúncia relacionada ao privilégio contra a autoincriminação não precisaria constar do texto legal, pois é um decorrência lógica da própria colaboração. Entende-se, no entanto, que, embora ostente a condição de colaborador, ele ainda é réu e não parece razoável que preste *declarações sob o compromisso de dizer a verdade*⁵².

O dever legal de dizer a verdade não decorre do compromisso e sim da condição daquele que presta os esclarecimentos. Dessa forma, ainda que o colaborador preste o referido compromisso, não poderá ser processado por falso testemunho, respondendo, no entanto, por eventual denúncia caluniosa. Esse dispositivo, portanto, é inócuo, ineficaz e não modifica a natureza jurídica da sua intervenção no processo.

Considerando sua natureza híbrida de fonte de prova, meio de defesa e meio de prova, é inegável que tudo quanto for nele alegado deve ser investigado e demonstrado.

52 Nesse sentido: DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de Processo Penal*. 9. ed. São Paulo: Forense, p. 356-357.

É certo, ademais, que o interrogatório do acusado não é mais é um ato privativo e exclusivo do juiz. Com o advento da Lei nº 10.792/2003, passou-se a admitir a intervenção do acusador e do defensor. Nos termos do art. 188 do CPP, após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se as entender pertinentes e relevantes.

Admite-se, portanto, as reperguntas na hipótese denominada *chamada de corrêu*, isto é, o interrogatório do corrêu incriminando o outro.

Nesse sentido é o teor da Súmula nº 65 das “Mesas de processo penal, doutrina, jurisprudência e súmulas” do Departamento de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo: “o interrogatório do corrêu, incriminando o outro, tem, com relação a este, natureza de depoimento testemunhal, devendo por isso se admitirem as reperguntas”.⁵³

Convém destacar que os Tribunais Superiores têm decidido que a “realização do interrogatório do réu sem a presença do defensor, após a entrada em vigor da Lei nº 10.792/2003, constitui nulidade absoluta” (STF: HC 87.172/GO, Rel. Min. **Cezar Peluso**, 1ª T., j. em 15.12.05, *DJ* de 03.02.06, p. 32; STJ: RHC 17.679/DF, Rel. Min. **Nilson Naves**, 6ª T., j. em 14.03.06, *DJ* 20.11.06 p. 362; HC 52.330/MS, Rel. Min. **Laurita Vaz**, 5ª T., j. em 24.10.06, *DJ* 20.11.06 p. 346; RHC 18.656/DF, Rel. Min. **Felix Fischer**, 5ª T., j. em 12.09.06, *DJ* 16.10.06 p. 386).

Para Eduardo Espínola Filho⁵⁴, o interrogatório possui a finalidade tríplice de: “(a) facultar ao magistrado o conhecimento do caráter, da índole e dos sentimentos do acusado: em suma, compreender-lhe a personalidade; (b) transmitir ao julgador a versão, que, do acontecimento, o inculpa fornece sincera ou tendenciosamente, com a menção dos elementos de que o último dispõe, ou pretende dispor, para convencer da idoneidade de sua versão; (c) verificar as reações do acusado, ao lhe ser dada diretamente, pelo juiz, a ciência do que os outros encerram contra ele”.

O art. 5º, inciso LXIII, da CF incluiu entre os direitos do acusado o de permanecer em silêncio.

O réu não está obrigado a responder às perguntas que lhe forem feitas e, mais do que isso, deve ser cientificado desse direito pela autoridade que o interrogar. Sobre esse tema, o Colendo STF, em acórdão relatado pelo Min. **Sepúlveda Pertence** (HC 78.708-1/SP, 1ª T., *DJU* de 16.04.99), decidiu que essa norma constitucional é um instrumento eficaz contra a autoincriminação. A omissão dessa informação pela autoridade, no momento adequado, gera nulidade e impõe a desconsideração de todas as informações incriminatórias, assim como das provas delas derivadas.

Saliente-se que esse constitucional direito ao silêncio não compreende a mentira sobre a própria identidade, que deve ser objeto de persecução penal, nos

53 BUSANA, Dante; GRINOVER, Ada Pellegrini. Execução Penal. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1987, p. 109.

54 ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal brasileiro anotado. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980, vol. 3, p. 25.

termos do art. 307 do CP (STF, 1ª T., HC 73.161/SP, Rel. Min. **Sidnei Sanches**, DJU de 22.11.96; STF, 2ª T., HC 72.377/SP, Rel. Min. **Carlos Velloso**, DJU de 30.06.96; JTJ 146/304, 163/135, 154/285 e 170/288; RT 536/340 e 561/339).

Convém destacar, ainda, que o Direito Penal brasileiro não comina qualquer espécie de sanção ao perjúrio, isto é, não pune o criminoso que, na fase investigatória ou em juízo, faça afirmação falsa, negue ou cale a verdade.

Não seria possível realmente qualquer regra tendente a punir a mentira ou a omissão *quanto à imputação*, pois a CF assegura ao preso o *direito ao silêncio* (CF, art. 5º, inciso LXIII) e esse dispositivo é complementado pelo Código de Processo Penal, que lhe garante o direito de não responder às perguntas que lhe forem formuladas (art. 186), daí não podendo advir qualquer prejuízo à sua defesa, notadamente a influência desfavorável na formação da livre persuasão racional do julgador (CPP, art. 198).

Na verdade, não se pode ampliar o elastério desse direito ao silêncio, tanto mais porque, preocupada com a defesa do interesse público, a CF também assegura ao Estado o direito à identificação civil ou criminal do suspeito (CF, art. 5º, inciso LVIII).

Além disso, a mentira sobre a própria identidade é também vedada na primeira fase da persecução penal. Como se sabe, o inquérito é peça meramente informativa, que se desenvolve na fase pré-processual, em que não se deduz acusação formal, não se vislumbrando uma situação de reciprocidade que imponha o correlato exercício ao direito de autodefesa (STF, 2ª T., Rel. Min. **Carlos Velloso**, HC 72.377-2/SP, DJU 30.06.95; TJSP, Rel. **Luiz Pantaleão**, Apelação Criminal nº 155.576-3, j. 8.8.94; Rel. **Dante Busana** – Apelação Criminal nº 140.786-3, Cotia, j. 27.05.93; RJDACRIM 4/104; RJDACRIM 11/88; RJDACRIM 15/87).

O direito constitucional ao silêncio, bem como aquele decorrente do Pacto de São José da Costa Rica (ratificado pelo Brasil em 25.09.93) *de não ser obrigado a depor contra si mesmo* (art. 8º, § 2º, g), não tem, portanto, o alcance que se lhe pretende emprestar.

Por outro lado, sem o embargo da asserção ser muito recorrente, é certo que o réu não tem o direito de mentir em seu interrogatório e tampouco poderá fazê-lo na atividade de colaborador. Como se disse, em determinadas hipóteses, se ele falsear a verdade não poderá ser punido, pois o Direito brasileiro não prevê a figura típica do perjúrio. Daí, entretanto, não se pode inferir um suposto direito à mentira⁵⁵.

Além disso, a colaboração, para ser válida, depende a coexistência de alguns requisitos. O corréu colaborador, para fazer jus às benesses legais já indicadas, deve confessar sua participação na empreitada criminosa. Essa admissão de culpa deve estar cercada de cuidadoso exame valorativo pelo juiz e revestido de determinadas condições intrínsecas, isto é: a verossimilhança, a clareza, a persistência, a unifor-

55 Confira-se, nesse sentido, MALULY, Jorge Assaf. *Denúnciação Caluniosa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 58-59.

midade e a coerência.⁵⁶ É certo, ainda, que nenhuma sentença condenatória será proferida com base, exclusivamente, nas declarações do agente colaborador (artigo 4º, § 16).

A colaboração deve ser espontânea, isto é, não forçada, não compelida, consensual. Não é por outra razão que o juiz só homologará o acordo se verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para esse fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor (artigo 4º, §§ 7º e 14, da Lei 12.850/13).

Além disso, há um componente processual e empírico de suma importância, isto é, não basta que o colaborador admita sua participação e delate terceiros, ele deve fornecer elementos concretos indicativos da responsabilidade criminal dos delatados e informações que cooperem com a persecução penal ou, em outras palavras, o conteúdo assertivo do seu interrogatório (declarações) deve ser pertinente e, principalmente, relevante⁵⁷. Essas especiais circunstâncias, por si sós, já são suficientes para afastar a delação realizada por mero sentimento de vingança, sem base nem fundamento⁵⁸.

Por outro lado, a Lei 12.850/13 prevê uma inusitada retratação do acordo por qualquer uma das partes. A consequência desse arrependimento seria a não utilização das provas autoincriminatórias produzidas exclusivamente em seu desfavor.

A redação do dispositivo acarreta duas consequências preocupantes: se as provas produzidas não podem ser utilizadas *exclusivamente em seu desfavor* isso significa, em uma primeira leitura, que essas provas poderiam, a rigor, ser válidas se utilizadas em relação a todos os acusados, inclusive o colaborador; além disso, o órgão do Ministério Público poderia, a rigor, encetar acordo de colaboração premiada, colher elementos de prova e, na sequência, retratar-se, utilizando o contingente probatório então carreado em prejuízo do colaborador.

O dispositivo, tal como elaborado, parece inaplicável, por ferir a razoabilidade, salvo se a retratação se verificar antes da produção de provas e coleta de informações que servirão de fonte para a incriminação de outros réus e do próprio colaborador.

56 Cf., nesse sentido: SOUZA, Moacir Benedito de. *Mentira e simulação em psicologia judiciária penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 19.

57 Lembre-se que o artigo 4º da Lei 12.850/13 condiciona as benesses da colaboração premiada (perdão judicial, redução de 2/3 da reprimenda e aplicação da sanção restritiva de direitos) desde que advenha um ou mais dos seguintes resultados: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

58 Como em qualquer outro interrogatório, a confissão do colaborador deve ser feita na presença do juiz (característica da judicialidade) e do seu advogado. Na oportunidade, o magistrado saberá avaliar sua sinceridade e eficácia, podendo, inclusive, deixar de homologar o acordo (art. 4º, § 8º).

É certo, de outra parte, que se o legislador pretendesse retirar toda a validade das provas colhidas em atividade de colaboração, bastaria que estabelecesse regra específica de inutilizabilidade da prova e elementos dela derivados, tal como o fez no artigo 157, §§ 1º e 3º, do Código de Processo Penal.

Convém observar, de resto, que a eventual possibilidade de retratação só é deferida às partes, o que excluiria a Autoridade Policial, que não é parte no processo penal.

3. DAS CRÍTICAS RECORRENTES À COLABORAÇÃO PREMIADA E OUTRAS FORMAS DE CONSENSO

Como já tive oportunidade de sustentar em outra oportunidade⁵⁹, a figura da colaboração premiada em processos criminais tem sido objeto de intensas críticas por boa parte da doutrina que se dedica ao estudo do tema.

Argumenta-se, em síntese, que: (a). a delação premiada é eticamente reprovável, pois ensina que *trair traz benefícios*⁶⁰; (b). dá ênfase a um direito penal funcionalista, que só se preocupa com o resultado final; (c). privilegia réus acusados de crimes específicos (p. ex., crime organizado), criando uma classe de excluídos, autores de outras infrações não premiadas com a aplicação do instituto; (d). o corréu colaborador não presta compromisso de dizer a verdade, podendo, por isso mesmo, agir movido por sentimento de vingança ou mesmo cupidez, isto é, torna-se um chantageador; (e). assumindo a condição de beneficiário penal e processual, poderá delatar falsamente, para se ver livre de punição⁶¹; (f). o corréu colaborador é obrigado a abdicar de garantias constitucionais, como o *nemo tenetur se detegere*, em troca, não raro, de uma simples diminuição de pena.

Aliadas a essas críticas, alguns processualistas contemporâneos têm sustentado, efusivamente, que a *colaboração premiada* e o modelo de consenso no processo penal ferem os axiomas processuais do garantismo, isso porque:

- (a). Evidencia-se a ausência de jurisdicionalidade e ofensa à indeclinabilidade de jurisdição;
- (b). há violação ao processo de estrutura acusatória;
- (c). violação ao princípio do estado de inocência;
- (d). violação ao princípio da fundamentação das decisões judiciais;
- (e). acusados são coagidos a aceitar acordos, renunciando às garantias constitucionais com a promessa de sentenças mais brandas;
- (f). Acusados são assistidos por defensores despreparados e sobrecarregados,

59 Apontamentos sobre o crime organizado, a Justiça Consensual e o valor probatório das declarações do corréu colaborador, In: MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. (Coord.). *Crime Organizado*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 300-326.

60 CERVINI, Raul e GOMES, Luiz Flávio, cit., p. 165.

61 SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime Organizado (procedimento probatório)*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 142.

que têm pouco empenho no efetivo exercido da defesa técnica, o que os faz estimular a realização de acordos nem sempre vantajosos.

Sem embargo da autoridade e competência dos seus defensores, essas críticas, com a devida *venia*, não podem, segundo me parece, prosperar.

De início, não se pode confundir direito penal simbólico com processo de resultados. O processo penal tem, não se duvida, caráter eminentemente pragmático, isto é: a apuração da infração penal, da sua autoria e a imposição da *sanctio juris* àquele que for considerado culpado. Deve, em síntese, ser eficiente. Esse fato, entretanto, não elide sua índole assecuratória; não significa que devam ser sacrificadas garantias constitucionais conquistadas ao longo de décadas e muito menos deva o réu ser tratado como objeto de investigação e não sujeito de direitos.

Como já se disse no início do presente trabalho, uma das agruras do processo penal reside na necessidade de sua maior agilização, não só como pedagógico instrumento de prevenção geral, como também em prol do próprio imputado, que tem o direito de ver rapidamente definida sua situação perante a Justiça Criminal.⁶² Não se pode, portanto, extrair desse conceito um caráter meramente simbólico de punição.

Quanto à falta de ética processual, é difícil entender como ela se manifesta. É árdua a tarefa de identificar a ética na criminalidade, especialmente a organizada.

Não se pode esquecer que a colaboração (delação), no caso específico, constitui um prêmio àquele que se arrependeu ou àquele que não mais divisiu vantagens de permanecer filiado a uma organização que fere a ordem pública, desestabiliza a paz social, age à margem da lei, sem qualquer escrúpulo e sem respeitar princípios básicos de humanidade.

Não se pode colocar na tábula rasa um delator de organização criminosa e um Joaquim Silvério dos Reis; não se pode encontrar similitude ontológica entre aquele que denuncia o líder do Primeiro Comando da Capital (PCC) e aquele que delata um revolucionário ideológico, que é perseguido pelo simples fato de discordar de um déspota, ditador, comandante de um regime totalitário.

Poder-se-ia indagar – como o fez com muita argúcia Alexis Augusto Couto de Brito⁶³ –, qual indivíduo praticaria ato mais ético e menos reprovável: aquele que delata coautores e permite a libertação de uma vítima de sequestro ou aquele que simplesmente se cala?

O raciocínio que equipara as diversas modalidades de delação é, *concessa venia*, falacioso.

Nem se está aqui fazendo apologia ao famigerado direito penal do inimigo, até porque, qualquer que seja a infração e o respectivo autor, serão asseguradas todas as garantias que emanam do devido processo legal, com a cuidadosa análise

62 Nesse sentido: BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Penal y Procesal*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1977, p. 283.

63 BRITO, Alexis Augusto Couto de. *Execução Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 374.

da culpabilidade e a estrita observância dos princípios que norteiam o Estado Democrático de Direito. Lembre-se que nenhuma sentença penal condenatória poderá ser proferida exclusivamente com base na colaboração premiada.

Apreciando essa questão, Alexis Augusto Couto de Brito salienta, com inteira propriedade e argumentos irretorquíveis, que "... os valores, por definição, referem-se ao positivo, ao bem de uma forma geral a ser buscado pelo ser humano. E, como um dos valores perseguidos pelo Estado de Direito, temos a conduta correta conforme o Direito e a sua propagação, em detrimento de todo ato que contrarie a natureza humana e desafie a realização do bem comum. O crime é, definitivamente, algo que não participa deste bem comum, pelo contrário, impede sua realização".⁶⁴

Em suma, a adoção da delação premiada não comporta a discussão ética que se pretende instalar.

Por outro lado, não se pode aceitar que a delação crie uma classe de excluídos, isto é, todos os demais réus que não podem se valer de semelhante benefício, embora, por vezes, tenham cometido delitos menos gravosos.

O combate ao crime organizado não pode ser feito como nos tempos mais venturosos do século passado. Os altíssimos índices de criminalidade e explosão de processos criminais envolvendo essa peculiar prática criminosas são fenômenos que explicam um tratamento próprio e diferenciado. Daí a admissão da figura do corréu colaborador para determinados delitos e não, nesse momento da história do nosso direito, para outros.

O argumento que sugere a criação de uma classe de excluídos é, de todo modo, especioso. **Já é tempo de se ampliar no Brasil as formas de consenso, admitindo-as a** qualquer espécie de crime, tornando nossa Justiça, de uma maneira geral, mais célere e menos burocrática. Em outras palavras, para se evitar a criação de uma "classe de excluídos" é recomendável a ampliação da Justiça Consensual e não o contrário.

É inegável, outrossim, que o compromisso de corréu colaborador é inócuo, no entanto ele assume, com a delação, a condição de beneficiário de um prêmio penal ou processual. Isso não torna, entretanto, *a priori*, suas declarações imprestáveis.

Convém lembrar que o interrogatório tem característica marcante de fonte de prova (significando que tudo quanto for alegado no seu bojo deve ser objeto de comprovação) e o réu, prestando ou não compromisso, não tem o direito de mentir para imputar falsamente a outrem, por mera vingança, espírito de emulação ou benefício pecuniário, a prática de crime, sob pena de responder criminalmente por esse ato (calúnia ou denúncia caluniosa, além de crime específico prescrito pela Lei 12.850/2013)⁶⁵.

64 BRITO, Alexis Augusto Couto de. *Execução Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 374.

65 Dispõe o artigo 19 da Lei das Organizações Criminosas que: Art. 19. Imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas:

Não se pode perder de vista também que delator se coloca em situação de risco, especialmente quando presta informações relacionadas a organizações criminosas marcadas pela violência, e nem sempre conta com um sistema eficaz de proteção pelo Estado.⁶⁶ É bem verdade que a Lei 12.850/03 prevê sistemas de proteção ao colaborador, que, no entanto, em nosso país, não tem se mostrado de todo eficaz.

Ademais, pelo sistema adotado em nosso processo, o juiz tem a mais ampla liberdade para a valoração da prova, no caminho mental que percorrer para a formação da sua livre convicção, mas também terá o ônus de fundamentá-la, o que lhe permite afastar uma delação infundada e revanchista.

É inegável, por fim, que o corréu delator abre mão do privilégio contra a autoincriminação. Isso não significa, entretanto, que esteja abdicando ao constitucional direito à autodefesa, que é exercido de maneira multifacetária, inclusive com a admissão de culpa para buscar a atenuação da sanção ou a própria extinção da pena. Além disso, a delação premiada não é compulsória, depende de consenso, de convergência de vontades.

Também não procede, *concessa venia*, a alegação de que o consenso, expresso, neste caso, pela colaboração premiada, represente uma ofensa aos axiomas processuais do garantismo.

Com efeito, o acordo detalhado de colaboração premiada, para ser válido, deve passar pelo crivo do Poder Judiciário. O Juiz de Direito não só deverá entrevistar-se com o agente colaborador, como poderá, principalmente, deixar de homologar o acordo, o que afasta a alegação de violação à jurisdicionalidade, indeclinabilidade de jurisdição e ausência de fundamentação.

Também não se cogita violação ao princípio do estado de inocência e tampouco o colaborador é coagido a encetar acordos não vantajosos, pois não raro é assistido por defensores despreparados e com pouco empenho.

Embora o espaço reservado à presente abordagem não permita uma análise mais aprofundada do tema, as asserções acima decorrem de dois aspectos que precisam ser melhor compreendidos, a saber: não se pode negar, mesmo no processo penal, o poder dispositivo da parte e, em nosso país, o réu não é coagido a aceitar acordos desvantajosos (ou até mesmo ilegais), já que nosso sistema não é plasmado no *adversarial system* e sim no *inquisitorial system*, que permite ao magistrado o controle dos termos do acordo, suprimindo eventual hipossuficiência do acusado.

Além disso, notadamente no estado de São Paulo, réus hipossuficientes são assistidos pela Defensoria Pública, que vem se estruturando mais e mais a cada dia, contando ainda com um corpo destacado de competentes e incansáveis profissio-

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

66 No Brasil, a Lei 9.807/99 dispõe sobre as medidas de proteção a vítimas e testemunhas, elencando-as no seu art. 8º. O art. 15 da Lei estende seus efeitos ao colaborador, na prisão ou fora desta. Apesar disso, o Estado nem sempre conta com aparato eficiente para dar concreção às medidas protetivas prevista nesta Lei Especial.

nais. Apenas a título de exemplo, é no mínimo inusitado afirmar-se que os protagonistas da conhecida “operação Lava Jato” sejam hipossuficientes defendidos por profissionais despreparados.

De resto, o acusado no processo penal não pode ser alijado da sua autodeeterminação. Não se trata de um ente desprovido de vontade e que não tem a capacidade de avaliar, para ele próprio, qual seria a melhor e mais conveniente maneira de enfrentar a opção Estatal em face da via reativa adotada, isto é, o consenso ou o conflito.

Feitas essas breves observações, não há como negar o valor probatório das declarações de corréu colaborador sem que se verifique violação às garantias que emanam do devido processo legal e dignidade de pessoa humana.

CONCLUSÃO

Vivemos há vários anos uma verdadeira crise na Justiça Criminal, que só tende a se agravar, pois as soluções que têm sido buscadas não se mostram amplas, eficientes ou adequadas. A ciência jurídica processual, está em constante evolução e cada vez mais se preocupa com a sedimentação de seus princípios e regras fundamentais, buscando novos rumos e a efetividade do processo (Scarance Fernandes). No entanto, há um notório descompasso entre o excesso de teorização do direito processual e sua eficiência prática, como se o processo pudesse ser tomado puramente num tom fenomênico, dissociado da realidade vivida.

Os métodos de coleta de prova (desde os elementos hauridos na fase investigatória até a prova produzida sob o pálio do contraditório, com rígidas regras pautadas no garantismo) e os clássicos procedimentos para se chegar à aplicação da *sanctio juris*, adotados no Brasil, já não atendem à constante evolução e sofisticação das práticas ilícitas, as quais, no que concerne às organizações criminosas, são bastante diversificadas. Não se desconhece que, no fundo, todas elas visam a um objetivo comum: o acúmulo de riqueza e o domínio do poder econômico. Quanto aos métodos utilizados para tais desideratos, no entanto, elas se diferenciam: há organizações que criminosas que centram suas atividades em sofisticadas fraudes financeiras, com sistemas de cooptação de autoridades públicas; troca de favores; subfaturamentos; desvio de dinheiro público. Qualquer que seja o método utilizado, um fato parece óbvio: o combate a esse tipo de atuação não se faz com métodos e regras tradicionais inerentes a outras formas de criminalidade. Exige inteligência, criatividade, adaptação e, mais do que isso, organismos repressivos fortes, bem aparelhados tecnologicamente e que gozem de independência na sua atuação;

Em nosso país, como se sabe, as medidas consensuais foram mais largamente utilizadas a partir da edição da Lei dos Juizados Especiais, com a criação dos institutos da suspensão condicional do processo e transação penal, aplicados, respectivamente, às infrações de médio e pequeno potencial ofensivo, bem como pela previsão de uma audiência preliminar, na qual se prevê, em caráter cogente, uma

fase de tentativa de conciliação civil. Não se pense, entretanto, que os métodos da chamada Justiça Consensual só tenham eficácia e importância para as infrações de menor potencial ofensivo. Tampouco é correto afirmar-se que a Justiça Consensual só tenha incidência restrita à Lei nº 9.099/95. É possível a sua adoção, como instrumento complementar de grande eficácia para o desmantelamento de organizações criminosas e a descoberta de suas técnicas ilícitas. Exemplo disso é a previsão, em nosso ordenamento, da colaboração premiada;

O combate ao crime organizado não pode ser feito como nos tempos mais venturosos do século passado. Os altíssimos índices de criminalidade e explosão de processos criminais envolvendo essa peculiar prática criminosa são fenômenos que explicam um tratamento próprio e diferenciado. Daí a admissão da figura do corréu colaborador para determinados delitos e não, nesse momento da história do nosso direito, para outros. O argumento que sugere a criação de uma classe de excluídos é especioso: já é tempo de se ampliar no Brasil as formas de consenso, admitindo-as a qualquer espécie de crime, tornando nossa Justiça mais célere e menos burocrática. É recomendável a ampliação da Justiça Consensual e não o contrário;

Há um componente processual e empírico de suma importância para a validade da prova: não basta que o colaborador admita sua participação e delate terceiros, deve fornecer elementos concretos indicativos da responsabilidade criminal dos delatados ou, em outras palavras, o conteúdo assertivo do seu interrogatório deve ser pertinente e, principalmente, relevante. Essas especiais circunstâncias, por si sós, já são suficientes para afastar a delação realizada por mero sentimento de vingança, sem base nem fundamento. A confissão do colaborador deve ser feita na presença do juiz (característica da judicialidade) e sob o pálio do contraditório, ou seja, na presença dos advogados dos demais réus, que, assim, poderão eficazmente contrariá-lo, preservando a dialética do processo de estrutura acusatória.

O compromisso de corréu colaborador é inócuo, no entanto ele assume, com a delação, a condição de beneficiário de um prêmio penal ou processual. Isso não torna, entretanto, *a priori*, suas declarações imprestáveis. Convém lembrar que o interrogatório tem característica marcante de fonte de prova (significando que tudo quanto for alegado no seu bojo deve ser objeto de comprovação) e o réu, prestando ou não compromisso, não tem o direito de mentir para imputar falsamente a outrem, por mera vingança, espírito de emulação ou benefício pecuniário, a prática de crime, sob pena de responder criminalmente por esse ato (calúnia ou denúncia caluniosa).

O corréu delator abre mão do privilégio contra a autoincriminação. Isto não significa, entretanto, que esteja abdicando ao constitucional direito à autodefesa, que é exercido de maneira multifacetária, inclusive com a admissão de culpa para buscar a atenuação da sanção ou a própria extinção da pena. Além disso, a delação premiada não é compulsória, depende de consenso, de convergência de vontades.

Não se pode negar, mesmo no processo penal, o poder dispositivo da parte e, em nosso país, o réu não é coagido a aceitar acordos desvantajosos (ou até mes-

mo ilegais), já que nosso sistema não é plasmado no *adversarial system* e sim no *inquisitorial system*, que permite ao magistrado o controle dos termos do acordo, suprindo eventual hipossuficiência do acusado. Além disso, notadamente no estado de São Paulo, réus hipossuficientes são assistidos pela Defensoria Pública, que vem se estruturando mais e mais a cada dia, contando ainda com um corpo destacado de competentes e incansáveis profissionais.

Não há incompatibilidade entre o processo penal consensual (e as medidas dele decorrentes) com os axiomas processuais penais do garantismo;

O acusado no processo penal não pode ser alijado da sua autodeterminação. Não se trata de um ente desprovido de vontade e que não tem a capacidade de avaliar, para ele próprio, qual seria a melhor e mais conveniente maneira de enfrentar a opção Estatal em face da via reativa adotada, isto é, o consenso ou o conflito.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea Bargaining*. Coimbra: Almedina, 2007.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Ação Penal: análises e confrontos*, São Paulo, Saraiva, 1938.

ANDRADE, Manoel da Costa. *O Novo Código de Processo Penal: consenso e oportunidade*. Coimbra: Almedina, 1988.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio Constitucional da eficiência administrativa*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Penal y Procesal*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1977.

BRITO, Alexis Augusto Couto de. *Execução Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

BUSANA, Dante; GRINOVER, Ada Pellegrini. (Coord.). *Execução Penal* (série estudos jurídicos 03). Rio de Janeiro: Max Limonad, 1987.

CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Padova: CEDAM, 1933, v. 2.

CARVALHO, Paulo Pinto de. Uma incursão no Ministério Público à Luz do Direito Comparado: França, Itália, Alemanha, América do Norte e União Soviética. In: MORAES, Voltaire de Lima. (Org.). *Ministério Público, Direito e Sociedade*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1986.

CERVINI, Raul; GOMES, Luiz Flávio e TERRA DE OLIVEIRA, William. *Lei de Lavagem de Capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CERVINI, Raul e GOMES, Luiz Flávio. *Crime Organizado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CONSO, Giovanni. *Procedimento Penal ou Direito Processual Penal*. Revista dos Tribunais, 74(595):287, abr./1985.

CURRIE, David P. *Introducción a la Constitución de los Estados Unidos*. Buenos Aires: Zavalía, 1993.

DAVIS, Kenneth Culp. *Discretionary Justice: a preliminary inquiry*. Chicago: Illinois Books Edition, 1971.

DEMERCIAN, Pedro Henrique e MALULY, Jorge Assaf. *Curso de Processo Penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. *Apontamentos sobre o crime organizado, a Justiça Consensual e o valor probatório das declarações do corréu*. In: MESSA, Ana Flávia;

CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. (Coords.). *Organizações Criminosas*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Regime Jurídico do Ministério Público no Processo Penal*. São Paulo: Verbatim, 2009.

_____. *A Oralidade no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 1999.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro anotado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980, t. 1, v. 2.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Introdução ao Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2010.

FEELEY. The Adversary System. In: *Encyclopedia of the American Judicial System*. New York: Robert J. Janosik Editor, 1987, v. 3.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: uma teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FLORIAN, Eugenio. *De las pruebas penales*. Bogotá: Ed. TEMIS, 1968, t. 1.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza, 1993.

GOMEZ-COLOMER, Juan Luis. *El Processo Penal Aleman - Introducción y Normas Básicas*, Barcelona: BOSCH, 1985.

GOSSEL, Karl Heinz. *El Derecho Procesal Penal en el Estado de Derecho*. Buenos Aires: Rubinzal-Cuzoni, 2007.

GRANADOS, Francisco. *El Ministério Fiscal (Del presente al futuro)*. Madrid: Editorial Tecnos, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Procedimentos Sumários em Matéria Penal. In: PENTEADO, Jaques de Camargo. (Coord.). *Justiça Penal: crimes hediondos, erro em direito penal e juizados especiais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993.

_____. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, (27):71-79.

_____. *Liberdades Públicas e Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BUSANA, Dante. (Coord.). *Execução Penal* (série estudos jurídicos 03). Rio de Janeiro: Max Limonad, 1987.

GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão Condicional do Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul; TERRA DE OLIVEIRA, William. *Lei de Lavagem de Capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raul. *Crime Organizado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

HALL, Daniel E. *Criminal Law and Procedure*. 2. ed. Albany: West Publishing, 1996.

HEUMANN, Milton. *Plea Bargaining*. Encyclopedia of the American Judicial System. New York: Robert J. Janosik Editor. 1987.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

KINZLER, Caroline Moraes. A Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. In: *Estudos de Sociologia*. Araraquara, 16, 123-136, 2004.

LAFAVE, Wayne R.; ISRAEL, Jerold H. *Criminal Procedure*. Saint Paul: West Publishing, 1992.

MALULY, Jorge Assaf; DEMERCIAN, Pedro Henrique. *Curso de Processo Penal*. 6. ed. Rio: Forense, 2010.

MALULY, Jorge Assaf. *Denúnciação Caluniosa*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000, v. 1.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 6. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1957.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual: sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Os poderes do Juiz na direção e instrução do processo. In: *Temas de Direito Processual* (quarta série). São Paulo: Saraiva, 1989.

MOURA, Maria Theresa Assis. *A Prova por Indícios no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Gilberto Callado de. *O Conceito de Acusação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes Eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

RODRIGUES-GARCIA, Nicolas. A Justiça Penal e as Formas de Transação no Direito norte-americano: repercussões. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 04(13):79-92, jan./mar., 1996.

ROSA, Alexandre de Moraes. *Processo Penal Eficiente? Não, obrigado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. *O consenso na justiça penal brasileira*. Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br/dados>>. Acesso em: 18 jun. 2011.

_____. O equilíbrio na repressão do crime organizado. In: _____; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. *Crime Organizado - Aspectos Processuais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Processo Penal Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Teoria Geral do Procedimento e Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. (Coord.). Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In: _____. *Sigilo no Processo Penal: Eficiência e Garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime Organizado (procedimento probatório)*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 15.

SILVEIRA, Marcelo Deiro Prates da. Efeitos da Globalização e da Sociedade em Rede Via Internet na Formação de Identidades Contemporâneas. In: *Psicologia, Ciência e Profissão*, 2004, 24(4): 42-52.

SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime Organizado - Procedimento probatório*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

SMANIO, Gianpaolo P.; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Introdução ao Direito Penal*. São Paulo, Atlas, 2010.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto – as garantias constitucionais?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TERRA DE OLIVEIRA, William; CERVINI, Raul; GOMES, Luiz Flavio. *Lei de Lavagem de Capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 29.

TUCCI, José Rogério; TUCCI, Rogério Lauria. *O Devido Processo Legal e a Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

AS INSTITUIÇÕES DE LONGA PERMANÊNCIA PARA
IDOSOS SOB A PERSPECTIVA DE UM NOVO MODELO

*THE LONG-TERM INSTITUTIONS FOR ELDERLY PEOPLE
UNDER THE PERSPECTIVE OF A NEW MODEL*

Maricelma Rita Maleiro

Promotora de Justiça integrante do Ministério Público do Estado de São Paulo. Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

RESUMO

As instituições de longa permanência para idosos são vocacionadas a prestar um serviço de natureza híbrida. A assistência social e a saúde são essenciais para atender às necessidades dos residentes. Apesar de a Constituição Federal preceituar os direitos fundamentais das pessoas idosas, no campo dos direitos sociais, e o Estatuto do Idoso prescrever as normas que regem o serviço integral de atendimento, dentre as quais a saúde e a assistência social, a efetivação do direito à saúde parece estar mais voltada àqueles que residem em seus lares do que aos residentes de entidades. Várias hipóteses serão levantadas neste artigo para tentar explicar porque o novo modelo de atendimento de longa duração proposto pelo Estatuto do Idoso, em especial às entidades não governamentais sem fins lucrativos, ainda não substituiu o antigo. A primeira são as representações baseadas no histórico do serviço no Brasil, relegado à benevolência cristã. Os ruídos de comunicação, advindos da interdisciplinaridade do tema, prejudicam os avanços voltados à gestão compartilhada. O desconhecimento da hierarquia dos atos normativos no sistema jurídico pelos agentes executivos referenciadores e fiscalizadores e a inexistência de regulamentação administrativa da saúde inibem a efetivação constitucional.

PALAVRAS-CHAVE

Instituição de longa permanência para idoso; ILPI; entidade de atendimento de longa permanência; idoso; sistema jurídico.

ABSTRACT

The long-term care institutions for elderly people are dedicated to providing a hybrid nature service. The social assistance and the healthcare are essential to satisfy the needs of residents. Although the Brazilian Constitution prescribes the fundamental rights of elderly people, in the field of social rights, and the Elderly People Statute prescribes the norms that rules the integral service of care, some of them healthcare and social assistance, the effectiveness of health right seems to be more oriented to those who lives in their houses than oriented to entities' residents. Several hypotheses will be raised in this article in order to try to explain why the new long-term care model proposed by the Statute of the Elderly, especially non-governmental and non-profit entities, has not yet replaced the old one. The first is the representations based on history of service in Brazil, relegated to Christian benevolence. The communications noises, which comes from the interdisciplinarity of the theme, undermines the advances oriented to shared management. The lack of knowledge about the hierarchy of normative acts in the legal system by the executive agents and inspectors and the lack of administrative regulation of healthcare inhibit constitutional enforcement.

KEYWORDS

Long-term care institutions for elderly; LTCI; long-term care entity; elderly; legal system.

SUMÁRIO

Introdução. 1. Memória do atendimento e representações sociais. 2. Terminologia de designação do serviço. 3. Sistema jurídico. 4. Hierarquia no sistema jurídico. 5. Percepção crítica da regulação normativa. 6. Natureza híbrida do serviço. 7. Desafios de implantar o novo modelo e o papel da fiscalização. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A institucionalização das pessoas idosas, aos olhos do legislador e do operador do Direito, parece ser um tema contemporâneo e ligado à crescente realidade da longevidade humana e ao processo de envelhecimento populacional no Brasil. A vulnerabilidade e a fragilidade funcional em decorrência da idade, a despeito da ausência do reconhecimento estatal, sempre esteve à vista da sociedade.

A edição do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741), em 2003, supriu satisfatoriamente a lacuna existente até então, quebrando um silêncio tão reprimido quanto o daqueles que aceitaram calados o peso do desamparo institucional nos moldes disponibilizados. A pessoa idosa foi definitivamente inserida na agenda nacional.

O despertar veio, mas a perplexidade é ainda presente, mesmo após doze anos do marco legislativo. Pouca literatura jurídica específica foi produzida a respeito do serviço de atendimento integral ao idoso, para contribuir no esclarecimento de tantos aspectos nebulosos e formas e modos de atuação da sociedade, da família e do Estado, chamada à solidariedade.

Em contrário a essa inibição da área jurídica, a presença maciça de artigos e trabalhos acadêmicos nas áreas da enfermagem, psicologia, assistência social e terapia ocupacional demonstra a preocupação de profissionais e pesquisadores nos setores da saúde e da assistência social, em relação ao tema. A gerontologia aponta para a interdisciplinaridade, como fator a ser considerado na reflexão sobre a pessoa idosa, o processo de envelhecimento e, não se pode deixar de excluir, o atendimento integral institucional prestado de forma governamental ou não governamental (com ou sem fins lucrativos).

Ao se falar em assunto comum a vários ramos do conhecimento, se tocam na questão da comunicação e nos inevitáveis ruídos semânticos decorrentes do emprego de terminologias, jargões, diferenças idiomáticas, ou instrumentais de abordagem da linguagem própria de cada ramo de conhecimento.

Os ruídos de comunicação na abordagem interdisciplinar do atendimento de longa duração pode ser um empecilho nos resultados da fiscalização. Encontros e desencontros são comuns na labuta conjunta interdisciplinar e o aprimoramento deve ser uma meta contínua. Vários são os integrantes desse corpo de monitoramento, destacando-se o promotor de justiça, os técnicos da Vigilância Sanitária, os assistentes sociais e psicólogos, dentre outros profissionais atuantes junto à rede protetiva, os representantes de diversos setores da área governamental e os conselheiros civis dos Conselhos de Idosos. Algumas vezes, representantes das universidades e dos Conselhos de classes profissionais também são convidados a integrar do processo, de modo colaborativo.

A diversidade da natureza jurídica de constituição das pessoas jurídicas que desenvolvem o serviço, públicas ou privadas, e essas, na forma de sociedades, associações ou fundações, torna mais complexa a compreensão e a noção sobre as exigências legais, como é o caso da aplicação do Direito do Consumidor.

A despeito do enfoque jurídico, este artigo foi pensado e se pretende dirigi-lo a esse segmento de agentes estatais e representantes da sociedade civil, que exercem o papel de garantidores da efetividade constitucional e legal dos direitos dos residentes em instituição de longa permanência. Os propósitos de lançar alguns desafios jurídicos são acompanhados de votos de resignificação do atendimento e se referem ao serviço com ou sem finalidade lucrativa. O Estatuto do Idoso não diferencia o atendimento, mas outros ramos do direito, como o do consumo, poderão compor o complexo de instrumentos, para avaliação do atendimento do idoso.

O rol de direitos dos residentes é extenso. As garantias são voltadas à vida, à saúde, à alimentação, às atividades educativas, esportivas, culturais e de lazer, à cidadania, à preservação dos vínculos familiares, à convivência comunitária, à manutenção da individualidade, ao ambiente físico adequado, em condições de liberdade, respeito e dignidade.

A se valer da avaliação intuitiva relacionada à militância, se pode dizer que esse rol de direitos mais se parece com um conjunto de aspirações dirigidas a um futuro mais promissor.

Poucos estudos foram produzidos sobre a estrutura e qualidade dos serviços de atendimento integral de longa permanência. No paradigmático estudo científico produzido pelo IPEA, publicado em 2010, se estudou dados por regiões político-administrativas brasileiras, com indicadores do perfil das instituições de longa permanência para idosos¹ e a tendência é de crescimento do setor. As iniciativas de levantamentos estatísticos sobre as entidades e os idosos atendidos ainda são incipientes, mas já sinalizam a preocupação de que o diagnóstico é parte essencial e prejudicial a qualquer planejamento.² O que temos pela frente? Como os órgãos fiscalizadores

1 Os indicadores referiram-se às características dos idosos residentes, as condições de infraestrutura, os serviços oferecidos, a composição de gastos e os recursos com que contavam (humanos, financeiros e parcerias). Os indicadores foram resultado de pesquisa específica apoiada por diversos órgãos nos anos de 2008 e 2009. Metodologicamente, o trabalho iniciou-se com o levantamento de literatura e atos normativos aplicáveis, seguindo-se a fase de elaboração de questionário autoaplicável às entidades. Com base em um cadastro preparado para tal fim, mediante levantamento no setor público de todas as esferas político-administrativas, cadastros telefônicos, mídia, dentre outras fontes informais, se obteve a identificação de ILPIs, das quais a maior parte respondeu ao questionário.

2 O Ministério Público do Estado de São Paulo consolidou, em 2015, as informações prestadas pelos promotores de justiça com atribuição na área de fiscalização das instituições de longa permanência para idosos, para cumprimento do Ato Normativo PGJ-CGMP nº 857, de 24 de novembro de 2014. A base de dados reuniu o número de equipamentos prestadores de serviços; a natureza jurídica do serviço prestado (governamental, não governamental com ou sem fins lucrativos); a modalidade de atendimento (ILPI, casa lar, outros) e o número de idosos atendidos por gênero. Apurou-se que no Estado de São Paulo há 1.285 (90%) ILPIs, 66 (5%) casas lares e 33(2%) entidades diversas das anteriores, evidenciando que poderão tratar-se das instituições mistas de atendimento de vários segmentos populacionais, totalizando apuração de existência de 1.423 entidades. Sob o enfoque populacional geral, os dados dos relatórios informam a existência de 35.591 pessoas idosas institucionalizadas no Estado de São Paulo. Das 1.423 entidades apuradas no Estado, 781(55%) são particulares, demonstrando a superveniência lucrativa no serviço, 472 (33%) são filantrópicas e, em número reduzido, 31 (2%) das instituições levantadas são públicas. Considerando as informações, 12.714 (36%) residentes são homens e 17.905 (50%) são

devem se organizar internamente para responder à demanda atual e a futura? Como superar a cultura da atuação administrativa individualizada, para se repensar em um modelo integrado extracelular?

As análises demográficas são fartas e as projeções do crescimento populacional do segmento Idoso são preocupantes, a exemplo do estudo mais recente apresentado pelo IPEA (CAMARANO, 2014, p. 619):

As projeções apresentadas por Camarano e Kanso (2010) apontam para uma necessidade urgente de investimentos a fim de ampliar a oferta de leitos nas instituições brasileiras. Se as projeções se confirmarem, pode-se esperar, para os próximos dez anos, um crescimento no número de idosos demandantes de cuidados não familiares que poderá variar de 100% a 500%. Isso significa que, para atender a esta demanda, o número de leitos nas instituições terá de, no mínimo, dobrar.

Pressupondo os ruídos de comunicação de origem semântica, certa incompreensão das normas jurídicas aplicáveis às ILPIs e do sistema hierárquico normativo a que estão inseridas, neste artigo é proposto, em algumas seções, uma breve memória sobre o atendimento institucional de idosos; algumas reflexões técnicas sobre o serviço, que influenciaram a regulamentação legal e registram a nomenclatura aceita interdisciplinarmente; o sistema jurídico e a metodologia de relação hierárquica dentre os atos normativos; a localização topográfica e crítica da regulamentação das ILPIs no ordenamento jurídico brasileiro; algumas ideias voltadas ao consenso interpretativo sobre a natureza do serviço de longa permanência, para a compreensão das aparentes incongruências e a implantação do novo modelo de atendimento.

1. MEMÓRIA DO ATENDIMENTO E REPRESENTAÇÕES SOCIAIS

A caridade cristã, por meio das entidades assistenciais vinculadas à Igreja, dentre as quais as Santas Casas de Misericórdia, foi a responsável pelas ações voltadas ao cuidado dos menos validos, durante o período colonial no Brasil. Ausente qualquer proteção social, os idosos, os pobres, os doentes mentais, os incapazes para o trabalho, os deficientes eram cuidados da mesma forma em um espaço asilar. Ao mesmo tempo, visava ao amparo e segregava socialmente.

Ao longo do século XIX, as categorias de atendidos foram paulatinamente recortadas da massa genérica da população de rua. Sobretudo a partir do regime republicano, as mudanças sociais criaram condições de um novo olhar para a velhice. A influência da doutrina positivista abriu campo para que uma nova família fosse o

mulheres atendidas pelo serviço de longa permanência (casa lar, ILPI e outros), informando, no geral, a prevalência da população feminina sobre a masculina. (Ministério Público do Estado de São Paulo, 2015).

pilar do conceito de pátria. A modernidade era uma aspiração e a expansão urbana reclamava infraestrutura. Paulatinamente a modernidade passou a ser implantada. Esse processo não pode evitar que um espaço de tensão fosse tomando corpo e permitisse que o outro começasse a ser identificado. Ao lado do cidadão idealizado pela elite dominante, o pobre, o doente, o louco, o órfão e o velho se tornaram visíveis (HECKER, 2014, p. 49-51).

O Asilo de Mendicidade inaugurado pelo Imperador Pedro II, em 1879, recebeu regulamentação por meio de um Decreto Imperial de 1884, o qual definia as classes de desvalidos que poderiam nele receber atendimento (*apud* CHRISTOPHE, 2009, p. 36):

os menores de 14 anos abandonados e ociosos; os indigentes, os velhos e os incapazes, que recorriam à caridade dos transeuntes; os que se apresentassem espontaneamente, provando indigência, e os alienados, que não podiam ser recebidos no Hospício D. Pedro II.

Somente no século XX é que a velhice ganhou contornos de desamparo merecedor de assistência e programas de renda. A partir de 1960, a organização da sociedade civil, das associações científicas e de grupos políticos, com destaque da Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia-SBGG e do Serviço Social do Comércio (SESC), é que a ação assistencial não asilar passou a ocupar a agenda nacional (CHRISTOPHE, 2009). A partir da década de 1970, as representações sociais sobre a velhice no Brasil recebem interferências estrangeiras e a influência da expansão dos benefícios previdenciários ganha terreno propício para uma benéfica alteração (CREUTZBERG, 2008).

No histórico do processo de amparo asilar, a Sociedade de São Vicente de Paulo (SSVP) foi, seguramente, a organização religiosa que mais se empenhou no postulado dirigido às pessoas vítimas da exclusão e da adversidade ambiental do descaso. Até hoje, a promoção da santificação de seus membros, por meio da prática da caridade, garante a presença da SSVP em 140 países nos dias de hoje e o Brasil conta com o maior número de membros do mundo. A SSVP é detentora da maior rede de atendimento de longa permanência no setor não governamental no Brasil (REGRAS, 2007, p. 17, 238, 242-243).

A ausência do financiamento do Estado e o forte empenho benevolente podem explicar as representações sociais³ das pessoas idosas atendidas institucional-

3 As representações sociais decorrem da capacidade mental dos indivíduos voltada para a apreensão do cotidiano à sua volta, de sorte a conferir uma significação instrumentalizada pela linguagem, de forma coletiva. Segundo ROCHA (2014), o instrumento utilizado pelos indivíduos para atribuir significação às suas realidades é a linguagem. A significação é a representação social, produzida de forma coletiva pela sociedade. O indivíduo labora em um processo de apropriação das significações historicamente produzidas pela sociedade, transformando-as de acordo com suas necessidades e particularidades psíquicas, objetivando-as como parte de seu pensamento cotidiano, presentes os aspectos culturais, cognitivos e valorativos... As representações sociais são encontradas nas reuniões públicas, nos cafés, nas ruas, nos

mente, das famílias desses idosos e dos serviços de cuidados de longa permanência, que permeiam o imaginário ainda hoje no Brasil. Com o alcance da faixa etária mais elevada, o idoso que não conta com recursos, suporte familiar, ou cuidador para a atenção que necessita, depende do serviço institucional e se torna um receptor (objeto) da caridade alheia. As instituições favorecem uma representação paralela aos manicômios, por seu modelo de organização formal centralizada e de manutenção de rotinas coletivas diárias rígidas, que não estimulam um olhar individualizado de atendimento e não propiciam liberdade de circulação. A perspectiva assistencialista dos asilos determina a homogeneização dos idosos, a percepção da velhice como degeneração e decadência e a infantilização do idoso institucionalizado. Isso vem garantindo, em termos de concepção do imaginário, a manutenção da ideia de que se trata de depósito de pessoas excluídas da convivência social. Os familiares, independentemente dos vínculos criados e mantidos com o idoso abrigado ao longo de suas vidas e das razões que impediram a manutenção do idoso em seu lar, são associados a pessoas que abandonaram, negligenciaram ou praticaram violência contra os seus parentes idosos. O sentimento de culpa e de vergonha acompanha o familiar, que não pode atender às necessidades do ente idoso em seu lar.

Esse quadro de significação negativa sobre o viver em espaços coletivos de idosos é reforçado pela mídia. Como bem enfatizou Creutzberg, Gonçalves, Sobbotka (2008), as publicações científicas não são acessíveis à população e na mídia as matérias jornalísticas não suscitam um debate profundo. Sobre as entidades, reforçam os aspectos negativos das instituições de idosos, apresentando notícias de situações de descaso, maus-tratos, abandono, mesmo quando há esforços de adequação à nova realidade de exigências. Essa exploração do imaginário da sociedade brasileira não contribuiu para a mudança de paradigma sobre a velhice e a velhice que pode contar com cuidados formais institucionais.

Se residir em uma instituição não é um fato comum ou socialmente aceitável na sociedade brasileira, vários fatores vêm garantindo a permanência do serviço de atendimento institucional do idoso na agenda familiar, social e jurídica no Brasil, como a necessidade de moradia, inexistência de cuidadores informais (familiares), carência de recursos, solidão, incapacidade funcional, comprometimento cognitivo e/ou ausência de suporte familiar.

A realidade social contemporânea vem indicando que a existência de uma estrutura externa de cuidados, em especial os de longa duração, atenderá inevitavelmente a população idosa, que não conta com respaldo familiar, para desempenhar cuidados informais. A história da formalização dos cuidados tem uma natural relação com a história da família e especialmente da posição da mulher no mercado de trabalho, com o abandono clássico de cuidadora natural de seus familiares. As

meios de comunicação, nas instituições sociais, enfim, no encontro público de atores sociais e nos espaços em que os sujeitos sociais se reúnem para falar e dar sentido ao cotidiano (JOVCHELOVITCH, 2000).

instituições de longa permanência para idosos continuarão a oferecer serviços de residência coletiva ou de cuidados a certas fragilidades funcionais ou cognitivas (CAMARANO, 2010) em escala crescente e proporcional ao acréscimo do envelhecimento populacional. O serviço deverá sofrer um acelerado processo de profissionalização e qualificação para se pautar adequadamente na agenda nacional.

2. TERMINOLOGIA DE DESIGNAÇÃO DO SERVIÇO

O termo *asilo* predominou a designação corrente do serviço antes da Constituição Federal de 1988. Christophe (2009), citando Rezende (2002), explica que o vocábulo *asilo* deriva-se etimologicamente do grego *asylon* e *pelo latim asylum*. Por ele se compreende um espaço de abrigo ou refúgio, com o sentido de lugar inviolável, retido em um espaço físico segregado, marcando, assim, a proposta subjacente de exclusão dos internos com o contato externo.

Sem menção nos preceitos da Constituição Federal de 1988, a Portaria MS nº 810, editada em 1989, inaugurou a regulamentação normativa do atendimento de longa duração, embora em termos administrativos, designando-o como casas de repouso, clínicas geriátricas e instituições similares. A Portaria MPAS nº 2.854/2000 referiu-se a diversas designações para ensaiar a regulamentação do atendimento institucional. Os serviços formais de atendimento de longa duração receberam a primeira menção em texto legal como “atendimento asilar” e “clínicas geriátricas e similares”, com recorte para o direcionamento do tema às áreas de assistência social e saúde, por meio da Lei nº 8.842, de 04 de janeiro de 1994. A regulamentação dessa lei veiculada no Decreto nº 1948, de 03 de julho de 1996, no entanto, firmou o serviço sob o enfoque estrito da assistência social e como modalidades “asilar” e “não asilar”.

A designação do serviço institucional de idosos foi consagrada pelo uso corrente de longa data como asilos, casas de repouso, lar de idosos, clínicas geriátricas e ancionatos, alguns deles reforçados pela regulamentação administrativa, dentro do contexto negativo de representações sociais ligadas à antiga concepção do serviço.

A Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia (SBGG) propôs a denominação *instituição de longa permanência para idosos* – ILPI, em tradução livre do termo inglês “Long Term Care Institution” (CREUTZBERGA et al, 2008)⁴, alterando

4 O “Manual de Funcionamento das Instituições de Longa Permanência para Idosos”, elaborado após um ciclo de discussões entre maio de 2000 a abril de 2001, por uma equipe multiprofissional, teve o propósito de oferecer subsídios técnicos geronto-geriátricos, visando à melhoria do atendimento, e foi responsável pela propagação da denominação nas diversas áreas técnicas que lidam com o assunto. A SBGG, SP, trouxe a seguinte definição, mais ampla do que a contida nos antigos “asilos” citada por CHRISTOPHE (2009, apud Born e Boechat, 2006): “As ILPIs são estabelecimentos para atendimento integral institucional, cujo público-alvo são as pessoas de 60 anos e mais, dependentes ou independentes, que não dispõem de condições para permanecer com a família ou em seu domicílio. Essas instituições, conhecidas por denominações diversas – abrigo, asilo, lar, casa de repouso, clínica geriátrica e ancia-

o paradigma histórico de espaços institucionais de isolamento, e definindo que tais estabelecimentos deverão proporcionar serviços nas áreas social, médica, de psicologia, enfermagem, fisioterapia, terapia ocupacional, odontologia e em outras áreas, conforme as necessidades do público-alvo.

A Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, marco legislativo da regulamentação do atendimento de longa duração, referiu-se ao serviço como *entidades de atendimento ou entidades de atendimento ao idoso com programas de longa permanência* (Título IV, Capítulo II), banindo o termo “asilos”, “casas de repouso” e similares da linguagem técnica intersetorial.

Com a vinda da Resolução RDC nº 283/05 ANVISA, de 26 de setembro de 2005, a denominação lançada anos atrás pela SBBG, “instituição de longa permanência para idosos” ou “ILPI”, é adotada com consagração da designação do serviço nos moldes das representações sociais positivas e pretendidas pela proteção integral à pessoa idosa no texto constitucional.

Neste artigo, *instituições de longa permanência para idosos* ou a abreviatura *ILPI(s)* será empregada indistintamente para se referir à definição pragmática proposta por CAMARANO. Para a autora, *Instituição de longa permanência para idosos*, nos moldes atuais, se trata de uma residência coletiva, que atende tanto idosos independentes em situação de carência de renda e/ou família quanto aqueles com dificuldades para o desempenho das atividades diárias, que necessitem de cuidados prolongados (2010, p. 234).

3. SISTEMA JURÍDICO

A proposta de desenvolver reflexões a respeito das instituições de longa permanência para idosos requer um cuidado especial, diante da peculiaridade normativa que regulamenta o tema e da amplitude interdisciplinar envolvida. O tema é tratado na Constituição Federal, embora de forma programática e residual, na lei de modo regulador e operacionalmente em decretos, resoluções e portarias.

Qual a relação entre os dispositivos de cada um dos textos que tratam do tema que nos interessa (Constituição, Lei, decreto, resolução e portaria)? Todos integram uma *ordenação normativa da conduta*, segundo uma conexão de sentido, diz a doutrina. Se pode dizer que todos esses atos normativos advindos de uma ação estatal *integram o sistema jurídico* (SILVA, 2014). Cada qual possui peculiaridades próprias de forma, competência, objeto e conteúdo, mas todos possuem uma abrangência normativa temporal e espacial e são dirigidas a destinatários certos. A projeção de efeitos de cada um se opera de modo diverso no sistema jurídico.

O Estado brasileiro é um Estado Democrático de Direito, por isso, *todos* se subordinam à Constituição Federal, os particulares e os não particulares.

nato – devem proporcionar serviços na área social, médica, de psicologia, de enfermagem, fisioterapia, terapia ocupacional, odontologia e em outras áreas, conforme necessidades desse segmento etário”.

No estreito propósito deste artigo, se pode dizer que a Constituição é um marco com *status* de supremacia no ordenamento jurídico. Os direitos sociais, como o dos Idosos, foram trazidos como programas na Constituição. Como programas os preceitos constitucionais de direitos sociais são disposições gerais, abertas, com conteúdo indeterminado, abstrato e distante. Por isso, dependem da lei para serem integrados e terem seu conteúdo aplicável na realidade.

O princípio da legalidade está tratado no artigo 5º, inciso II, da Constituição vigente. Lei é “a expressão da vontade geral, que só se materializa num regime de divisão de poderes em que ela seja o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição” (SILVA, 2014, p. 423). Esse princípio traduz a concepção moderna da lei como instrumento de proteção das liberdades individuais (CANOTILHO, 2014). Se o princípio da legalidade garante aos cidadãos que não lhes será imposta conduta, abstenção ou nem proibição, por ato da Administração Pública, senão as previstas em Lei, por outro lado cria direitos e impõe obrigações aos seus destinatários públicos e privados.

As leis são comandos genéricos. Algumas delas poderão não conter todos os elementos necessários para que a Administração Pública possa cumprir o que lhe cabe. A operacionalização integrativa do poder público, para efetivar o conteúdo programático constitucional, é possível pelo poder regulamentar (artigo 84, inciso VI, da Constituição). Ele é atribuído privativamente ao Chefe do Poder Executivo. É o poder de expedir *decreto* “com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública” (MELLO, 2014, p. 351).

Assim como o decreto, as resoluções e portarias⁵ também podem ser expedidas para melhor detalhar operacionalmente o cumprimento da lei aos envolvidos na organização celular da Administração Pública. “Esses atos expressam em minúcia o mandamento abstrato da lei, e o fazem com a mesma normatividade da regra legislativa, embora sejam manifestações tipicamente administrativas” (MEIRELLES, 2015, p. 197). A finalidade dos atos administrativos normativos de explicar ao agente competente como cumprir a Lei, muitas vezes depara com competências administrativas para exigir certos comportamentos dos particulares. É o caso do poder de

5 Os atos administrativos normativos tratados neste artigo podem ser definidos, segundo MEIRELLES (2014):

Decreto (regulamentar): são atos administrativos da competência exclusiva dos chefes do Executivo, destinado a “explicar a lei e facilitar a sua execução, aclarando os seus mandamentos e orientando a sua aplicação” (p. 199).

Resoluções: “são atos administrativos normativos expedidos pelas altas autoridades do Executivo (que não o chefe do Executivo), presidentes dos tribunais, colegiados, para disciplinar matéria de sua competência” (p. 201).

Portarias de conteúdo geral: “atos administrativos internos pelos quais os chefes de órgão, repartições ou serviços expedem determinações gerais ou especiais a seus subordinados” (p. 203).

polícia sanitária⁶, vocacionado à imposição de sanções auto-executáveis e coercíveis, com finalidade de cumprir a determinação legal de fiscalização fundada em interesse social.

Entretanto, os atos administrativos com caráter normativo, como o decreto, as resoluções e portarias, que aqui nos interessam, são atos subordinados e dependentes da Lei que clama por regulamentação (MELLO, 2014, p. 351).

Os destinatários das leis que tratam sobre o atendimento de cuidados prolongados das pessoas idosas são o Estado e as pessoas jurídicas de direito privado (o que se convencionou chamar por entidades filantrópicas e particulares), com objeto social adequado aos princípios e obrigações prescritas no Estatuto do Idoso.

A legislação traçou a política nacional do idoso como vetor nacional para os programas, ações e projetos governamentais, por meio da Lei nº 8.842, em 1994. Em 2003, a Lei nº 10.741 instituiu os direitos fundamentais das pessoas com idade igual ou superior a 60 anos, congregando os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana ao princípio da igualdade. Esse último texto garantiu um *plus* de oportunidades e facilidades aos idosos, para que fosse preservada a saúde física e mental e o aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

O decreto regulamentador da política nacional do idoso e as portarias da assistência social, que tratam das ILPIs atualmente vigentes, se ocupam dos serviços que comporão a execução do atendimento integral do público idoso em um equipamento público ou conveniado e é dirigido aos executores do SUAS. Algumas vezes, o destinatário do ato normativo da administração é o Poder Público, como se acabou de mencionar, outras vezes é o particular. A RDC ANVISA nº 283/05, por exemplo, se dirige a todos os prestadores de serviço de atendimento de longa duração, sejam públicos ou particulares.

4. HIERARQUIA NO SISTEMA JURÍDICO

Para uma compreensão da dimensão jurídica não basta se atentar para a Constituição, as leis e as regras explicativas e com caráter operacional distribuídas em decretos, resoluções e portarias. Para se ter um resultado reflexivo ajustado ao ordenamento jurídico, ou seja, para compreender um tema como integrante do sistema jurídico, a técnica proposta pelos doutrinadores é o mecanismo da convivência hierárquica dos atos normativos.

6 “*Poder de polícia* é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado” (MEIRELLES, 2014, p. 146). A “polícia sanitária dispõe de um elastério muito amplo e necessário à adoção de normas e medidas específicas, requeridas por situações de perigo presente ou futuro que lesem ou ameacem lesar a saúde e a segurança dos indivíduos e da comunidade. Por essa razão o Poder Público dispõe de largo discricionarismo na escolha e imposição das limitações de higiene e segurança em defesa da população” (MEIRELLES, 2014, p. 159).

Os atos normativos não têm a mesma hierarquia, não se situam no plano da horizontalidade uns em relação aos outros, mas sim no plano da verticalidade, à semelhança de uma pirâmide jurídica (CANOTILHO, 1993).

Para o operador do Direito, a metodologia básica de se atentar para as normas constitucionais, a lei e os atos normativos inferiores, por essa ordem hierárquica, é natural no expediente jurídico. Para ele, a Constituição é um marco com *status* de supremacia no ordenamento jurídico e os demais textos normativos, sejam editados pelo Poder Legislativo, como as leis, ou emanados pelo Poder Executivo, como os decretos, resoluções, portarias, não podem contrariar as normas constitucionais. Por sua vez, os comandos da lei não poderão ser confrontados pela regulamentação administrativa contida em decretos, resoluções, portarias, ordens de serviços, etc. Os atos normativos expedidos pela Administração não poderão ser contraditórios entre si nem exceder o quanto regulado pela legislação.

Por que interessa neste tema essa abordagem? A Constituição traça direitos fundamentais inerentes aos seres humanos, alguns destacados às pessoas idosas, sob o recorte social e de forma programática. A Lei nº 10.741/03 preceitua comandos voltados à efetivação desses direitos. Tais comandos são imperativos e sujeitos à coerção jurisdicional. A invocação da atividade jurisdicional é um direito público subjetivo traçado na Constituição, em caso de lesão ou ameaça de direito, seja ele de natureza individual, difusa ou coletiva (artigo 5º, inciso XXXV). A aplicação da lei, se não operada pela Administração ou pelo particular, poderá ter a tutela jurisdicional.

Para o gestor, o técnico da Administração, o agente fiscal, essa postura metodológica é naturalmente desconhecida. Não é para o operador do direito.

A multidisciplinaridade que envolve o tema das entidades de atendimento de idosos em regime de longa duração é uma mescla de difícil manejo relacionado ao sentido normativo do que se fala e como se deverá compreendê-lo.

Não se pode deixar de apontar certas particularidades não jurídicas em algumas situações. A regulamentação administrativa, muitas vezes, imprime dimensões executivas tendenciosas calcadas em interesses políticos e notadamente orçamentários. Como se verá adiante, a regulamentação administrativa do serviço institucional de idosos foi formulada apenas na área da Assistência Social. Os órgãos da administração evidentemente devem cumprir tais normas. O idoso institucionalizado não demanda atenção de saúde?

A incompreensão linguística, pelas apropriações semânticas próprias de cada disciplina, muitas vezes permeia as tentativas de unificação do discurso. As áreas da assistência social, da saúde (Vigilância Sanitária) e o Ministério Público participam desse dilema. O Conselho do Idoso acrescenta uma linguagem não técnica e baseada em compreensões representativas da realidade. A ausência de noção da hierarquia do sistema jurídico opera contrariamente aos interesses da pessoa idosa institucionalizada.

Para dificultar a efetivação da proteção integral no que refere ao tema, há a ausência cultural de gestão compartilhada no campo administrativo, especialmente da assistência social e da saúde.

A seguir, se propõe algumas observações e reflexões dos textos normativos, que tratam do serviço de longa permanência para idosos, sob a concepção hierárquica normativa.

5. PERCEÇÃO CRÍTICA DA REGULAÇÃO NORMATIVA

A existência de atendimento institucional desde a época do Império e a paulatina especialização do atendimento do segmento de idosos pela Igreja e instituições assistenciais, mesmo após o advento da República, impulsionou a acomodação estatal para o estabelecimento de políticas públicas, regulamentação do funcionamento do serviço e a produção de normas de proteção jurídica ao público-alvo desse segmento. Nos textos constitucionais, o idoso sempre foi lembrado na garantia social da proteção previdenciária⁷ e não pelas características de necessidades como ser humano longo.

A visibilidade pública da velhice, com a amplitude destacada que lhe cabe, como direito social mais extenso do que o tratado no âmbito das relações de trabalho, ganhou inclusão na agenda política a partir da Constituição Federal de 1988 (CHRISTOPHE, 2009).

Ressalvadas as competências das três esferas estatais (União, Estados e Municípios) e dada a descentralização político-administrativa decorrente do nosso sistema constitucional, neste artigo, com propósito do enfoque nacional, se discorrerá sinteticamente apenas sobre os textos normativos federais sobre o tema.

A pressuposição da vulnerabilidade advinda pela idade seguramente fundamentou a proteção constitucional da velhice à assistência social (artigo 203, incisos I e V). Ainda, o acesso universal e igualitário das ações e serviços da saúde é um dever do Estado e um direito fundamental de todos (artigo 196).

O constituinte de 1988 diferiu a fixação do corte etário para a regulamentação legislativa, à exceção do estabelecimento do direito ao transporte coletivo urbano à pessoa maior de 65 anos de idade. As políticas de apoio ao idoso foram traçadas *preferencialmente* em seu lar, contando com os deveres familiares e comunitários baseados na solidariedade e com os deveres constitucionais do Estado.

O artigo 230, "caput", da Constituição, estabeleceu a *preferência* e não a *exclusividade* do atendimento domiciliar, sem descarte do atendimento em formato institucional. O serviço de atendimento integral foi atribuído à tríade de destinatários formada pela comunidade, a livre iniciativa e o Estado, e justificada pelos deveres de solidariedade. Ao Poder Legislativo ficou a competência da regulamentação, seguida do poder de regulamentação do Executivo, quando cabível.

7 Nas Constituições anteriores, pode-se citar o art. 121, §1º, alínea "h", da Constituição de 1934; art. 137, alínea "m", da Constituição de 1937; artigo 157, inciso XVI, da Constituição de 1946; artigo 158, inciso XVI, da Constituição de 1967, e artigo 165, inciso XVI, da Emenda Constitucional nº 01 de 1969.

Curiosamente, não foi o Poder Legislativo quem inaugurou a tarefa infra-constitucional de estabelecer as regras reguladoras do atendimento institucional de longa duração, após o estabelecimento da proteção constitucional 1988. O Ministério da Saúde, por meio da **Portaria nº 810**, de 22 de setembro de 1989, fixou o corte etário de 60 anos, disciplinou as normas e padrões para o funcionamento, administração e organização de recursos humanos dos espaços tratados por casas de repouso, clínicas geriátricas e *outras instituições* destinadas ao atendimento de idosos, sob o enfoque da saúde. A medida administrativa vinha para referenciar todas as designações trazidas pelos usos de nomenclaturas socialmente consagradas pelas representações sociais e estabelecer critérios mínimos ordenatórios. A inaugural disciplina foi na área da saúde e dirigida a todas as entidades, fossem assistenciais, particulares ou públicas. A preocupação com a sistematização do setor foi notável e trouxe a fiscalização como elemento fundamental para a identificação dos serviços e da população atendida.

Mais de cinco anos após a edição da Portaria 810/89, a **Lei Federal nº 8.842**, de 04 de janeiro de 1994, tratou da primeira regulamentação legislativa, após a promulgação da Constituição Federal, dos direitos sociais da pessoa com idade superior a 60 anos.⁸ Seu objeto cuidou da regulamentação da política nacional do idoso, dentre outras providências.

A Lei nº 8.842 define a política nacional do idoso, portanto traz deveres dirigidos ao Poder Público, vinculando as diretrizes nacionais para serem executadas por todos os entes federados. Ante o preceito constitucional programático dirigido à pessoa idosa, na Lei nº 8.842 é proposto esmiuçar as diretrizes do artigo 230, em especial, os serviços destinados ao atendimento do idoso preferencialmente no seu lar.

A norma constitucional também foi integrada no que deixou implícito. O atendimento de longa permanência (referido na lei como *asilar*) foi traçado como excepcional e destinado aos idosos que não possuem condições socioeconômicas de gerar a própria sobrevivência e não contam com o apoio familiar (art. 4º, III). Nessa forma de atendimento de longa duração, de caráter puramente social, ficou expressamente proibido o atendimento de pessoas com necessidade de assistência médica ou de enfermagem permanente nos equipamentos de caráter social (art. 4º, parágrafo único).

Tratamos de lei editada há vinte anos, em contexto social menos propício à compreensão da dimensão dos direitos constitucionais e legais dos idosos e dirigida à população residente nas instituições filantrópicas religiosas da época, de que pouco se sabia. O Benefício da Prestação Continuada (BPC) havia sido criado no ano anterior (Lei nº 8.742/93 - LOAS), começou a ser distribuído em 1996 e ainda não era um mecanismo público de transferência de renda com força de influenciar

8 Quase dez anos depois, a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, fixou a idade igual ou superior a 60 anos para o exercício dos direitos sociais do idoso, ampliando a faixa etária e derogando a Lei nº 8.842/94.

o padrão de proteção social brasileiro ao idoso e à sua família. O imagético do momento era o vulnerável na margem da miséria, como necessidade, sobretudo, da assistência social.

Na Lei nº 8.842, o legislador não se ocupou somente das entidades com caráter formalmente assistencial. Ele mencionou textualmente as *instituições* geriátricas e similares (art. 10, inciso II, alínea c) e o fez para designar os gestores do Sistema Único de Saúde, como responsáveis pela adoção e aplicação das suas normas de funcionamento.

No primeiro texto legal, após a promulgação da Constituição de 1988, foi vedado o atendimento de idosos com necessidades médicas e de enfermagem de forma continuada nos *equipamentos sociais*, mas os *serviços com enfoque em saúde* foram referidos e sobre os quais foi criado o *dever legal* de regulamentação pelos gestores do SUS. O pacto federativo foi o modo como o legislador anteviu a regulamentação no setor. Ocorre que essa regulamentação importa em mecanismos de transferências públicas de recursos e de gestão em saúde, assunto com predominância política e de estratégias de enfoque. Lamentavelmente não foi implementada.

Dois anos depois, o **Decreto nº 1.948**, de 03 de julho de 1996, regulamentou a Lei nº 8.842/94 e definiu as modalidades asilar e não asilar de atendimento de idosos (artigos 3º e 4º). Tratou tão somente dos equipamentos de caráter social e de estimular o fomento da prestação de assistência social junto a organizações não governamentais nas modalidades asilar e não asilar (art. 2º, inciso VIII).

O Decreto nº 1.948/96 trouxe o mote desejado pelo Executivo para fortemente regulamentar os equipamentos de atendimento de longa permanência na assistência social e talvez seja o grande responsável pelo insignificante número de ILPIs públicas no Brasil⁹ e do maciço repasse de verbas públicas às entidades filantrópicas, em grande parte formadas pela resistência religiosa dos dirigentes e organismos a que estão inseridas. Sem se tratar de crítica ao devotado empenho desenvolvido pelas instituições solidárias à pessoa idosa em estado de fragilidade, o caráter da assistência social impresso historicamente encobriu a realidade das necessidades dos residentes, desde sempre. A saúde ocupa espaço indissociável ao lado da assistência social, para garantia da vida em condição de dignidade e bem-estar do idoso. O atendimento institucional do idoso é de longa duração. Isso significa que o objeto do cuidado não é a reabilitação, mas atenção em saúde. No caso da pessoa idosa, as necessidades em saúde tendem a se intensificar mais e mais, gradualmente, com o passar do tempo de vida.

A partir de 1996, as forças executivas dirigidas à regulação das entidades de longa permanência somente na área administrativa da assistência social estavam a postos para solidificar e evitar que o financiamento fosse compartilhado com a saúde. Vários atos normativos administrativos foram editados, a partir de então, so-

9 O Ministério Público do Estado de São Paulo apurou a existência de 31 ILPIs, equivalentes a 2% do total apurado no Estado, em 2015. (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. 2015).

mente na área da assistência social. A cristalização do atendimento institucional do idoso, sob a vertente da assistência tomou conta do discurso e das práticas da rede protetiva. As dimensões do atendimento integral do idoso receberam o entalhe da fragmentação e o discurso fundamental entre os atores da saúde e da assistência encontram-se encerrados em muitas localidades.

Na esteira da perpetuação do discurso assistencial, o Ministério da Previdência e Assistência Social expediu a **Portaria MPAS nº 2.854**, 19 de julho de 2000, alterada pela **Portaria MPAS nº 2.874/2000**, para caracterizar as modalidades de atendimento de serviços de atenção ao idoso no Brasil, dentre outros segmentos humanos inseridos na política de assistência social. As referências mensais do apoio financeiro da União foram previstas e trouxeram parâmetros para o cofinanciamento dos serviços junto aos demais entes federados. Os critérios norteadores da portaria se dirigiam aos gestores responsáveis pela execução das ações, para aprovação pela Comissão Intergestora Bipartite. A regulamentação, embora fixada no objeto temático da assistência social, ampliou o estabelecimento da prestação de serviços das entidades de atenção de longa duração para além da área social, incluindo como necessários os serviços de saúde, psicológico, médico, de fisioterapia, de terapia ocupacional, de enfermagem e de odontologia.

Portaria MPAS/SEAS nº 73, de 10 de maio de 2001, estabeleceu as normas de funcionamento dos serviços de atenção ao idoso. A rede de parceria prevista envolve ações articuladas entre as pastas federais, estaduais e municipais da saúde e assistência social, as famílias, universidades, organizações não governamentais, no mínimo. O serviço de atendimento integral institucional foi definido em três modalidades de acordo com a capacidade funcional dos residentes – autonomia e dependência – e o dimensionamento do quadro de funcionários de acordo com a modalidade atendida. Com base nas categorias de dependência conceitualmente esclarecidas na portaria, são estabelecidas exigências em relação ao espaço físico, adaptação da infraestrutura e disponibilidade dos recursos humanos em todo atendimento prestado a idosos sem família, vulneráveis, sob quaisquer denominações outrora adotadas. Novamente, por meio de outra portaria, os serviços institucionais também deveriam abranger as áreas da saúde.

A **Lei nº 10.741**, de 1º de outubro de 2003, (Estatuto do Idoso) foi o marco legislativo que dispôs, num contexto integral e compendiado, a versão infraconstitucional dos direitos fundamentais da pessoa humana, sob o enfoque etário e sob qualquer circunstância, ou seja, aplicável à pessoa idosa autônoma ou não, independente ou dependente de cuidados, atendida em sua residência ou em entidade. A Lei possui objeto mais extenso e profundo do que a Lei nº 8.842/94 e ratifica a distribuição de responsabilidade para garantia dos direitos civis e sociais dentre a família, a comunidade e o poder público. O atendimento familiar é priorizado no sistema de direitos (artigo 37) e residualmente a atenção de cuidados é deixada aos cuidados extrafamiliares. A opção de morar em ILPI é tratada como um direito, inovando o sistema jurídico a identificação do usuário consumidor do atendimento de longa duração.

A Lei nº 10.741/03 trata das entidades de forma cabal, por reunir todos os elementos gerais envolvidos no serviço e dos dispositivos do Título IV, a partir do Capítulo II, é que se extrai as normas jurídicas aplicáveis hoje à iniciativa privada (com ou sem fins lucrativos) ou pública do atendimento de longa permanência de idosos, a serem explicadas operacionalmente por atos normativos inferiores.

Os atos normativos administrativos em vigência anterior à edição da Lei nº 10.741 – Portaria MPAS nº 2.854/00 e Portaria nº 73/01 – no âmbito da assistência social – não foram revogados pela instância administrativa competente, de modo que continuam a ter o seu conteúdo aplicável em todos os aspectos, que não conflitam com a lei estatutária, no âmbito da regulamentação social do serviço.

Para atualização da Portaria nº 810/89 aos termos da Lei nº 10.741 e para que a Vigilância Sanitária assumisse o seu dever legal de fiscalização com um instrumental próprio, a ANVISA expediu a **Resolução RDC 283/05**, de 26 de setembro de 2005, substituindo o papel que foi designado em termos práticos ao instrumento administrativo vetusto. Os critérios mínimos de funcionamento (organização espacial, sanitária e de recursos humanos) foram ampliados e guiados pelo grau de dependência dos idosos atendidos, à semelhança do fixado anteriormente na Portaria nº 73 MPAS de 2001. As ILPIs foram definidas como instituições governamentais ou não governamentais, de caráter residencial, que prestam serviços a pessoas idosas, com ou sem suporte familiar, em condições de liberdade, dignidade e cidadania. O texto dirige às secretarias de saúde estaduais, municipais e do Distrito Federal, a complementação regulamentar, se for o caso, às peculiaridades locais. O regulamento técnico, no anexo, faz menção à Lei nº 10.741/03 em vários itens e sujeita o infrator às penalidades sanitárias inseridas no poder de polícia.

Por fim, o último ato normativo de cunho administrativo que trata sobre as ILPIs, também na área da assistência social, é a **Resolução CNAS nº 109**, de 11 de novembro de 2009. A portaria foi editada após maturação decorrente de debates previamente instados sobre a tipificação e consolidação da classificação nacional dos serviços socioassistenciais. Vários mecanismos de participação popular foram acessados, dentre os quais consulta pública e conferência nacional. Aprovou-se a tipificação do serviço de acolhimento institucional do idoso, como serviço de proteção especial de alta complexidade no âmbito do SUAS. A natureza do acolhimento é descrita como provisória e, excepcionalmente, de longa permanência, quando esgotadas todas as possibilidades de autossustento e convívio com os familiares. É previsto para idosos que não dispõem de condições de permanecer com a família, com vivência de situações de violência e negligência, em situação de rua e de abandono, com vínculos familiares fragilizados ou rompidos. A portaria reforça a necessidade de institucionalização dos idosos em entidades de longa permanência nas hipóteses insertas na lei estatutária, quando verificada inexistência de grupo familiar, casa lar, abandono ou carência de recursos financeiros próprios ou da família.

A portaria consolida o reconhecimento do serviço e é um valioso instrumento para o estabelecimento de convênios. A Comissão Intergestores Tripartite (CIT) é

uma instância de articulação e pactuação da política de assistência social, com a participação de representantes das esferas federativas. O cofinanciamento federal se opera pela transferência de recursos mensais do Fundo Nacional de Assistência Social para os Fundos Estaduais ou Municipais de Assistência Social, atendendo determinados pisos de proteção social¹⁰. A rubrica de prestação de contas é única para todos os repasses, de modo a impedir a identificação dos recursos direcionados ao financiamento dos serviços prestados pelas ILPIs (CAMARANO, 2007).

Em síntese, se pode dizer:

- A Constituição de 1988, *vinte e três anos atrás*, assegurou direitos sociais à pessoa idosa, sob o corte da atenção de longevidade, e *acolheu residualmente o atendimento institucional*.
- A Lei nº 8.842/94, *vinte anos atrás*, prescreveu que a atenção integral ao idoso pode ser exercida sob a modalidade *de entidades assistenciais e de entidades geriátricas e similares*. O adjetivo “*similares*”, obviamente, invoca outras instituições com atenção em saúde.
- O Decreto nº 1.948/96, dada sua natureza finalística de regulamentador da Lei nº 8.842, deveria ter dirigido normas, embora com certo conteúdo genérico, direcionado às pastas da assistência social e da saúde sobre os equipamentos tratados genericamente na Lei (de assistência e os de saúde), porém tratou apenas dos equipamentos de caráter social. Neste momento, se perdeu o contexto regulamentador de inserir a saúde na pauta.
- Após *sete anos* da edição da Lei que fixou a política nacional do idoso em 1994, foram expedidas explicações detalhadas dos serviços aos órgãos administrativos, apenas no âmbito social, por meio das Portarias MPAS nº 2.854/00 e MPAS nº 73/01. Tais portarias, embora dirigidas ao setor social há *quinze anos*, trouxeram a descrição de atenção de saúde (médica, odontológica, psicológica, terapia ocupacional, enfermagem) nos equipamentos disciplinados. Para a saúde, entretanto, o assunto não parece ter sido pautado.
- A Lei nº 10.741/03, *quinze anos* após a Constituição reconhecer direitos da pessoa idosa, prescreveu o atendimento integral do serviço de longa duração, sob o prisma dos direitos fundamentais, um deles o direito ao atendimento de saúde do residente.

10 Portaria nº 440, de 23 de agosto de 2005, do Ministro de Estado do Desenvolvimento Social e Combate à Fome.

- A Portaria nº 109/09 (CNAS), após *quinze anos* de aplicação da Portaria Ministerial nº 73/01, estabeleceu elementos definidores dos equipamentos socioassistenciais de atendimento de longa duração de idosos, atualizando conceitualmente o conteúdo do serviço institucional. Desde a edição do Decreto nº 1.948/96, esse fomento expressivamente terceirizou o serviço às organizações não governamentais.

6. NATUREZA HÍBRIDA DO SERVIÇO

Sob o manto integral dos direitos traçados no Estatuto do Idoso, a saúde é assegurada como direito fundamental. Nenhum ato normativo tratou da operacionalização da assistência à saúde no serviço de longa permanência prestado pelo setor público ou conveniado.

As entidades, cujo objeto social tenha finalidade lucrativa, são influenciadas pela economia de mercado e possuem elasticidade suficiente para compor o preço do serviço disponibilizado à clientela. O idoso pode optar por plano de saúde e as opções do serviço de saúde interno, no momento da contratação. A liberdade (relativa) de contratar confere elasticidade satisfatória para que a ILPI privada cumpra a obrigação legal de proporcionar cuidados à saúde. O acompanhamento do cumprimento das obrigações legais da entidade privada deve ser objeto de fiscalização, por meio da análise de dois elementos: o contrato firmado com o idoso ou seu curador, sob o enfoque também da relação de consumo, e se o programa de atendimento permite a promoção de cuidados à saúde, conforme a necessidade do idoso contratante.

Não é esse o caso das entidades não governamentais sem fins lucrativos e o seu público-alvo.

Nada falta à tipificação e ao funcionamento do sistema de repasse de financiamento às entidades, que desenvolvam programas de longa permanência, dentro do contexto do SUAS, para que os gestores possam operar a política nacional. Não é o mesmo na área da saúde. Nenhum instrumento normativo próprio foi editado e não há nenhum elaborado intersetorialmente para garantir diretrizes nacionais de como se operar de conjuntamente para o atendimento do idoso em saúde e assistência.

É dever das entidades de atendimento proporcionar cuidados à saúde, conforme as necessidades do idoso (artigo 50, inciso VIII, da Lei nº 10.741/03). A obrigação é genérica, indica um serviço complexo (médica, psicologia, odontologia, terapia ocupacional) e é dirigida a todas as modalidades de atendimento institucional, seja pública ou particulares, com ou sem fins lucrativos. A Lei trata do serviço indistintamente, complexo por natureza. A celebração de contrato de prestação de serviços (artigo 50, inciso I) é obrigatória entre a entidade ou o idoso (ou curador) e os cuidados à saúde também uma obrigação, a ser prestado segundo o princípio

da personalidade e individualidade do atendimento (artigo 49, incisos II e VI). A atenção integral à saúde do idoso é assegurada de modo universal e igualitário no contexto do SUS (art. 15, “caput”).

A estratégia Saúde da Família criada inicialmente como Programa Saúde da Família (PSF), em 1994, pelo Ministério da Saúde, e revisada pela Portaria GM nº 2.488, de 21 de outubro de 2011, promoveu a implantação de atenção primária em saúde e alteração do modelo assistencial então existente, mediante ações de promoção da saúde, prevenção de doenças e cuidado às doenças crônicas da população vulnerável, baseada na referência territorial das Unidades Básicas de Saúde (UBS). A inserção do idoso, onde quer ele resida, se inclui nesse contexto de serviços.

A Política Nacional da Saúde da Pessoa Idosa (PNSPI) instituída pela Portaria nº 2.528, de 19 de outubro de 2006, sob a perspectiva do “envelhecimento saudável”, mesmo admitindo em suas disposições que o idoso atendido em ILPI está em situação de fragilidade, fomenta ações intersetoriais, estimula os esforços para o atendimento do idoso junto ao seu lar, mas não estende os serviços ao idoso institucionalizado. O atendimento de saúde da pessoa idosa conta com o apoio de cuidados domiciliares e referência territorial, desde que o idoso resida em moradia não institucional.

A atenção à saúde do idoso veio traçada em políticas nacionais, mas desde que resida ele em um lar.

O único instrumento normativo que liga as ILPIs à área da saúde é a RDC ANVISA nº 283, mas curiosamente com função de diretiva fiscalizatória, no qual são esmiuçadas as condições mínimas de funcionamento, como prescrito no Estatuto do Idoso. As instruções da resolução dirigem-se aos serviços internos da entidade e, quando o faz, designa facultativamente os profissionais de saúde (item 4.6.2). Há previsão da pactuação bienal de um *plano de atenção à saúde* entre a entidade e o gestor local de saúde. O pacto minimamente referenciará os residentes na territorialidade da atenção básica de saúde, inclusive em casos de urgência e a forma da remoção. O desafio é criar a cultura do pacto e vencer as dificuldades que impedem o consenso.

Como não há um ato normativo de caráter administrativo de referência para as pactuações entre as ILPIs e o gestor da saúde, a prática tem revelado que as entidades (filantrópicas) com insuficiência ou lacuna de financiamento acabam não contando com equipe de saúde eficiente para atender as necessidades de saúde dos residentes, e o SUS encerra sua função constitucional com o ingresso do idoso no atendimento institucional.

Além da omissão regulamentar inferior não tratar da atenção à saúde nas ILPIs, há a ausência de definição operacional do atendimento domiciliar. Os idosos atendidos em ILPIs contam, antes de tudo, com moradia (art. 37 da Lei nº 10.741/03), portanto residem na entidade. O atendimento domiciliar, incluindo a internação, para a população que dele necessitar e esteja impossibilitada de se locomover, “inclusive para idosos abrigados e acolhidos por instituições públicas, filantrópicas ou

sem fins lucrativos e eventualmente conveniadas com o Poder Público”, é outro preceito do Estatuto do Idoso (art. 15, IV), que garante à pessoa idosa o atendimento domiciliar.

A ambiguidade é clara. A fiscalização na área da saúde é atribuída pela lei, mas o trato de política pública se opera somente na esfera e sob a responsabilidade orçamentária da assistencial social, diga-se, notoriamente insuficiente para todos os serviços que se propõe a prestar.

A visão da gerontologia vem para socorrer o argumento de que o atendimento institucional não cabe apenas à assistência social. As ILPIs são tratadas como *instituições híbridas*.

Segundo CHRISTOPHE (2009, p. 40):

Com o envelhecimento da população e o aumento da sobrevivência de pessoas com incapacidades físicas e mentais, os asilos deixaram de fazer parte da rede de assistência social ao idoso para fazer parte da rede de assistência à saúde (KANE e KANE, 1987, apud COSTA, 2004). Para expressar a nova função híbrida destas instituições, passou-se a adotar no Brasil a denominação ‘Instituição de Longa Permanência para Idosos (ILPI), sugerida pela Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia (SBGG, SP, 2003, apud BORN e BOECHAT, 2006).

[...]

Segundo BORN e BOECHAT (2006), é provável que os termos asilo e instituição asilar continuem a ser empregados, pela manutenção do caráter assistencial que prevalece ainda na maioria dessas instituições. Para os autores, a introdução da expressão Instituições de Longa Permanência para Idosos expressa mais do que uma adaptação idiomática: é a tradução de um novo paradigma. Mesmo quando ainda chamadas coloquialmente de asilos, já mostram transformações resultantes da transição demográfica e epidemiológica, tais como o aumento de residentes com enfermidades degenerativas, concentração de residentes muito idosos e, ao mesmo tempo, convivendo com problemas de pobreza (BORN e BOECHAT, 2006; COSTA, 2004).

WATANABE (2009, p. 70) concorda que:

[...] a ILPI é um serviço de assistência de natureza médico-social, socioassistencial e deve proporcionar cuidados e ser um lugar para se viver com dignidade. Seus cuidados devem abranger a vida social, emocional, as necessidades de vida diária e assistência à saúde, caracterizando-se assim como um **serviço híbrido, de caráter social e de saúde** (grifo nosso).

A pesquisadora CAMARANO (2010) afirma que a longevidade é um avanço significativo, porém vem associada ao comprometimento das capacidades física e

mental. Os serviços de longa permanência não se enquadram apenas na rede de assistência social e deverão ser integrados à rede de assistência à saúde.

A lacuna de regulamentação operacional tem permitido que o gestor da saúde não se responsabilize pelas obrigações situadas no âmbito do SUS, atribuindo à entidade filantrópica, conveniada ou não, as obrigações com a assistência à saúde. A pactuação local abre discussões casuísticas e abertas à vontade política do gestor. Quem perde é o idoso institucionalizado.

7. DESAFIOS DE IMPLANTAR O NOVO MODELO E O PAPEL DA FISCALIZAÇÃO

A Constituição Federal reconheceu o envelhecimento como uma política social, com grande avanço. A legislação traçou as políticas públicas voltadas ao público idoso para serem desenvolvidas preferencialmente junto à família, mas talvez pela escassez de financiamento e a implantação de programas de renda, o atendimento de longa duração persiste com crescimento, em especial no setor privado.¹¹

O morar em ILPI é uma das opções de direito de habitação garantido ao idoso (art. 37 da Lei nº 10.741/03), mas há outros fatores que justificam a residência em instituição, como apontado na literatura por WATANABE (2009, p. 70-71):

Muitos idosos vivem em ILPI por longos períodos. Em pesquisa em andamento sobre o perfil de residentes em ILPI encontramos idosos que residiam há mais de 25 anos na instituição. Assim, ILPI deve ser considerada como lugar de viver. Martinez (2003) afirma que os idosos institucionalizados relatam a opção de residir em instituições de longa permanência como a possibilidade de resgatar uma vida social ativa, de convívio com um grupo de pessoas da mesma idade, além de evitar um conflito familiar de gerações e o sentimento de ser um estorvo para os filhos e familiares.

Por outro lado, para os idosos dependentes, a ILPI se apresenta como uma possibilidade de cuidado qualificado para o qual a família não tem preparo ou disponibilidade para fazê-lo.

Em recente estudo demográfico, as considerações levantadas em textos anteriores do IPEA foram objeto de reforço quanto à necessidade do estabelecimento de políticas públicas voltadas à manutenção e cuidados do idoso em seu lar, como também ao atendimento institucional (CAMARANO, 2014):

11 No Estado de São Paulo (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO) apurou-se em 2015 que o percentual de entidades com perfil privado (55%) é superior ao das instituições não governamentais sem fins lucrativos (33%), seguida das instituições governamentais (2%).

O envelhecimento populacional, evidenciado no Brasil desde os anos 1980, deve se acelerar, e apenas a população com idade superior a 50 anos deverá experimentar taxas positivas de crescimento a partir de 2045. Os demais grupos etários poderão apresentar taxas negativas. Isso caracteriza uma situação de superenvelhecimento da população e da força de trabalho, bem como de sua redução (p. 23). [...]

Outra consequência do novo regime demográfico e epidemiológico brasileiro é o crescimento acentuado da população muito idosa, que é mais exposta às fragilidades típicas da idade, ou seja, demandantes de cuidados. Isso ocorre a despeito de as pessoas estarem vivendo mais e desfrutando de melhores condições de saúde. Além disso, como mencionado, as mudanças no perfil familiar e o aumento da participação feminina no mercado de trabalho também estão em curso na sociedade brasileira, resultando em uma redução acentuada da oferta de cuidadores familiares. Essas mudanças em um contexto de níveis de fecundidade de sub-reposição levam a se pensar que, dificilmente, a família poderá continuar desempenhando o seu papel tradicional de cuidadora (p. 37-38).

[...]

Além de reforço ao cuidador familiar, alternativas de assistência domiciliar e modalidades institucionais que permitam uma solução intermediária entre a institucionalização e a manutenção do idoso em sua casa a um custo razoável devem ser pensadas. É o caso de centros-dia, hospitais-dia e o cuidado domiciliar formal. No entanto, cada um destes serviços atende a necessidades diferenciadas e não elimina a necessidade de instituições de residência. Haverá sempre pessoas idosas totalmente dependentes, sem renda, que não constituiriam família e/ou que vivem uma situação de conflito familiar e vão precisar de abrigo e cuidados institucionais. Viver em uma instituição pode representar uma alternativa de apoio e também de proteção e segurança. Optar por uma instituição não significa necessariamente uma redução da importância da família para o apoio e o cuidado dos seus membros dependentes, mas uma nova organização e divisão de responsabilidades (p. 618).

Não há estudos recentes sobre a qualidade do serviço prestado pelas entidades em atividade hoje no Brasil, de modo que essa avaliação caberá, caso a caso, pelos órgãos encarregados da fiscalização, o Ministério Público, a Vigilância Sanitária e o Conselho Municipal do Idoso. Infelizmente, a lacuna de diagnósticos impedirá avanços nacionais no aperfeiçoamento das políticas públicas em favor do idoso.

Alguns desafios baseados em parte pela aparente ambiguidade do trato dado ao tema, em parte pela omissão regulamentadora da lei estatutária, serão enfrentados na esfera da competência da fiscalização. A aproximação, a articulação e a construção de um projeto de monitoramento local são componentes essenciais para a efetividade fiscalizatória de hoje.

As particularidades de cada entidade de atendimento informarão os pesos e as medidas para a pactuação do financiamento ou cofinanciamento, quando necessário. O repasse parcial do benefício previdenciário ou aposentadoria percebido pelo idoso para o custeio da entidade (artigo 35, §§ 1º e 2º, da Lei nº 10.741/03), embora de cobrança facultativa, hoje é presente na composição do custeio da expressiva maioria das entidades filantrópicas e se insere na lógica da transferência pública, porém sem a garantia de suficiência na contrapartida da entidade ao idoso.

A atenção de saúde é atribuída constitucionalmente como dever do Estado e direito de todos, garantido o acesso universal e igualitário. Sem dúvida, é o componente economicamente mais significativo no serviço de longa permanência. Os equívocos no cumprimento da obrigação legal pelas entidades, tanto quanto a ausência de regulamentação do preceito programático da saúde dirigido ao idoso (artigo 230), patinam no diálogo entidade-setor público, procrastinando a assistência diária premente.

O papel do Ministério Público, à vista das informações do grau de conformidade sanitária e das informações de caráter social a serem observadas no programa de atendimento levado à registro junto ao Conselho Municipal do Idoso, é de garantidor dos direitos fundamentais dos idosos institucionalizados, por meio de medidas administrativas ou judiciais necessárias à superação das irregularidades.

Existente uma lacuna de vetores regulamentares voltados às definições de atenção à saúde da pessoa idosa institucionalizada, pressuposta a ausência de pactuação entre a entidade e o gestor da saúde e o desatendimento do direito à saúde dos residentes, a interferência articulada dos órgãos fiscalizatórios será fundamental para o estabelecimento das necessidades particularizadas dos idosos atendidos e definição de responsabilidades.

CONCLUSÃO

O arcabouço constitucional e legal voltado à proteção integral da pessoa idosa atendida em serviço de longa duração está completo, de modo que a observância dos direitos das pessoas atendidas e a qualidade do serviço podem ser mensuradas. O modelo baseado em *asilos*, nos moldes de ação caritativa e desprezioso de vinculações qualitativas, deve ser substituído pelo serviço que conta com o compromisso da família, da sociedade e do Estado.

Os regulamentos de assistência social permitem a interferência no serviço de longa duração, sob o critério da alta complexidade, embora incipientes à demanda que a prática informa existir, porque insuficientes as políticas públicas

voltadas ao atendimento do idoso em seu lar. A área da saúde, a despeito de chamada fundamental pela Constituição Federal, pela Lei e contar com menção na regulamentação da área social, não conta com diretrizes nacionais práticas dirigidas aos gestores do SUS. Na prática, os idosos, assim que ingressam no atendimento de longa duração, são retirados da referência territorial da saúde e ingressam numa ordenação institucional virtual desvinculada da abrangência dos programas constitucionais. Os dirigentes alegam não dar conta de cumprir o extenso rol de obrigações legais, por carência de recursos, e a participação estatal contribuiu para o subfinanciamento.

As instituições de longa permanência para idosos possuem natureza híbrida, ainda não reconhecida pelas políticas públicas, e sem estabelecimento de financiamento à demanda levantada pelo IPEA desde 2010. Isso parece interferir para que o setor privado lucrativo ocupe a seara lacunosa. A preocupação é a qualidade do serviço que a grande maioria das entidades particulares vem praticando, a maioria delas voltada para um público idoso consumidor de baixa renda.

A recente publicação do IPEA resume os atuais e futuros desafios voltados para a continuidade das reflexões e ações envolvendo o temido e inevitável tema da institucionalização das pessoas idosas.

As instituições ainda são vistas com preconceito e resistência, tanto por parte do idoso quanto de seus familiares. Portanto, é importante que, entre outros fatores, ocorra uma mudança de percepção quanto a isso. Viver em instituições residenciais, casas de repouso ou de qualquer outra denominação deve ser visto como uma alternativa para situações específicas. Isso pode incentivar o aumento da sua oferta, o que, por sua vez, pode aumentar a qualidade dos serviços. O Estado deve fornecer cuidado institucional para os que não podem ser cuidados por suas famílias e não podem pagar e, também, regular e fiscalizar as instituições privadas.

[...]

Para finalizar, salienta-se que, apesar de o Estado brasileiro ter avançado no que diz respeito à provisão de uma renda mínima para a população idosa, a oferta de serviços de saúde e de cuidados formais ainda é uma questão não equacionada. No caso de cuidados, a sua provisão ainda depende muito da caridade cristã. Portanto, um passo importante é que o cuidado com a população idosa se desvincule da caridade e se constitua em um direito do cidadão. A concretização disso, num país como o Brasil, onde tantas necessidades sociais ainda estão por ser atendidas, terá de ser uma decisão política, alimentada por um amplo debate. Como fazer isso é um desafio para os formuladores de políticas. Não existe uma solução única que se adeque a todos os países (CAMARANO, 2014, p. 620).

O Ministério Público e os demais órgãos com atribuição legal de fiscalizar enfrentam o desafio de participar decisivamente no processo de mudança de paradigma de atendimento de longa duração do idoso. A contribuição do bom funcionamento articulado dos órgãos garantirá a condução pedagógica para qualificar o serviço e contribuir para a alteração das representações sociais negativas que pairam sobre as entidades, os idosos residentes e os familiares. Os Conselhos do Idoso, ao fiscalizarem as entidades, contarão com um valioso instrumento diagnóstico das políticas públicas do Município. Isso é fundamental no debate sobre as políticas públicas e o financiamento local.

REFERÊNCIAS

CAMARANO, Ana Amélia. Instituições de longa permanência e outras modalidades de arranjos domiciliares para idosos. In: NERI, Anita Liberalesso (Org.). *Idosos no Brasil: Vivências, desafios e expectativas na terceira idade*. São Paulo: Ed. Fundação Perseu Abramo, 2007. p. 169-190.

_____.; KANSO, Solange. As instituições de longa permanência para idosos no Brasil. *Revista Brasileira de Estudo de População*, Rio de Janeiro, v. 27, n. 1, p. 233-235, jan/jun. 2010.

_____. (Coord.). *Características das Instituições de Longa Permanência para Idosos – Região Sudeste*. Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. Rio de Janeiro: IPEA, 2010.

_____. (Org.). *Novo Regime Demográfico: uma nova relação entre população e desenvolvimento?* Rio de Janeiro: Ipea, 2014.

CANOTILHO, José J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina. 1993.

_____. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva. 2014.

CHRISTOPHE, Michele. *Instituições de Longa Permanência para Idosos no Brasil: uma opção de cuidados de longa duração?* Dissertação (Mestrado em Estudos Populacionais e Pesquisas Sociais) – Escola Nacional de Ciências Estatísticas, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <<http://www.faceconsultoria.com.br/uploads/pdf/20531fe06e6e0e9a65351c240c8aa428.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2015.

CREUTZBERG, Marion; GONÇALVES, Lucia H.T.; SOBOTTKA, Amil, Albert. Instituição de Longa Permanência para Idosos: A Imagem que Permanece. In: *Texto Contexto Enferm*, Florianópolis, 2008, Abr-Jun, 17 (2):273-9.

HECKER, Alexandre. *Uma História da Longevidade no Brasil*. São Paulo: Expressão e Arte Editora, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2014.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Relatório Estatístico sobre as Entidades de Atendimento de Longa Permanência e a Pessoa Idosa Institucionalizada no Estado de São Paulo – 2015*. Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude e Idoso. São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/CAO_Idoso>. Acesso em: 05 dez. 2015.

ROCHA, Luis Fernando. Teoria das representações sociais: a ruptura de paradigmas das correntes clássicas das teorias psicológicas. *Psicol. cienc. prof.*, Brasília, v. 34, n. 1, p. 46-65, Mar. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932014000100005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 06 mar. 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOCIEDADE DE SÃO VICENTE DE PAULO. *Regra da Sociedade de São Vicente de Paulo no Brasil*. Rio de Janeiro: CNB da SSVP, 2007.

WATANABE, Helena Akemi Wada; DI GIOVANNI, Vera Maria. Instituições de Longa Permanência para Idosos (ILPI). In: *Envelhecimento & Saúde* (Boletim do Instituto de Saúde), p. 69-71, São Paulo, Abr. 2009.

ABORDAGEM JURÍDICA DA INADEQUADA APLICAÇÃO
DE AGROTÓXICOS POR AVIÕES NA ATIVIDADE
SUCROALCOOLEIRA: EXPERIÊNCIA DO GAEMA

*LEGAL APPROACH OF IMPROPER PESTICIDE
APPLICATION BY AIRPLANES IN SUGAR AND ETHANOL
ACTIVITIES: GAEMA EXPERIENCE*

Gabriel Lino de Paula Pires

Mestre e doutorando em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Promotor de Justiça no Estado de São Paulo, designado para atuação no GAEMA (Grupo de Atuação Especial de Defesa do Meio Ambiente). Professor de Direito Administrativo e Direito Ambiental no Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente.

Silvio Martins Barbatto

Especialista em Direito Penal pelo Centro Universitário Toledo. Promotor de Justiça no Estado de São Paulo, designado para atuação no GAEMA (Grupo de Atuação Especial de Defesa do Meio Ambiente). Professor de Direito Processual Penal e Direito Ambiental no Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente.

RESUMO

O presente estudo aborda experiência investigativa do Ministério Público paulista sobre a questão do uso de agrotóxicos na atividade sucroalcooleira. Partindo de uma análise fática dos métodos utilizados e concentrando-se no método de aplicação aérea dos produtos químicos, analisa-se o regramento jurídico da atividade. Propõe-se solução jurídica para a questão do uso indevido dos agrotóxicos, especialmente quando se trata de desrespeito das condições climáticas recomendadas pelos fabricantes e pelos órgãos públicos competentes. Conclui-se, ao final, pela necessidade de pronta intervenção estatal para prevenir e/ou reparar os danos eventualmente causados.

PALAVRAS-CHAVE

Agrotóxicos. Aviação agrícola. Desrespeito a condições climáticas. Consequências jurídicas.

ABSTRACT

This study deals with investigative experience of the São Paulo Public Ministry on the issue of pesticide use in sugarcane activity. From a factual analysis of the methods used and focusing on aerial application method of chemicals, it is analyzed the legal rules for the activity. It is proposed legal solution to the issue of misuse of pesticides, especially when it comes to disrespect of climate conditions recommended by manufacturers and public agencies. It was concluded at the end, the need for prompt state intervention to prevent and / or repair any damage caused.

KEYWORDS

Agrochemicals. Agricultural aviation. Disregard the weather conditions. Legal consequences.

INTRODUÇÃO SOBRE OS TEMAS DA ATIVIDADE SUCROALCOOLEIRA, DO USO DE AGROTÓXICOS NA PRODUÇÃO AGRÍCOLA E DA AVIAÇÃO COMO MÉTODO DE APLICAÇÃO DE AGROTÓXICOS

O Estado de São Paulo experimentou nos últimos anos um intenso crescimento da atividade sucroalcooleira em seu território.

As empresas instaladas para a produção e comercialização de produtos derivados da cana-de-açúcar, especialmente o açúcar e o álcool, para a obtenção de matéria-prima suficiente ao sustento de sua produção industrial de larga escala, realizam diretamente ou fomentam de algum modo o plantio de cana-de-açúcar em extensas áreas rurais, celebrando com os respectivos proprietários de áreas rurais contratos de arrendamento ou de parceria agrícola.

No cultivo da cana-de-açúcar, fazem uso frequente dos chamados agrotóxicos¹, produtos químicos destinados a combater organismos que de algum modo prejudicam o desenvolvimento da cana-de-açúcar ou dirigidos a potencializar a produtividade dessas atividades.

Como é sabido, os produtos químicos chamados agrotóxicos produzem efeitos positivos para a produtividade das culturas para as quais são indicados, eliminando outros organismos que poderiam naturalmente dificultá-la, em função de uma natural interação entre as espécies.

No entanto, são capazes de produzir também graves efeitos nocivos a outras espécies animais e vegetais e ao próprio homem, se inadequadamente utilizados².

-
- 1 A Lei nº 7.802/89 conceitua os agrotóxicos nos seguintes termos: “Art. 2º Para os efeitos desta Lei, consideram-se: I - agrotóxicos e afins: a) os produtos e os agentes de processos físicos, químicos ou biológicos, destinados ao uso nos setores de produção, no armazenamento e beneficiamento de produtos agrícolas, nas pastagens, na proteção de florestas, nativas ou implantadas, e de outros ecossistemas e também de ambientes urbanos, hídricos e industriais, cuja finalidade seja alterar a composição da flora ou da fauna, a fim de preservá-las da ação danosa de seres vivos considerados nocivos; b) substâncias e produtos, empregados como desfolhantes, dessecantes, estimuladores e inibidores de crescimento”.
 - 2 Recentíssimo documento produzido pelo Instituto Nacional de Câncer (INCA) e amplamente divulgado nos órgãos de imprensa faz referência expressa à relação entre o uso demasiado e inadequado dos agentes agrotóxicos e o aumento vertiginoso da incidência de diversas espécies de câncer. Denominado “POSICIONAMENTO DO INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER JOSÉ ALENCAR GOMES DA SILVA ACERCA DOS AGROTÓXICOS” e disponível na página eletrônica do órgão, “o objetivo deste documento é demarcar o posicionamento do INCA contra as atuais práticas de uso de agrotóxicos no Brasil e ressaltar seus riscos a saúde, em especial nas causas do câncer. Dessa forma, espera-se fortalecer iniciativas de regulação e controle dessas substâncias, além de incentivar alternativas agroecológicas aqui apontadas como solução ao modelo agrícola dominante”. O documento ainda ressalta que “no Brasil a venda de agrotóxicos saltou de US\$ 2 bilhões para mais de US\$ 7 bilhões entre 2001 e 2008, alcançando valores recordes de US\$ 8,5 bilhões em 2011. Assim, já em 2009, alcançamos a indesejável posição de maior consumidor mundial de agrotóxicos, ultrapassando a marca de 1 milhão de toneladas, o que equivale a um consumo médio de 5,2 kg de veneno agrícola por habitante”. O mesmo documento técnico ainda aponta os graves riscos decorrentes do uso do método de pulverização aérea na aplicação de agrotóxicos: “outras questões merecem destaque devido ao grande impacto que representam. Uma delas é o fato de o Brasil ainda realizar pulverizações aéreas de agrotóxicos, que ocasionam dispersão destas substâncias pelo ambiente, contaminando amplas áreas e atingindo populações”.

A aplicação de tais produtos é também comumente realizada por via aérea, por meio de aviões que fazem a pulverização dos agrotóxicos no ar, sobre as áreas de plantio de cana-de-açúcar.

A aviação agrícola tem se tornado cada vez mais difundida na agricultura brasileira, principalmente com expansão das áreas cultivadas. Essa ferramenta possibilita a pulverização de agroquímicos em áreas de lavouras com grandes extensões em tempo reduzido.

Não obstante, a expansão da utilização dessa tecnologia apresenta efeitos reflexos perversos ao meio ambiente e à saúde humana, principalmente pelos eventos de deriva, que arrastam as partículas dos agrotóxicos a longas distâncias do alvo, ou seja, das lavouras pulverizadas.

A periculosidade dos produtos, potencializada pelo método de pulverização aérea, causa justificada preocupação das autoridades em todo o mundo.

Não por outra razão, a União Europeia proibiu, desde 2009, a pulverização de pesticidas por aviões. A Diretiva 2009/128/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, em seu artigo 9º, dispõe sobre a proibição, somente possibilitando que os Estados-Membros excepcionem tal regra se preenchidos diversos requisitos cumulativos e mediante rígido controle dos procedimentos³.

Disponível em: <http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/agencianoticias/site/home/noticias/2015/debate_e_documento_publico_organizados_pelo_inca_alertam_para_os_riscos_dos_agrotoxicos_no_dia_mundial_da_saude>. Acesso em: 13 mar. 2016.

- 3 “1. Os Estados-Membros asseguram que seja proibida a pulverização aérea. 2. Em derrogação do nº 1, só é permitida a pulverização aérea em casos especiais desde que sejam satisfeitas as seguintes condições: a) Não devem existir alternativas viáveis, ou devem existir vantagens claras em termos de menores efeitos na saúde humana e no ambiente, em comparação com a aplicação de pesticidas por via terrestre; b) Os pesticidas utilizados devem ser explicitamente aprovados para pulverização aérea pelos Estados-Membros após avaliação de risco específica relativa à pulverização aérea; c) Os aplicadores que efectuem pulverizações aéreas devem ser titulares do certificado referido no nº 2 do artigo 5º. Durante o período transitório em que os sistemas de certificação não estejam ainda em vigor, os Estados-Membros podem aceitar outras provas de conhecimentos suficientes; d) As empresas responsáveis pela pulverização aérea devem ser certificadas por uma autoridade competente para autorizar equipamentos e aeronaves para a aplicação aérea de pesticidas; e) Se a área a pulverizar se situar nas proximidades de áreas abertas ao público, devem ser incluídas na aprovação medidas específicas de gestão do risco, a fim de garantir que não haja efeitos nocivos para a saúde dos transeuntes. A área a pulverizar não deve situar-se nas proximidades de áreas residenciais; f) A partir de 2013, as aeronaves devem estar equipadas com os acessórios que constituam a melhor tecnologia disponível para reduzir a dispersão dos produtos pulverizados. 3. Os Estados-Membros devem designar as autoridades competentes para estabelecer as condições específicas em que se podem realizar as pulverizações aéreas, para analisar os pedidos apresentados ao abrigo do nº 4 e para dar conhecimento público das culturas, áreas, circunstâncias e requisitos especiais de aplicação, incluindo condições atmosféricas, em que as pulverizações aéreas podem ser permitidas. Na autorização, as autoridades competentes devem especificar as medidas necessárias para alertar, em tempo útil, os moradores e transeuntes e para proteger o ambiente nas proximidades das áreas pulverizadas. 4. Um utilizador profissional que pretenda aplicar pesticidas por pulverização aérea deve apresentar um pedido de aprovação de um plano de aplicação à autoridade competente, acompanhado da demonstração de que estão satisfeitas as condições referidas nos nºs 2 e 3. O pedido de aplicação de pulverização aérea de acordo com o plano de aplicação aprovado deve ser apresentado em tempo útil à autoridade competente. Deverá incluir informação sobre o período previsto

Esse método, como investigado e aqui relatado, não pode ser facultado em face de determinadas circunstâncias ambientais, seja porque as exigências legais e regulamentares não vêm sendo devidamente atendidas pelas empresas sucroalcooleiras, seja porque, ainda que atendidas, tal método apresenta, por si só, grande periculosidade ambiental, atentando contra a diretriz protetiva estabelecida na Constituição Federal e violando os mais relevantes princípios setoriais do Direito Ambiental.

1. AS PRÁTICAS UTILIZADAS PELAS EMPRESAS SUCROALCOOLEIRAS PARA APLICAÇÃO DE AGROTÓXICOS, SUA INADEQUAÇÃO E OS DANOS E RISCOS AMBIENTAIS DECORRENTES DE TAIS POSTURAS (A EXPERIÊNCIA DE INVESTIGAÇÃO REALIZADA NA REGIÃO OESTE DO ESTADO DE SÃO PAULO)

Conforme se apurou em investigação realizada pelo Ministério Público (GAEMA – Núcleo Pontal do Paranapanema – IC nº 30/09), os produtos agrotóxicos comumente utilizados pela indústria sucroalcooleira na região são de alta periculosidade.

Foram requisitadas às requeridas informações sobre os produtos por elas utilizados para a cultura de cana-de-açúcar.

Os agrotóxicos relacionados são os inseticidas Certero (Triflumurom), Altacor (Clorantraniliprole), Actara (Triamethoxam), Curbix (Etiprole) e os maturadores Moddus (Trinexapac), Ethrel 720 (Ethefon) e Curavial (Sulfometuron methyl).

Segundo parecer técnico elaborado pelos Assistentes Técnicos do Ministério Público: “o produto químico classificado como altamente tóxico possui um grau de toxicidade consideravelmente alto, colocando em risco as populações que podem receber resíduos desses produtos, ou mesmo sejam atingidos por meio de derivas ocorridas quando da aplicação”. Ainda relatam os Assistentes Técnicos de Promotoria que, “segundo consta das Fichas de Informação de Segurança de Produto Quími-

de pulverização aérea e sobre as quantidades e o tipo de pesticidas aplicados. Os Estados-Membros podem prever que os pedidos de aplicação de pulverização aérea efectuados de acordo com um plano de aplicação aprovado, em relação aos quais não tenha sido recebida resposta sobre a decisão tomada no prazo previsto pelas autoridades competentes, sejam considerados aprovados. Em particular, em circunstâncias específicas, como situações de emergência ou outras situações adversas, também podem ser submetidos a aprovação pedidos de aplicação de pulverização aérea apresentados isoladamente. Sempre que tal se justifique, as autoridades competentes podem aplicar um procedimento acelerado a fim de verificar se as condições referidas nos nºs 2 e 3 se encontram preenchidas antes da aplicação de pulverização aérea. 5. Os Estados-Membros devem assegurar o cumprimento das condições previstas nos nºs 2 e 3 efectuando um acompanhamento adequado. 6. As autoridades competentes devem manter registos dos pedidos e das aprovações referidas no nº 4 e disponibilizar ao público as informações neles contidas, tais como a área a pulverizar, o dia e a hora previsíveis da pulverização e o tipo de pesticida, em conformidade com a legislação nacional ou comunitária aplicável”.

cos (FISPQ) desses agrotóxicos, muitos são classificados como altamente persistentes ao meio ambiente e altamente móvel”. Afirmaram também que:

altamente persistentes ao meio ambiente são produtos químicos que resistem à degradação química, biológica e fotolítica de suas moléculas. Dessa forma, tem-se a capacidade de bioacumularem nos microrganismos, plantas e animais, incluindo os seres humanos. Somam-se aos fatores toxicológicos (altamente tóxicos) e de persistência (altamente persistentes ao meio ambiente) o fator mobilidade (altamente móvel). (...) O produto químico altamente móvel é aquele que possui alto potencial de deslocamento no solo, podendo atingir as águas subterrâneas e superficiais, contaminando, dessa forma, os mananciais de abastecimento humano de águas.(...) Tem-se, então, uma tríade de fatores que, combinados, potencializam os efeitos negativos dos agrotóxicos ao meio ambiente e à saúde humana⁴.

A evidente periculosidade de tais produtos resta potencializada pelo método de sua aplicação aérea, isto é, de sua pulverização nos canais por meio de aviões⁵.

Os elementos técnicos constantes dos autos do IC nº 30/09 conduziram o Ministério Público à decisão institucional de ajuizar demanda com o objetivo declarado de impedir totalmente a utilização do método de pulverização aérea na aplicação de agrotóxicos à monocultura de cana-de-açúcar na região.

O principal aspecto apontado como fator de risco do método de pulverização aérea é a grande probabilidade de ocorrência do fenômeno chamado deriva.

A ocorrência da deriva, abordada no parecer técnico elaborado pelos Assistentes Técnicos de Promotoria lotados no GAEMA-Núcleo Pontal do Paranapanema, há muito tempo é objeto de advertência pela comunidade científica:

Vários estudos demonstram que, na prática, apenas uma parte dos agrotóxicos aplicados sobre lavouras se deposita sobre as plantas. O resto escorre para o solo ou segue pelos ares para contaminar outras

4 Laudo Técnico nº 246/15, constante dos autos do Inquérito Civil nº 30/09.

5 “Kugler (2012) publica, na revista *Ciência Hoje*, um trabalho sobre o uso de agrotóxicos no Brasil onde afirma, entre muitas outras verdades surpreendentes: ‘O Brasil é a lixeira tóxica do planeta. Cada dólar gasto na compra de agrotóxicos pode custar aos cofres públicos US\$ 1,28 em futuros gastos com a saúde dos camponeses intoxicados’. Um custo subestimado porque considera apenas os dados referentes às intoxicações agudas. Segundo a OMS, para cada 50 casos de intoxicação por agrotóxicos, apenas um é notificado. ‘O Brasil é o destino certo para agroquímicos que, por elevado grau de toxicidade, foram banidos em diversos países’. Kugler analisa ainda a deriva técnica, que são pulverizações aéreas que o vento e a água levam para o ambiente, contaminando-o. São tão contundentes as denúncias e informações sobre os danos à saúde humana e ao ambiente causados pelos venenos agrícolas, que não encontro nenhuma justificativa séria que explique a complacência, a tolerância e a liberalidade dos órgãos governamentais. Despreza-se a saúde pública e o ambiente, para proteger a indústria da morte!” (MACHADO, Luiz Carlos Pinheiro. *A Dialética da Agroecologia*. São Paulo: Expressão Popular, 2014, p. 95).

áreas. Segundo diversas pesquisas realizadas pela Embrapa Meio Ambiente, em média apenas metade do que é pulverizado atinge o alvo. A parte que se perde no solo ou é carregada pelo vento pode comumente ultrapassar 70% do produto aplicado. Esse último caso é o que chamamos de deriva: as micropartículas de veneno são carregadas pelo vento, às vezes a longas distâncias, e acabam contaminando áreas vizinhas, florestas, cursos d'água e até mesmo zonas residenciais. A deriva pode ser maior ou menor dependendo do método de aplicação, da temperatura, da umidade do ar e da velocidade do vento⁶.

Destaca-se, dentre os laudos e pareceres existentes, o Laudo Técnico nº 246/15 (fls. 2100/2302 dos autos do IC nº 30/09), elaborado pelos Assistentes Técnicos de Promotoria lotados no GAEMA-Núcleo Pontal do Paranapanema. Em tal documento, relevantes afirmações são formuladas, todas elas com embasamento técnico-científico formado por dados da realidade empiricamente coletados e por fontes teóricas de correção indiscutível.

Alguns pontos cruciais do mencionado parecer técnico devem ser frisados, especialmente a metodologia de trabalho utilizada pelos Assistentes Técnicos do Ministério Público.

Inicia-se o parecer referido com breve histórico das investigações realizadas e, em seguida, aborda-se genericamente o tema dos agrotóxicos, com considerações sobre conceitos de toxicidade, persistência e mobilidade dos agentes químicos. Segue-se, então, a abordagem do tema da pulverização aérea de agrotóxicos, apontando-se, desde logo, a periculosidade de tal método. Cuida-se, a seguir, da sericultura, em função de se ter constatado que tal atividade foi a que mais sofreu os efeitos perversos dos agrotóxicos aplicados em culturas vizinhas, o que afeta sobremaneira a sustentabilidade das pequenas posses e propriedades rurais que desenvolvem tal cultura.

Enfrenta-se, nos tópicos de análise técnica da questão da pulverização aérea, o estudo dos parâmetros climáticos exigidos para segura aplicação dos agrotóxicos (fls. 2140 e seguintes).

Os Assistentes Técnicos de Promotoria afirmaram que “diversos autores discorrem acerca dos parâmetros climáticos favoráveis à prática da pulverização aérea, sendo que o atendimento a esses parâmetros são essenciais para que se minimize a deriva de agrotóxicos”. Segundo discorrido no parecer referido “os fatores climáticos importantes e que devem ser considerados são a Umidade Relativa do Ar, expressa em porcentagem (%), a Temperatura do Ar, expressa em Graus Celsius (°C) e a velocidade dos ventos, cuja unidade de medida se dá em quilômetros por hora (km/h).⁷

6 Agrotóxicos no Brasil: um guia para ação em defesa da vida. – Rio de Janeiro: AS-PTA – Assessoria e Serviços a Projetos em Agricultura Alternativa, 2011, p. 120.

7 Laudo Técnico nº 246/15, constante dos autos do inquérito civil nº 30/09.

Menciona-se que “Costa (2009) informa que altas temperaturas, baixas umidades e fortes ventos constituem-se em condições propícias à evaporação e à deriva. Informa, ainda, que as aplicações devem ser realizadas, preferencialmente, nas primeiras horas da manhã ou no final do dia”⁸.

Observa-se também que:

Jakusbasko (2009) pontua que a grande crítica contra aviação agrícola é a deriva. No entanto, os profissionais que utilizam dessa técnica argumentam que se forem observados rigorosamente as condições de vento, temperatura e umidade os riscos são mínimos. O autor pontua, também, que o problema, no entanto, é que o vento é uma variável de difícil controle e que, também, não se dá a devida importância para o parâmetro ‘Umidade Relativa do Ar’.⁹

Os Engenheiros subscritores do laudo técnico referido afirmam que:

a princípio, nota-se que a velocidade dos ventos é muito inconstante, podendo o mesmo estar em repouso, ou seja, sem velocidade e em alguns minutos acontecer rajadas com altas velocidades, o que ocasionaria, se neste momento o avião agrícola estivesse a pulverizar, a ocorrência de deriva, podendo alcançar grandes distâncias (...) a umidade relativa e temperatura do ar são, também, parâmetros importantíssimos, pois altas temperaturas e baixas umidades propiciam a evaporação das gotas do agrotóxico pulverizado.¹⁰

Dessa forma, demonstra-se a grande relevância de se observarem os parâmetros climáticos corretos para aplicação de agrotóxicos, especialmente quando se trata de sua aplicação pela via aérea.

A explanação sobre as condições climáticas se mostra relevante para demonstrar que os estudiosos da área recomendam velocidades ideais de vento, definindo velocidade mínima e máxima, além de estipularem os outros fatores climáticos relevantes.

Assim, procedeu-se a pesquisas para verificação das informações constantes nas bulas dos produtos agrotóxicos utilizados pelas usinas instaladas na região do Pontal do Paranapanema, conforme informação prestada por elas próprias.

Foram analisadas as bulas disponíveis no site da Agência de Defesa Agropecuária do Paraná (ADAPAR). Também se verificaram as informações disponíveis para cada agrotóxico no sistema Agrofit (Sistema de Agrotóxicos Fitossanitários) do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA).

8 Laudo Técnico nº 246/15, constante dos autos do inquérito civil nº 30/09.

9 Laudo Técnico nº 246/15, constante dos autos do inquérito civil nº 30/09.

10 Laudo Técnico nº 246/15, constante dos autos do inquérito civil nº 30/09.

Dos agrotóxicos já citados, ou seja, os inseticidas Certero (Triflumurom), Altacor (Clorantraniliprole), Actara (Triamethoxam), Curbix (Etiprole) e os maturadores Moddus (Trinexapac), Ethrel 720 (Ethefon) e Curavial (Sulfometuron metil), apenas o Curbix e o Ethrel 720 não apresentam parâmetros climáticos para pulverização aérea em suas bulas, razão pela qual devem ser aplicados outros parâmetros, cientificamente embasados e definidos.

Em seguida, buscaram-se dados meteorológicos da região do Pontal do Paranapanema e proximidades de forma a se estudar, respeitando-se os parâmetros recomendados para os agrotóxicos pulverizados por avião, as condições exigidas para que tal prática ocorra de forma segura na região do Pontal do Paranapanema.

De posse dos parâmetros climáticos para segura aplicação dos agrotóxicos e das leituras registradas pelas estações meteorológicas disponíveis, verificou-se que a grande maioria dos períodos e horários em que se realizaram pulverizações apresenta algum dos parâmetros fora das condições adequadas para realização da pulverização aérea.

Diante dos estudos realizados com os dados climáticos fornecidos pelas estações meteorológicas disponíveis, aliados aos parâmetros climáticos a serem observados para a pulverização de agrotóxicos, “concluiu-se não ser possível realizar a prática da pulverização aérea no Pontal do Paranapanema com segurança ao meio ambiente e à saúde pública”.

Tal conclusão se dá devido aos reduzidos intervalos que se apresentaram condições favoráveis para essa prática nas áreas e períodos estudados.

Observou-se também que a velocidade do vento é a condição de maior inconstância, apresentando grandes amplitudes em curtos intervalos de tempo. Verificou-se que, mesmo nos momentos em que a velocidade do vento apresentava-se reduzida, quando das leituras efetuadas pelas estações, nos períodos de registro das mesmas, ou seja, de 15 (quinze) ou 60 (sessenta) minutos, há ocorrências de rajadas com velocidades importantes, que em sua maioria ultrapassam os limites estipulados, podendo, então ocasionar a deriva de agrotóxicos e atingir culturas vizinhas, as águas, os solos e, especialmente, as populações rurais e urbanas.

2. AS IRREGULARIDADES CONSTATADAS E OS DANOS CAUSADOS ÀS DIVERSAS ESPÉCIES DE INTERESSES

Nos autos do inquérito civil de nº 30/09, que tramitou pelo Núcleo Pontal do Paranapanema do GAEMA, documentaram-se já vários episódios em que se identificaram graves danos ambientais em decorrência do mau uso dos agrotóxicos pelas requeridas.

Os fatos mais sintomáticos do problema foram os episódios ocorridos com produtores de bicho-da-seda radicados no Município de Sandovalina.

Muitos deles sofreram com grande mortandade desses animais, prejudicando e até inviabilizando a continuidade de suas atividades, em alguns casos.

Mas não foi só.

Em outras culturas também foram identificados efeitos maléficos oriundos da pulverização aérea de canaviais por agrotóxicos.

Os pareceres técnicos elaborados pelos profissionais Assistentes Técnicos de Promotoria demonstram com clareza a nocividade dos produtos agrotóxicos para outras culturas, para o meio ambiente e para a saúde humana.

As investigações realizadas pelo Ministério Público tiveram início no ano de 2008, quando surgiram notícias de danos e problemas ligados à aplicação de agrotóxicos em áreas de cana-de-açúcar, especialmente pelo método da pulverização aérea.

O Parecer Técnico nº 47-2008 (fls. 3 a 30 do IC 30/09), da área técnica do Ministério Público do Estado de São Paulo, relata os primeiros fatos registrados neste núcleo do GAEMA.

Tais fatos relacionavam-se a mortandade de bichos-da-seda após aplicação aérea de agrotóxicos em canaviais das redondezas.

Conforme relatado pelos criadores do bicho-da-seda do município de Sandovalina, após a passagem dos aviões aplicando os produtos químicos nos canaviais, as folhas das amoreiras, que são utilizadas para alimentação do bicho-da-seda, secavam, seguindo-se a isso a morte dos bichos-da-seda no período de três a quatro dias.

No ano de 2010, há relatos de perda total de safras de seda em assentamentos rurais nos municípios de Mirante do Paranapanema e Sandovalina (fl. 228), no período de 24 (vinte e quatro) de fevereiro a 10 (dez) de março. Segundo os boletins de ocorrência que acompanham tal informação, esses locais em que ocorreram as perdas são lotes próximos a canaviais onde ocorreu pulverização aérea de agrotóxicos.

Nos meses de dezembro de 2014 e janeiro de 2015 ocorreram, também, perdas importantes de criações de bichos-da-seda nos municípios de Sandovalina, Estrela do Norte e Mirante do Paranapanema.

Os danos decorrentes da pulverização aérea de agrotóxicos são de difícil mensuração, haja vista que a nuvem de veneno proveniente da deriva pode alcançar largas distâncias do alvo pretendido. Ferreira (2015)¹¹ explica que na década de 1990 foi publicado estudo científico comprovando que a deriva decorrente da aplicação aérea de agrotóxicos já atingiu uma distância de 32 quilômetros da área-alvo.

A aplicação dos venenos agrícolas via avião deve seguir rigorosos parâmetros climáticos, tais como velocidades máxima e mínima dos ventos, umidade relativa e temperatura do ar.

O que se verifica, no entanto, é que a combinação desses elementos para que possam ser efetuadas as aplicações aéreas de agrotóxicos na região do Pontal do Paranapanema é praticamente nula. Quando possível, verifica-se que tais condições

11 Ferreira, Maria Leonor Paes Cavalcanti. A pulverização aérea de agrotóxicos no Brasil: cenário atual e desafios. *R. Dir. Sanit.* São Paulo, v.15 n.3, p.18-45, nov. 2014/fev. 2015.

se dão em curtos espaços de tempo, ou no período noturno, quando é vedada a pulverização aérea, por não haver luz natural.

Ainda, o parâmetro que se apresenta com maior dificuldade de controle é a velocidade do vento, pois no momento da decolagem ou mesmo quando se dá o início da aplicação do produto na área-alvo, embora as condições climáticas tenham sido verificadas pelo aplicador e se demonstradas favoráveis não há como prever a ocorrência de rajadas de ventos, com velocidades consideravelmente acima daquelas recomendadas pelos fabricantes dos produtos químicos. Nesse momento, o surgimento da deriva é inevitável.

O que se verificou nos estudos realizados é que os aviadores tem realizado as aplicações mesmo quando as condições são claramente desfavoráveis.

Nem mesmo as distâncias mínimas obrigatórias que devem ser guardadas de aglomerados urbanos, moradias isoladas, mananciais e concentração de animais são observadas.

Assim, a ocorrência de danos ocasionados ao ambiente como um todo é certa.

A explanação exposta pelo Ministério do Meio Ambiente, em sítio na internet, vem ao encontro do que se expõe acima:

O comportamento do agrotóxico no ambiente é bastante complexo. Quando utilizado um agrotóxico, independentemente do modo de aplicação, possui grande potencial de atingir o solo e as águas, principalmente devido aos ventos e águas das chuvas, que promovem a deriva, a lavagem das folhas tratadas, a lixiviação e a erosão. Além disso, qualquer que seja o caminho do agrotóxico do meio ambiente, invariavelmente o homem é seu potencial receptor (grifo nosso). A complexidade da avaliação do comportamento de um agrotóxico, depois de aplicado deve-se à necessidade de se considerar a influência dos agentes que atuam provocando seu deslocamento físico e sua transformação química e biológica. As substâncias sofrem processos físicos, químicos ou biológicos, os quais podem modificar as suas propriedades e influenciar no seu comportamento, inclusive com a formação de subprodutos com propriedades absolutamente distintas do produto inicial e cujos danos à saúde ou ao meio ambiente também são diferenciados.”¹²

Somam-se a isso, ainda, algumas características apresentadas por certos agrotóxicos, tais como, alta mobilidade, alta persistência e alta toxicidade.

O produto químico classificado como *altamente tóxico* possui um grau de toxicidade consideravelmente alto, colocando em risco as populações que podem

12 MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/seguranca-quimica/agrotoxicos>>. Acesso em: 13 set. 2016.

receber resíduos desses produtos, ou mesmo, sejam atingidos por meio de derivas ocorridas quando da aplicação. *Altamente persistentes ao meio ambiente* são produtos químicos que resistem à degradação química, biológica e fotolítica de suas moléculas. Dessa forma, tem a capacidade de se acumularem nos microrganismos, plantas e animais, incluindo os seres humanos. O produto químico *altamente móvel* é aquele que possui alto potencial de deslocamento no solo, podendo atingir as águas subterrâneas e superficiais, contaminando, dessa forma, os mananciais de abastecimento humano de águas.

Tem-se, então, uma tríade de fatores que, combinados, potencializam os efeitos negativos dos agrotóxicos ao meio ambiente e à saúde humana.

Dessa maneira, é evidente a ocorrência de graves danos ao meio ambiente pela realização da pulverização aérea, mormente se efetuada em desacordo com os padrões mínimos de segurança ambiental. É fato que dimensionar com exatidão o dano causado não é tarefa simples. Porém, levando-se em consideração as características acima colocadas, pode-se afirmar seguramente que os danos causados ao meio ambiente são de grande relevância, haja vista que as populações humanas, especialmente as rurais, estão expostas a contaminações provenientes dessas substâncias tóxicas.

Forma-se uma cadeia de contaminação, cujo receptor final será, invariavelmente, o ser humano.

Mesmo que a exposição não seja diretamente causada pela deriva do agrotóxico, essas substâncias podem chegar ao homem via oral, por meio da alimentação de produtos anteriormente expostos aos contaminantes ou mesmo pela contaminação dos mananciais¹³.

Não menos importantes, mas que também afetam diretamente a qualidade da vida humana, são os impactos causados aos ecossistemas, sejam terrestres, atmosféricos ou aquáticos, pois os agrotóxicos pulverizados sobre as plantações não ficam restritos à área-alvo, afetando de maneira direta a flora nativa, bem como a fauna e ictiofauna.

13 Estudo realizado durante os anos de 2007 a 2010 por pesquisadores da Universidade Federal de Mato Grosso e da Fundação Oswaldo Cruz, em Lucas do Rio Verde, em conjunto com professores e alunos de 4 escolas, sendo uma escola no centro da cidade, outra na interface urbana/rural e duas escolas rurais, avaliou componentes ambientais, humano, animal e epidemiológico relacionados aos riscos dos agrotóxicos. Dentre as conclusões de tal pesquisa, há que se destacar que 83% dos poços de água potável (escola e cidade), 56% das amostras de chuva (pátio das escolas) e de 25% das amostras de ar (pátio das escolas) apresentaram contaminação com resíduos de agrotóxicos por durante 2 anos de monitoramento. Constatou-se a presença de resíduos de vários agrotóxicos em 88% das amostras de sangue e urina dos professores daquelas escolas, sendo que os níveis nos professores que moram e atuam na zona rural foram o dobro dos professores urbanos. Ainda constatou-se a contaminação com agrotóxicos (resíduos de Endossulfam, Deltametrina e DDE/DDT) de 100% das amostras de leite materno de 62 mães que deram à luz e amamentavam em 2011. PIGNATI, W.; MOREIRA, J.C.; PERES, F.; DORES, E.F.; *Impactos dos agrotóxicos na saúde e ambiente em Lucas do Rio Verde, Mato Grosso*. Universidade Federal de Mato Grosso e Fundação Oswaldo Cruz. Cuiabá, 2011.

Os danos à sericicultura constatados na região do Pontal do Paranapanema foram tão significativos que acarretaram o abandono da atividade por vários produtores.

É farta a documentação que comprova os danos sofridos pelos criadores de bicho-da-seda nos últimos anos, em decorrência da contaminação de sua cadeia de produção pelos agrotóxicos utilizados na monocultura de cana-de-açúcar, especialmente em função da pulverização aérea de tais produtos.

Cabe ao Direito atribuir às empresas sucroalcooleiras a responsabilidade pela indenização de tais danos, considerando-se especialmente a situação de hipossuficiência dos sericultores em relação à indústria sucroalcooleira, de poderio econômico e capacidade técnica incomparáveis.

3. DOS PRINCÍPIOS JURÍDICO-AMBIENTAIS APLICÁVEIS À HIPÓTESE ABORDADA

Os princípios jurídico-ambientais, normas estruturantes e conformantes do sistema jurídico-ambiental, devem conduzir os aplicadores do direito a uma interpretação das normas que seja consentânea com as diretrizes constitucionais vigentes.

A diretriz constitucional maior em matéria ambiental é aquela que se extrai do *caput* do art. 225 da Constituição Federal, segundo a qual o direito ao ambiente equilibrado pertence a todos e por todos deve ser preservado, para as presentes e futuras gerações.

Essa diretriz maior conduz-nos à adoção de princípios setoriais do direito ambiental, fundamentais para a solução das diversas lides que se verifiquem e especialmente relevantes no caso concreto que se apresenta.

O primeiro princípio a ser mencionado é o da **sustentabilidade ou do desenvolvimento sustentável**.

Dentre as expressões mais utilizadas e repetidas na atualidade figura a sustentabilidade ou mesmo o adjetivo sustentável. Sustentável é termo definido como característica do “que pode ser sustentado, passível de sustentação, suportável”¹⁴.

Leonardo Boff analisa a sustentabilidade, conferindo-lhe um sentido passivo e outro ativo. Proclama, então, que a sustentabilidade abrange “tudo o que fizermos para que um ecossistema não decaia e se arruine” (passivo) e ainda “os procedimentos que se tomam para permitir que um bioma se mantenha vivo, protegido, alimentado de nutrientes a ponto de sempre se conservar bem e estar sempre à altura dos riscos que possam advir” (ativo)¹⁵.

14 HOUAISS, Antônio, e VILLAR, Mauro de Salles. *Grande Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2649.

15 BOFF, Leonardo. *Sustentabilidade: o que é, o que não é*. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 31-32.

Aplicada aos problemas ambientais, a sustentabilidade deve refletir a característica das atividades que possam ser racional e razoavelmente suportadas pela própria sociedade e/ou pelo ambiente habitado por esta.

Desse modo, a sustentabilidade, como prática e valor a ser buscado¹⁶, deve nortear toda e qualquer decisão pública ou privada, especialmente aquelas de grande expressão ou abrangência social.

A finitude dos recursos naturais, por sua vez, torna imperativa sua racional utilização, de modo a se garantir um mínimo de segurança ambiental às presentes e futuras gerações¹⁷.

Esse raciocínio redundava inevitavelmente na necessária reflexão acerca do conceito de desenvolvimento econômico¹⁸.

A Declaração das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio de Janeiro, 1992) proclama que “o direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de gerações presentes e futuras” (Princípio 3); “para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental deve constituir parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente deste” (Princípio 4).

Particularmente, a questão da aplicação de agrotóxicos é tema em que se deve ter especial atenção à sustentabilidade e ao conceito de desenvolvimento sustentável, considerada a má influência que tais produtos geram a outras culturas e interesses.

Veja-se: a atividade que não se mantém sem prejudicar sensivelmente outras atividades, ao ponto de dizimá-las, não pode se considerar sustentável, social ou ambientalmente.

Como já mencionado, constatou-se na zona rural dos municípios da região uma queda vertiginosa no número de sericultores, principalmente em função dos prejuízos que tais produtores sofreram pela má influência de produtos agrotóxicos utilizados no setor sucroalcooleiro.

16 Para Juarez Freitas, a sustentabilidade pode ser definida, em termos jurídicos, como o “princípio constitucional que determina, independentemente de regulamentação legal, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar físico, psíquico e espiritual, em consonância homeostática com o bem de todos” (FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 40-41).

17 Imposição do próprio art. 225 da Constituição Federal, ao estabelecer que incumbe ao Poder Público e à sociedade o dever de preservar e defender o meio ambiente, garantindo-o sadio às “*presentes e futuras gerações*”.

18 “O conceito de desenvolvimento transcende, substancialmente, a ideia limitada de crescimento econômico” (SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang, *Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 21).

Os entes públicos brasileiros e o Poder Judiciário em especial, em atenção aos fundamentos da República (art. 1º da Constituição Federal) e também a seus objetivos (art. 3º), em sua cotidiana atividade de ponderação de interesses, devem considerar o valor da sustentabilidade¹⁹ na adoção de medidas e tomada de decisões.

Vale também fazer referência aos princípios da **prevenção** e da **precaução**, perfeitamente aplicáveis à hipótese que se apresenta.

Pelo mandamento contido no princípio da **prevenção**, deve ser dada preferência a medidas preventivas de danos ambientais. A tutela ambiental adequada não pode se contentar tão somente com a reparação de danos já ocorridos, mas deve buscar com preferência medidas que evitem a ocorrência de danos. Não se olvide também que muitos danos há que são tecnicamente irreparáveis na espécie, restando a possibilidade insatisfatória de uma compensação.

Demonstrada a nocividade do método de pulverização aérea de agrotóxicos, incumbe ao Poder Judiciário, no exercício de sua função precípua, determinar a imediata paralisação de tais procedimentos, evitando, assim, a ocorrência de novas agressões ao meio ambiente.

Já o princípio da **precaução** contém em si a ideia de que, ainda que não haja certeza sobre o caráter degradador de determinada atividade, devem ser adotadas cautelas para que se evite dano ambiental, ou seja, deve ser prolatada uma decisão em favor do meio ambiente. É o que se expressa por meio da máxima *in dubio pro ambiente*.

No mesmo sentido, aponta o conhecido princípio do **poluidor-pagador**, que exige que a pessoa responsável pela atividade poluidora arque com os custos do dano ambiental. Tal norma tem origem no preceito lógico de que os custos sociais da produção de bens ou serviços devem ser internalizados pela empresa ou pessoa que auferes os bônus de tal atividade.

Observe-se que as empresas sucroalcooleiras devem ser inteiramente responsabilizadas pelos danos causados por um método de aplicação de agrotóxicos sabidamente antiambiental.

Também pelo mandamento contido em tal princípio, conclui-se que incumbe às empresas do setor a adoção de alternativas técnicas menos danosas ao ambiente e que não ponham em risco a sanidade ambiental, as populações humanas e as próprias atividades econômicas que sofreram prejuízo reflexo.

4. DOS DISPOSITIVOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL QUE SE IMPÕEM À QUESTÃO

Ao dizer a Constituição Federal que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia quali-

19 “A sustentabilidade não é, pois, princípio abstrato ou de observância adiável: vincula plenamente e se mostra inconciliável com o vicioso descumprimento da função socioambiental dos bens e serviços” (FREITAS, Juarez. *Op. cit.*, p. 39).

dade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”, estabelece a Carta um mandamento constitucional claramente protetivo dos bens ambientais disponíveis no país.

Ressalte-se que o art. 225 da Constituição Federal impõe a todos o dever de preservação do ambiente equilibrado e determina especialmente ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

(...)

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

(...)

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

O mau uso dos agentes químicos no campo acaba por afrontar todos esses deveres do Poder Público, que, para se recompor em seu papel de agente fiscalizador, deve coibir as práticas já constatadas e flagrantemente violadoras da Constituição.

Além disso, o mau uso dos agrotóxicos (o abuso desse direito, por assim dizer), viola as normas constitucionais citadas, pois:

- contraria o disposto no inciso I do § 1º do art. 225 – ataca gravemente os processos ecológicos essenciais que ocorrem entre as diversas espécies e ecossistemas;
- contraria o disposto no inciso II do § 1º do art. 225 – age contra a preservação da diversidade e da integridade do patrimônio genético do País, estabelecendo a primazia de extensas monoculturas sem permitir sua convivência com quaisquer outras espécies;
- contraria o disposto no inciso III do § 1º do art. 225 – afeta a integridade dos atributos que justificam a proteção dos espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos;

- contraria o disposto no inciso V do § 1º do art. 225 – envolve técnicas, métodos e substâncias que comportam alto risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente, aplicadas, como aqui demonstrado, de maneira absolutamente descontrolada;
- contraria o disposto no inciso VII do § 1º do art. 225 – constitui a utilização de prática que evidentemente coloca em risco a função ecológica de diversas espécies da fauna e da flora.

Urge, pois, determinar a paralisação dos indevidos métodos de aplicação de agrotóxicos aqui referidos, além de se exigir a integral reparação dos danos já causados ao ambiente e aos indivíduos mais diretamente atingidos.

5. DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL APLICÁVEL À HIPÓTESE

Vale trazer à baila ainda a legislação infraconstitucional que aqui merece destaque por se referir às questões jurídicas relevantes para a análise da hipótese em estudo.

Sobre a responsabilidade civil aventada, não é demais lembrar que o responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental está obrigado, *independentemente da existência de culpa*, a indenizar e/ou reparar os danos causados ao meio ambiente²⁰.

A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, ao consagrar a responsabilidade objetiva daquele que causa dano ao ambiente, adotou a *teoria do risco integral*. O dever de reparar o dano surge independentemente da culpa do agente, da licitude da sua conduta, do caso fortuito ou da força maior, bastando a demonstração da existência do dano (o nexo entre atividade e dano).

Não se despreza também a existência da Lei nº 7.802/89, diploma que:

dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins, e dá outras providências.

Tal lei preconiza em seu art. 14:

Art. 14. As responsabilidades administrativa, civil e penal pelos danos causados à saúde das pessoas e ao meio ambiente, quando a produção, comercialização, utilização, transporte e destinação de embala-

20 BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. *Lei de Política Nacional do Meio Ambiente*, art. 14, § 1º.

gens vazias de agrotóxicos, seus componentes e afins, não cumprirem o disposto na legislação pertinente, cabem:

- a) ao profissional, quando comprovada receita errada, displicente ou indevida;
- b) ao usuário ou ao prestador de serviços, quando proceder em desacordo com o receituário ou as recomendações do fabricante e órgãos registrantes e sanitário-ambientais;
- c) ao comerciante, quando efetuar venda sem o respectivo receituário ou em desacordo com a receita ou recomendações do fabricante e órgãos registrantes e sanitário-ambientais;
- d) ao registrante que, por dolo ou por culpa, omitir informações ou fornecer informações incorretas;
- e) ao produtor, quando produzir mercadorias em desacordo com as especificações constantes do registro do produto, do rótulo, da bula, do folheto e da propaganda, ou não der destinação às embalagens vazias em conformidade com a legislação pertinente;
- f) ao empregador, quando não fornecer e não fizer manutenção dos equipamentos adequados à proteção da saúde dos trabalhadores ou dos equipamentos na produção, distribuição e aplicação dos produtos.

As empresas sucroalcooleiras, ao fazerem uso inadequado dos produtos agrotóxicos, fazem incidir o disposto no art. 14, *b*, pois se trata de utilização dos agrotóxicos em desacordo com as condições preconizadas pelos fabricantes e pelos órgãos públicos competentes para o tema.

As empresas referidas são, na dicção da Lei nº 7.802/89, usuárias dos produtos agrotóxicos e devem, assim, responder pelos danos eventualmente causados pelos agentes químicos referidos, já nocivos, e, nesse caso, indevidamente utilizados.

Ainda que se discutisse a sua condição de usuárias, aliás, responderiam da mesma forma pelos danos causados, pois que demonstrado o nexo de causalidade entre suas condutas e os eventos lesivos relatados.

Desse modo, respondem objetivamente, conforme disposto na Constituição Federal²¹, no Código Civil²² e na Lei de Política Nacional de Meio Ambiente²³.

21 “Art. 225 (...) § 3º – As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

22 “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

23 “Art 14 (...) § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente”.

Não se olvide ainda que, no que se refere à regularidade de procedimentos a serem respeitados na aplicação aérea de produtos agrotóxicos, outras disposições legais e regulamentares incidem sobre o tema.

A Lei nº 7.802/89 dispõe:

Art. 7º Para serem vendidos ou expostos à venda em todo o território nacional, **os agrotóxicos e afins são obrigados a exhibir rótulos próprios e bulas**, redigidos em português, que contenham, entre outros, os seguintes dados:

I - indicações para a identificação do produto, compreendendo:

- a) o nome do produto;
- b) o nome e a percentagem de cada princípio ativo e a percentagem total dos ingredientes inertes que contém;
- c) a quantidade de agrotóxicos, componentes ou afins, que a embalagem contém, expressa em unidades de peso ou volume, conforme o caso;
- d) o nome e o endereço do fabricante e do importador;
- e) os números de registro do produto e do estabelecimento fabricante ou importador;
- f) o número do lote ou da partida;
- g) um resumo dos principais usos do produto;
- h) a classificação toxicológica do produto;

II - instruções para utilização, que compreendam:

- a) a data de fabricação e de vencimento;
- b) o intervalo de segurança, assim entendido o tempo que deverá transcorrer entre a aplicação e a colheita, uso ou consumo, a semeadura ou plantação e a semeadura ou plantação do cultivo seguinte, conforme o caso;
- c) informações sobre o modo de utilização, incluídas, entre outras: a indicação de onde ou sobre o que deve ser aplicado; o nome comum da praga ou enfermidade que se pode com ele combater ou os efeitos que se pode obter; a época em que a aplicação deve ser feita; o número de aplicações e o espaçamento entre elas, se for o caso; as doses e os limites de sua utilização;
- d) informações sobre os equipamentos a serem usados e a descrição dos processos de tríplex lavagem ou tecnologia equivalente, procedimentos para a devolução, destinação, transporte, reciclagem, reutilização e inutilização das embalagens vazias e efeitos sobre o meio ambiente decorrentes da destinação inadequada dos recipientes;

III - informações relativas aos perigos potenciais, compreendidos:

- a) os possíveis efeitos prejudiciais sobre a saúde do homem, dos animais e sobre o meio ambiente;

- b) precauções para evitar danos a pessoas que os aplicam ou manipulam e a terceiros, aos animais domésticos, fauna, flora e meio ambiente;
 - c) símbolos de perigo e frases de advertência padronizados, de acordo com a classificação toxicológica do produto;
 - d) instruções para o caso de acidente, incluindo sintomas de alarme, primeiros socorros, antídotos e recomendações para os médicos;
- IV - recomendação para que o usuário leia o rótulo antes de utilizar o produto.

Observa-se, pois, que a aplicação dos produtos agrotóxicos deve se dar em conformidade com as recomendações obrigatoriamente constantes dos rótulos e bulas fornecidos pelos fabricantes.

A regulamentação sobre os parâmetros climáticos de uso de cada produto foi pela lei remetida à disciplina exposta pelo fabricante nos rótulos ou bulas dos produtos.

O descumprimento de tais recomendações, como ocorrido nos fatos aqui relatados, enseja responsabilidade jurídica aos usuários, nas três esferas de responsabilidade, tal como imposto pelo já citado art. 14 da Lei nº 7.802/89.

Frise-se também a existência de importante norma regulamentar disposta no Regulamento Brasileiro de Aviação Civil nº 137:

137.213 Condições atmosféricas para operações aeroagrícolas:

(a) Ninguém pode conduzir operações aeroagrícolas noturnas (além de 30 minutos após o por do sol e antes dos 30 minutos anteriores ao nascer do sol), quaisquer que sejam as condições meteorológicas existentes, a menos que autorizado pela ANAC e respeitados os requisitos estabelecidos no parágrafo 91.205(c) e na seção 91.209 do RBHA 91, ou disposições correspondentes do RBAC que venha a substituí-lo.

(b) Ninguém pode conduzir operações aeroagrícolas em espaço aéreo não controlado, se na área de aplicação: (1) a visibilidade em voo for inferior a 2,5 km; e (2) o teto for inferior a 500 pés acima do terreno.

(c) Ninguém pode conduzir operações aeroagrícolas em espaço aéreo controlado, quaisquer que sejam as condições atmosféricas existentes, sem a devida autorização do controle de tráfego aéreo com jurisdição sobre a referida área.

Além disso, vale ressaltar a importância de se observarem as exigências contidas na Instrução Normativa 02/2008 do MAPA, entre as quais destacam-se aquelas exaradas no Art. 10:

Art. 10 Para o efeito de segurança operacional, a aplicação aeroagrícola fica restrita à área a ser tratada, observando as seguintes regras:

I – Não é permitida a aplicação aérea de agrotóxicos em áreas situadas a uma distância mínima de:

a) quinhentos metros de povoações, cidades, vilas, bairros, de mananciais de captação de água para abastecimento da população;

b) duzentos e cinquenta metros de mananciais de água, moradias isoladas e agrupamentos de animais;

II – nas aplicações realizadas próximas às culturas susceptíveis, os danos serão de inteira responsabilidade da empresa aplicadora;

III – no caso da aplicação aérea de fertilizantes e sementes, em áreas situadas à distância inferior a quinhentos metros de moradias, o aplicador fica obrigado a comunicar previamente aos moradores da área;

IV – não é permitida a aplicação aérea de fertilizantes e sementes, em mistura com agrotóxicos, em áreas situadas nas distâncias previstas no inciso I, deste artigo;

V – as aeronaves agrícolas, que contenham produtos químicos, ficam proibidas de sobrevoar as áreas povoadas, moradias e os agrupamentos humanos, ressalvados os casos de controle de vetores, observadas as normas legais pertinentes;

Como se vê, o conjunto normativo existente no Brasil permite que se conheça com precisão as condições para aplicação aérea de agrotóxicos, adotando-se as medidas preventivas e/ou reparatórias cabíveis em caso de descumprimento das regras existentes.

CONCLUSÃO

As empresas exploradoras de atividade econômica sucroalcooleira na região do oeste paulista produzem diretamente e fomentam de diversas formas o cultivo de cana-de-açúcar em extensas áreas rurais. A monocultura extensiva de cana-de-açúcar, como de resto ocorre com outras monoculturas extensivas, requer o intenso uso de produtos químicos que potencializam a produtividade da atividade (os chamados agrotóxicos).

A aplicação dos agrotóxicos é comumente feita por meio da pulverização aérea, com o uso de aviões contratados para tal fim pelas próprias empresas do setor sucroalcooleiro.

A aplicação aérea dos agrotóxicos é procedimento que envolve sérios riscos ambientais, mormente se realizada em desacordo com todas as recomendações e exigências legais e regulamentares.

Os elementos técnicos coletados pelo Ministério Público em investigações realizadas nos últimos anos demonstram que as condições climáticas da região praticamente impedem a realização do método de pulverização aérea de agrotóxicos, por haver sempre algum fator climático em desacordo com as normas aplicáveis (velocidade dos ventos, unidade relativa do ar ou temperatura).

A investigação levada a efeito pelo Ministério Público comprovou a ocorrência de vários danos ao ambiente e a pessoas reflexamente atingidas pelos procedimentos inadequados realizados pelas empresas sucroalcooleiras, de modo que se impõe reconhecer a responsabilidade jurídica das rés.

A teoria jurídico-ambiental prevalente na atualidade propicia a plena responsabilidade das empresas referidas, sendo esse o sentido determinado pelos princípios do Direito Ambiental, pelas normas constitucionais aplicáveis e pela legislação infraconstitucional vigente.

REFERÊNCIAS

BOFF, Leonardo. *Sustentabilidade: o que é, o que não é*. Petrópolis: Vozes, 2012.

BRASIL. Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981. *Lei de Política Nacional do Meio Ambiente*, art. 14, § 1º.

EU. Diretiva 2009/128/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia.

FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti. A pulverização aérea de agrotóxicos no Brasil: cenário atual e desafios. *R. Dir. Sanit.* São Paulo: v.15 n.3, p.18-45, nov. 2014/fev. 2015.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HOUAISS, Antônio, e VILLAR, Mauro de Salles. *Grande Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

INCA. Posicionamento do Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva acerca dos agrotóxicos. Disponível em: <http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/agencia/noticias/site/home/noticias/2015/debate_e_documento_publico_organizados_pelo_inca_alertam_para_os_riscos_dos_agrotoxicos_no_dia_mundial_da_saude>. Acesso em: 13 set. 2016.

LONDRES, Flavia. *Agrotóxicos no Brasil: um guia para ação em defesa da vida*. Rio de Janeiro: AS-PTA – Assessoria e Serviços a Projetos em Agricultura Alternativa, 2011.

MACHADO, Luiz Carlos Pinheiro. *A Dialética da Agroecologia*. São Paulo: Expressão Popular, 2014.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/seguranca-quimica/agrotoxicos>>. Acesso em: 13 set. 2016.

PIGNATI, Wanderlei, MOREIRA, J.C; PERES, F.; DORES, E.F.; *Impactos dos agrotóxicos na saúde e ambiente em Lucas do Rio Verde, Mato Grosso*. Universidade Federal de Mato Grosso e Fundação Oswaldo Cruz. Cuiabá, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

AÇÃO RESCISÓRIA E COISA JULGADA
INCONSTITUCIONAL NO NOVO CPC

THE RECISSORY ACTION AGAINST UNCONSTITUTIONAL
RES JUDICATA IN NEW CPC

Fábio Meneguelo Sakamoto

Promotor de Justiça - MPSP, especialista em Interesses Difusos pela ESMP,
mestrando em Direito Constitucional pela PUC/SP

RESUMO

O presente artigo tem como finalidade analisar a (in) constitucionalidade da regra trazida com o art. 525, §15, do novo Código de Processo Civil, por meio da qual o prazo para a ação rescisória contra a decisão judicial definitiva, fundada em lei posteriormente declarada inconstitucional, tem como termo inicial o trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS-CHAVE

Coisa julgada, segurança jurídica, normas individuais e concretas, inconstitucionalidade.

ABSTRACT

This article aims examine if the art. 525, §15, Código de Processo Civil is constitutional or unconstitutional. The present legal instrument has increased the time to suit against the final judicial decision Court about unconstitutionality.

KEYWORDS

Res judicata, legal certainty, unconstitutionality

INTRODUÇÃO

Toda inovação legislativa, não obstante o controle preventivo que deve ser realizado no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo, traz sempre consigo a necessidade de uma análise reflexiva acerca da sua pertinência ou não com o sistema normativo hierárquico que possui na Constituição da República o seu ponto de partida e de chegada.

As normas jurídicas, na linha de pensamento Kelseniano, estão dispostas numa estrutura hierarquizada e se relacionam por meio de um processo de fundamentação e de derivação que se opera tanto no aspecto material quanto no formal/processual, o que lhe imprime possibilidade dinâmica. Dessa maneira, as de hierarquia inferior derivam material e formalmente das normas de hierarquia superior. Essas, por sua vez, servem de fundamento de validade, material e formal, para aquelas e, nessa estrutura hierarquizada, a Constituição Federal exerce papel fundamental no funcionamento do sistema, uma vez que constitui o fundamento de validade de todo ele, conferindo-lhe um caráter unitário e homogêneo. Por isso se diz que a Constituição é o ponto de partida e de chegada do processo de derivação e de fundamentação.

Segundo Paulo de Barros Carvalho, “sem hierarquia não há sistema de direito, pois ninguém poderia apontar o fundamento de validade das unidades componentes, não se sabendo qual deva prevalecer”. Por isso, afirma categoricamente que “o princípio da hierarquia é um axioma”¹, no que é acompanhado por Aurora Tomazini de Carvalho.²

Os arts. 525 e 535 do novo Código de Processo Civil trazem uma importante novidade.

Com efeito, a exemplo do que já ocorria na vigência do código revogado (arts. 475-L, §1º e 741, parágrafo único), regulam a impugnação ao cumprimento de sentença e preveem que uma das possibilidades de o executado ofertar sua defesa em juízo está na alegação de inexecuibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação, sendo que uma das formas de inexigibilidade ocorre quando a obrigação reconhecida em título executivo judicial estiver fundada em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

Dispõe o art. 525, §14, e o art. 535, §7º, que a impugnação tem cabimento quando a decisão de inconstitucionalidade for anterior à formação do título executivo, pois se ocorrer posteriormente ao trânsito em julgado da sentença haverá necessidade de ajuizamento de ação rescisória.

1 Direito Tributário, Linguagem e Método. São Paulo: Noeses, 2015, Segunda Parte, Capítulo 1, p. 232.

2 Curso de Teoria Geral do Direito (O Constructivismo Lógico-Semântico). São Paulo: Noeses, 2015, p. 521.

Ocorre que, nessa última hipótese, isto é, de declaração de inconstitucionalidade pelo STF depois da formação do título executivo (depois do trânsito em julgado da decisão exequenda), o prazo da ação rescisória passa a ser contado, e **aqui está a novidade**, do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. É o que preceitua o §15 do art. 525 e o §8º do art. 535 do Código de Processo Civil.

O presente trabalho, portanto, tem por objetivo analisar se a inovação legislativa inserida no art. 525, §15, do Código de Processo Civil³, que alargou sobremaneira (ou afastou por completo) o prazo para o ajuizamento da ação rescisória contra a coisa julgada inconstitucional, é materialmente compatível com a Constituição Federal. Tem por objeto, outrossim, analisar se, caso a conclusão seja pela afronta ao texto da Magna Carta, se há alguma maneira de salvar o dispositivo legal em questão conferindo-lhe uma interpretação que se harmonize com o texto maior e quais seriam algumas das opções possíveis.

A conclusão, num ou noutro sentido, no entanto, pressupõe que se passe em revista institutos correlatos e por isso também serão esmiuçados os temas envolvendo a coisa julgada e a questão da segurança jurídica, bem como os efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade de leis e atos normativos federais e estaduais, mas com especial enfoque sobre as normas individuais e concretas judiciais, vale dizer, sobre as sentenças judiciais.

1. A COISA JULGADA NO SISTEMA NORMATIVO BRASILEIRO

A coisa julgada, conceituada no art. 502 do CPC/2015 como a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso, tem, como se sabe, assento constitucional na cabeça do artigo 5º da Constituição Federal quando se alude genericamente à “segurança”, expressão que, consoante entendimento de há muito consolidado na doutrina, significa a segurança jurídica.

Ou seja, o fundamento de existência da coisa julgada é a garantia maior da segurança jurídica, conceituada por Jorge Reinaldo Vanossi, citado por José Afonso da Silva, como o “conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida”.⁴

A estabilidade das relações jurídicas é absolutamente necessária para que os indivíduos possam planejar seus atos.

3 § 15. Se a decisão referida no § 12 for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

4 Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo. Malheiros, 2000, p. 435.

Mais do que isso. É, como dizem Nelson e Rosa Nery, verdadeira manifestação do Estado Democrático de Direito, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º da CF).

A segurança jurídica, trazida pela coisa julgada material, é manifestação do Estado Democrático de Direito (CF 1º *caput*). Entre o *justo absoluto*, utópico, e o *justo possível*, realizável, o sistema constitucional brasileiro, a exemplo do que ocorre na maioria dos sistemas democráticos ocidentais, optou pelo segundo (*justo possível*), que também se consubstancia na segurança jurídica da coisa julgada material.⁵

E a magnitude de direito fundamental se justifica plenamente na medida em que a coisa julgada é, em última análise, instrumento de pacificação social. Justa ou injusta a decisão judicial de mérito, é preciso que o caso submetido ao Estado-Juiz tenha um fim. É preciso que a controvérsia entre as partes se torne indiscutível para que se possa alcançar o objetivo final, que é a pacificação no seio social. Só assim, num ambiente juridicamente definido, ainda que não da melhor forma possível, é que os indivíduos vão poder planejar suas vidas e suas condutas.

Com bem diz Luiz Guilherme Marinoni:

O recrudescimento da decisão judicial, ápice do discurso jurídico, é imprescindível para que o próprio discurso tenha razão de ser, e, assim, realmente exista enquanto discurso jurídico. A coisa julgada, portanto, não é uma regra preocupada com o conteúdo do discurso, mas sim uma condição para que o discurso seja um discurso institucional limitado no tempo e, destarte, um discurso jurídico propriamente dito. Na verdade, se a discussão jurídica não tiver um termo a partir do qual a decisão não possa ser questionada, não haverá sentido em falar em discurso jurídico nem muito menos em realizá-lo.⁶

Diante dessa conformação constitucional, como direito fundamental que tem como pano de fundo a defesa do próprio Estado Democrático de Direito, o legislador tem o dever de respeitar a coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF), que, aliás, não pode ser abolida do texto constitucional (art. 60, §4º, IV, da CF). Ou, como dizem Marinoni e Mitidiero, “é vedado ao legislador atuar de modo a *enfraquecer* ou *abolir* a coisa julgada no Estado Constitucional”.⁷

Não se pode perder de foco, no entanto, que, assim como todos os demais direitos fundamentais, não possui caráter absoluto, pois se assim não fosse nem poderia existir no sistema a ação rescisória.⁸

5 Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2015, p. 1192.

6 Coisa Julgada Inconstitucional, 2ª edição, p. 56/57.

7 Curso de Direito Constitucional. São Paulo. Saraiva 2015, p. 785.

8 Segundo Nelson e Rosa Nery, a ação rescisória constitui uma exceção à autoridade da coisa julgada,

2. NORMAS INDIVIDUAIS E CONCRETAS FUNDADAS EM LEI DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO STF

Inicialmente devemos esclarecer que, malgrado estejamos aludindo a normas individuais e concretas em sentido amplo, o que abarca os atos administrativos, o enfoque se dá em relação às sentenças e acórdãos, os quais ficam acobertados pelo manto da coisa julgada.

Outra observação preliminar que se impõe nesse tópico é a de que o objeto de análise do texto em questão compreende a declaração de inconstitucionalidade *posteriormente* à formação da coisa julgada, pois, segundo a novel legislação, se quando da formação do título executivo judicial já existe o reconhecimento de inconstitucionalidade da lei pelo Supremo Tribunal Federal, não há necessidade de ajuizamento de ação rescisória, bastando a impugnação fundada na inexigibilidade da obrigação, o que na visão de Nelson Nery Jr. veio corrigir a inconstitucionalidade do antigo art. 475-L, §1º, do CPC/73, que violava a garantia individual ou coletiva da coisa julgada.⁹

Pois bem. Uma vez declarada inconstitucional a lei que dá suporte a uma decisão judicial definitiva, em sede de controle abstrato feito pelo Supremo Tribunal Federal, essa sentença permanece produzindo seus efeitos para as partes em relação às quais foi proferida ou é fulminada automaticamente como consequência lógica da nulidade reconhecida?

Segundo entendimento dominante na doutrina nacional¹⁰, a lei declarada inconstitucional pelo STF é considerada nula e a decisão judicial da Corte, por conseguinte, deveria ter natureza jurídica declaratória, o que, também via de consequência, explicaria o efeito retroativo (*ex tunc*). O art. 27 da Lei 9.868/99 preceitua que a regra da decisão é produzir efeitos de forma retroativa, pois para fixação de termo inicial diverso, a partir do trânsito em julgado, por exemplo, há necessidade de quórum qualificado (2/3 dos ministros) e razão de excepcional interesse social ou segurança jurídica que o justifique.

Assim, à primeira vista não seria desarrazoado supor que a decisão judicial definitiva, proferida com base em lei reconhecida depois como inconstitucional, fosse também automaticamente inválida, posicionamento que encontra guarida no pensamento de Paulo Otero, para quem a intangibilidade da coisa julgada foi pensada “para decisões judiciais conforme o Direito ou, quando muito, decisões mera-

uma exceção que possui arrimo no “princípio constitucional da proporcionalidade, em face da extrema gravidade de que se reveste a sentença com os vícios arrolados *em numerus clausus* pelo artigo 966 do CPC”.

9 *Ob. Cit.*, p. 1308.

10 Como observa Gilmar Mendes, a teoria da nulidade tem sido sustentada por praticamente todos os nosos importantes constitucionalistas, inclusive por Rui Barbosa no trabalho Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo, *in* Trabalhos Jurídicos, p. 70/71. (Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO, Comentários à Lei 9.868/99. São Paulo. Saraiva 2012, p. 606).

mente injustas ou ilegais em relação à legalidade ordinária”.¹¹ Esse argumento é sedutor, pois, do ponto de vista lógico, pode mesmo não parecer coerente considerar como válida uma decisão judicial ancorada em lei inconstitucional, nula, portanto.

No entanto, existem pelo menos duas razões que justificam o paradoxo de se admitir que uma lei “nula” continue produzindo efeitos enquanto não for atacada pelo instrumento jurídico idôneo para tanto, ou seja, de se permitir a manutenção da coisa julgada inconstitucional.

A primeira delas está assentada na garantia fundamental da segurança jurídica, que impõe sejam diferenciados os *efeitos da decisão* do Supremo Tribunal Federal *no plano normativo dos efeitos da decisão no plano da norma individual e concreta*, uma vez que o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos não significa controle de decisão judicial. São coisas distintas e que não se confundem, nem mesmo em razão da eficácia retroativa da decisão proferida no controle abstrato. Ou seja, o fato de a decisão, como regra¹², produzir efeito *ex tunc*, já que declara uma nulidade, não significa que as decisões judiciais transitadas em julgado possam ser consideradas inválidas automaticamente, pois tal efeito diz respeito ao controle das leis (plano normativo) e não ao controle das decisões judiciais (plano do ato singular).

Malgrado o direito brasileiro não contemple nenhum enunciado prescritivo expresso sobre a impossibilidade de desfazimentos dos atos não mais suscetíveis de impugnação, a exemplo do que ocorre com o § 79 da Lei do *Bundesverfassungsgericht* (Lei do Tribunal Constitucional Federal) e com o art. 282, 3, da Constituição da República Portuguesa, concede-se, segundo o magistério de Gilmar Ferreira Mendes,

proteção ao ato singular, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, procedendo-se à diferenciação entre o efeito da decisão no plano normativo (*Normebene*) e no plano do ato singular (*Einzelaktebene*) mediante a utilização das chamadas *fórmulas de preclusão*.¹³

Entre o princípio da nulidade do ato inconstitucional e o princípio da segurança jurídica, ambos com arrimo constitucional, deve-se optar pelo segundo, que, consoante já adiantado acima, decorre do Estado Democrático de Direito e tem por escopo a pacificação social, finalidade última do Direito.

A segunda, por sua vez, decorre de interessante raciocínio desenvolvido por Luiz Guilherme Marinoni, levando em conta a obrigatoriedade de realização de controle de constitucionalidade difuso por qualquer juiz e qualquer Tribunal durante construção da norma individual e concreta que resolverá o mérito da causa, vale dizer, como condição necessária para prolação da sentença.

11 Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional, p. 120.

12 O art. 27 da Lei 9.868/99, como cediço, permite a modulação temporal dos efeitos da decisão.

13 Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO, Comentários à Lei 9.868/99. São Paulo. Saraiva 2012, p. 543.

Está assentada na ideia de que o juiz, ao proferir uma decisão de mérito, não realiza simplesmente uma atividade de subsunção do caso ao enunciado prescritivo tal como emanado do legislador, isto é, não atua como um simples aplicador da lei geral e abstrata como propunha Chiovenda. “A adoção da teoria chiovendiana da jurisdição, segundo a qual o juiz atua a vontade concreta da lei, realmente pode conduzir à suposição de que a decisão de inconstitucionalidade deve invalidar a sentença que “atuou a vontade da lei” posteriormente declarada inconstitucional”.¹⁴

Na verdade o juiz cria a norma individual e concreta que vai compor o conflito de interesse entre as partes e assim o faz tendo como pressuposto o poder-dever de realizar o controle de constitucionalidade difuso das leis a serem aplicadas. Esse dever, por seu turno, decorre do próprio sistema normativo estruturado de forma hierarquizada, por meio do qual a Constituição de República é o norte de toda atuação judicial. E se o juiz, ao construir a norma individual e concreta, tem por dever de ofício analisar a relação de compatibilidade vertical dos enunciados prescritivos com a Constituição Federal, é forçoso reconhecer o acerto do magistério de Miguel Galvão Teles, citado por Marinoni, para quem, nesses casos,

Não está admitindo que um ato inconstitucional produza efeitos, mas apenas salvaguardando “juízos precedentes sobre a inconstitucionalidade, diferentes da decisão que veio a prevalecer na decisão com efeito geral.” (...) O respeito ao caso julgado não significa reconhecer efeitos a uma lei inconstitucional, mas reconhecer efeitos a uma lei que determinado juízo teve por constitucional, melhor, reconhecer efeitos ao juízo da constitucionalidade.¹⁵

Assim, segundo essa linha de pensamento, não é a lei nula, declarada inconstitucional, que continua produzindo efeitos, o que pode soar paradoxal, mas a norma individual e concreta proferida tendo como pressuposto a análise da pertinência da lei que lhe dá sustentação com a Constituição Federal. O que vale é a constitucionalidade da norma individual e concreta e não a inconstitucionalidade declarada na decisão de efeito geral, vale dizer *erga omnes*.

De forma bastante elucidativa, o processualista italiano Andrea Proto Pisani, também citado por Marinoni, esclarece que a decisão judicial transitada em julgado funciona como uma lei especial (*lex specialis*) em relação à lei geral e abstrata declarada como inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, razão por que deve prevalecer até que seja rescindida.¹⁶ Seria como se, num conflito aparente de normas de um caso penal, prevalecesse a norma especial em detrimento daquela de caráter geral, sendo que a especial, nesse caso, é elaborada por juiz constitucionalmente competente da mesma forma que os ministros do Supremo Tribunal Federal.

14 *Ob. Cit.*, p. 1169.

15 Curso de Direito Constitucional. São Paulo. Saraiva 2015, p. 1172.

16 *Ob. Cit.*, p. 1171.

Paulo de Barros divide a norma em sentido amplo e em sentido estrito. Em sentido amplo significa o conteúdo do enunciado prescritivo, a significação construída pelo intérprete. Em sentido estrito, por sua vez, significa a composição articulada dessas significações, de modo a produzir uma mensagem com sentido completo. Não consiste apenas no significado de determinada proposição isoladamente considerada, mas resulta da conjugação de mais de um enunciado numa interpretação sistêmica pela qual se possa construir uma unidade completa de sentido.

Segundo nos parece, o professor utiliza-se da expressão “significação construída”, isto é, utilizando a palavra “construída”, para deixar claro que, na sua visão, o intérprete cria a norma jurídica a partir de uma análise sistêmica de enunciados descritivos e não extrai o seu sentido da norma que estaria contida no enunciado, posição que se afina com a de Marinoni acima exposta, embora por motivos diversos.

Vê-se assim que a declaração de inconstitucionalidade não opera seus efeitos de forma automática em relação às normas individuais e concretas construídas com suporte na lei declarada inconstitucional, ou seja, o ato administrativo e a decisão judicial definitiva fundados na lei inconstitucional continuam produzindo os seus regulares efeitos entre as partes em que foram proferidos até que sejam atacados por meio do incidente de impugnação ou pela ação rescisória. E, caso não sejam atacados dentro dos prazos processuais previstos na legislação, permanecem produzindo seus efeitos *ad eternum*.

E, se não opera efeitos de forma automática, parece difícil discordar de Tárek Moyses Moussallem quando diz que “O acórdão em ação direta constitui a inconstitucionalidade, não a declara simplesmente.”¹⁷ Para ele:

O caráter constitutivo do acórdão prolatado em ação direta de inconstitucionalidade é tão evidente que todas as normas individuais e concretas expedidas com fundamento de validade na norma declarada inconstitucional permanecem válidas no sistema até que sejam expulsas por ato de fala competente. (...) Tanto é assim que a declaração de inconstitucionalidade da lei A não confere, por si só, a efetiva devolução do tributo (norma individual e concreta) pago indevidamente. Torna-se imperiosa a edição de norma individual e concreta para desconstituir aquela referente ao pagamento.¹⁸

Nem mesmo a eficácia *erga omnes* e o efeito *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade têm o condão de alterar esse panorama, pois, segundo Gilmar Mendes, não operam a “depuração total do ordenamento jurídico”, somente criando condições para a eliminação dos atos singulares suscetíveis de revisão ou de impugnação.¹⁹

17 MOUSSALLEM, Tárek Moyses. Revogação em Matéria Tributária. São Paulo. Noeses, 2007, p. 252.

18 *Ob. Cit.*, p. 254.

19 *Ob. Cit.*, p. 549.

Esse entendimento, isto é, de que a declaração de inconstitucionalidade não opera seus efeitos de forma automática foi também afirmado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal no RE 730.462.

No julgamento desse caso concreto firmou-se ainda o entendimento de que em certos casos as normas individuais e concretas, mais especificamente as decisões judiciais, além de não serem desconstituídas de forma automática, passam a ser inquestionáveis, bastando para tanto que a inconstitucionalidade seja reconhecida em sede de controle concentrado depois do seu trânsito em julgado e depois de ultrapassado o prazo da ação rescisória, caso em que se estará diante da coisa soberanamente julgada. Reconheceu-se a existência de diferença entre a eficácia normativa e a eficácia executiva da decisão da Corte.

Essa foi a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no RE 730.462:

Decisão do Supremo Tribunal Federal que declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de norma não produz a automática reforma ou rescisão de decisões anteriores que tenham adotado entendimento diferente. Para que tal ocorra, será indispensável a interposição de recurso próprio ou, se for o caso, a propositura de ação rescisória própria, nos termos do art. 485 do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (art. 495).²⁰

20 EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE PRECEITO NORMATIVO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EFICÁCIA NORMATIVA E EFICÁCIA EXECUTIVA DA DECISÃO: DISTINÇÕES. INEXISTÊNCIA DE EFEITOS AUTOMÁTICOS SOBRE AS SENTENÇAS JUDICIAIS ANTERIORMENTE PROFERIDAS EM SENTIDO CONTRÁRIO. INDISPENSABILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO OU PROPOSITURA DE AÇÃO RESCISÓRIA PARA SUA REFORMA OU DESFAZIMENTO. 1. A sentença do Supremo Tribunal Federal que afirma a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo gera, no plano do ordenamento jurídico, a consequência (= eficácia normativa) de manter ou excluir a referida norma do sistema de direito. 2. Dessa sentença decorre também o efeito vinculante, consistente em atribuir ao julgado uma qualificada força impositiva e obrigatória em relação a supervenientes atos administrativos ou judiciais (= eficácia executiva ou instrumental), que, para viabilizar-se, tem como instrumento próprio, embora não único, o da reclamação prevista no art. 102, I, "I", da Carta Constitucional. 3. A eficácia executiva, por decorrer da sentença (e não da vigência da norma examinada), tem como termo inicial a data da publicação do acórdão do Supremo no Diário Oficial (art. 28 da Lei 9.868/1999). É, conseqüentemente, eficácia que atinge atos administrativos e decisões judiciais supervenientes a essa publicação, não os pretéritos, ainda que formados com suporte em norma posteriormente declarada inconstitucional. 4. Afirma-se, portanto, como tese de repercussão geral que a decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das sentenças anteriores que tenham adotado entendimento diferente; para que tal ocorra, será indispensável a interposição do recurso próprio ou, se for o caso, a propositura da ação rescisória própria, nos termos do art. 485, V, do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (CPC, art. 495). Ressalva-se desse entendimento, quanto à indispensabilidade da ação rescisória, a questão relacionada à execução de efeitos futuros da sentença proferida em caso concreto sobre relações jurídicas de trato continuado. 5. No caso, mais de dois anos se passaram entre o trânsito em julgado da sentença no caso concreto reconhecendo, incidentalmente, a constitucionalidade do artigo 9º da Medida Provisória 2.164-41 (que acrescentou o artigo 29-C na Lei 8.036/90) e a superveniente decisão do STF que, em controle concentrado, declarou a inconstitucionalidade daquele preceito normativo, a significar,

A declaração de inconstitucionalidade tem o condão de produzir efeitos para todos (*erga omnes*), alcançando, via de regra, os atos pretéritos eivados do vício de nulidade (*ex tunc*). Não significa dizer, contudo, que a retroatividade possa alcançar, automática e infalivelmente, as decisões judiciais transitadas em julgado.²¹ Urge que sejam manejadas a impugnação ou a ação rescisória dentro do prazo legal. Decretando o Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual, *depois do trânsito em julgado da sentença*, surge a possibilidade de ajuizamento de ação rescisória com fundamento no art. 966, V, do novo Código de Processo Civil – Lei 13.105, de 16 de março de 2015, uma vez que a decisão de mérito estará violando uma norma jurídica, uma norma jurídica constitucional.

Vimos, assim, que apesar de parecer contraditório com o efeito *ex tunc* da decisão do STF, previsto no art. 27 da Lei 9.868/99 como regra geral, as decisões judiciais definitivas fundadas na lei declarada inconstitucional permanecem válidas até que sejam combatidas por ato de fala competente, o qual varia, segundo as regras inseridas no novo Código de Processo Civil, de acordo como o momento em que a decisão é proferida, se antes ou depois da formação do título executivo judicial. Se antes, impugnação. Se depois, ação rescisória.

3. O PANORAMA TRAZIDO PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 525, §15

Segundo as novas regras inseridas no Código de Processo Civil/2015, o título executivo judicial fundado em lei declarada inconstitucional pode ser objeto de oposição de duas maneiras diversas a depender do momento em que foi proferida a decisão pelo STF, se antes ou depois da formação da coisa julgada.

Dispõe, com efeito, o art. 525, §14, e o art. 535, §7º, que a impugnação tem cabimento quando a decisão de inconstitucionalidade for anterior à formação do título executivo, pois se ocorrer posteriormente ao trânsito em julgado da sentença haverá necessidade de ajuizamento de ação rescisória.

Ocorre que, nessa última hipótese, isto é, de declaração de inconstitucionalidade pelo STF depois da formação do título executivo (depois do trânsito em julgado da decisão exequenda), o prazo da ação rescisória passa a ser contado, **e aqui está a novidade**, *do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal*, regra que, a nosso juízo, colide frontalmente com a garantia constitucional e fundamental da segurança jurídica.

É preciso ter claro que mesmo antes do advento desses dispositivos legais parte da doutrina já vinha sustentando a inconstitucionalidade dos revogados arti-

portanto, que aquela sentença é insuscetível de rescisão. 6. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

21 Formação da coisa julgada anterior à declaração de inconstitucionalidade.

gos 475-L, §1º e 741, parágrafo único, do CPC, sob o argumento de que violavam a coisa julgada.²²

E o raciocínio que se fazia era o mesmo acima exposto para justificar a manutenção da decisão fundada em lei nula, porque declarada inconstitucional pelo STF após a formação do título executivo, quais sejam a segurança jurídica e o juízo válido de constitucionalidade exercido pelo magistrado no momento de construção da norma individual e concreta, ou seja, a validade de *lex specialis* consubstanciada na decisão judicial do caso concreto.

Os Tribunais Superiores, ao contrário, admitiam o ajuizamento de ação rescisória contra a “coisa julgada inconstitucional”, ainda que a decisão fosse tomada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso e, nesse caso, sem se importar se havia controvérsia nos tribunais acerca da norma, não adotando, portanto, a Súmula 343²³ do STF quando reconhecida pela Corte a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Luiz Guilherme Marinoni cita como exemplo desse asserto o REsp 608.122, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, e os EDcl no RE 328.812, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, colacionando parte desse último julgado assim redigido:

Se ao STF compete, precipuamente, a guarda da Constituição Federal, é certo que a sua interpretação do texto constitucional deve ser acompanhada pelos demais Tribunais, em decorrência do efeito definitivo absoluto outorgado à sua decisão. Não estou afastando, obviamente, o prazo das rescisórias, que deverá ser observado. Há um limite, portanto, associado à segurança jurídica. Mas não parece admissível que esta Corte aceite diminuir a eficácia de suas decisões com a manutenção de decisões diretamente divergentes à interpretação constitucional aqui formulada. Assim, se somente por meio de controle difuso de constitucionalidade, portanto, anos após as questões terem sido decididas pelos Tribunais ordinários, é que o STF veio a apreciá-las, é a ação rescisória, com fundamento em violação de literal disposição de lei, instrumento adequado para a superação da decisão divergente.

Não havia, portanto, coincidência de pensamento entre a doutrina e a jurisprudência, pois, enquanto para a primeira não poderia haver a retroatividade da lei

22 Nesse sentido: Greco, Leonardo; Marinoni, Luiz Guilherme; Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, Código de Processo Civil Comentado, 8ª ed., SP, RT, 2004, p. 1156; Dalton Luiz Dallazem, Execução de título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF, Revista Dialética de Direito Processual – RDDP, 14:21.

23 STF 343: Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.

declarada inconstitucional para atingir a coisa julgada, a jurisprudência admitia essa possibilidade para fazer a valer a palavra do Pretório Excelso.

Recentemente, porém, o Ministro Relator TEORI ZAVASCKI, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 2418, ocorrido em 4 de maio de 2016, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que tinha por objeto, dentre outros, o parágrafo único ao art. 741 do revogado Código de Processo Civil, decidiu que a possibilidade de rescisão da coisa julgada inconstitucional, regra que ganhou previsão nos §§ 5º a 8º do art. 535 e nos §§ 12 a 15 do art. 525 do novo CPC, é constitucional.²⁴

O argumento utilizado, em apertada síntese, foi o de que:

São dispositivos que, buscando harmonizar a garantia da coisa julgada com o primado da Constituição, vieram, como já afirmado, apenas agregar ao sistema processual brasileiro um mecanismo com eficácia rescisória de certas sentenças inconstitucionais, em tudo semelhante às hipóteses de ação rescisória (art. 485, V, do CPC/73 e art. 966, V, do CPC/15). E não são todos nem são banais (mas apenas alguns, revestidos de gravidade qualificada pelo comprometimento da autoridade das decisões do STF), os vícios de inconstitucionalidade que permitem invocar a inexigibilidade da sentença exequenda, por embargos a execução ou por impugnação. A inexigibilidade do título executivo a que se referem os referidos dispositivos se caracteriza exclusivamente nas hipóteses em que (a) a sentença exequenda esteja fundada em norma reconhecidamente inconstitucional – seja por aplicar norma inconstitucional, seja por aplicar norma em situação ou com um sentido inconstitucionais; ou (b) a sentença exequenda tenha deixado de aplicar norma reconhecidamente constitucional; e (c) desde que, em qualquer dos casos, o reconhecimento dessa constitucionalidade ou a inconstitucionalidade tenha decorrido de julgamento do STF realizado em data anterior ao trânsito em julgado da sentença exequenda.

Doravante, contudo, diante do expressivo alargamento do prazo para rescisória, espera-se uma mudança de posicionamento das Cortes Superiores, mais condizente com a garantia constitucional da segurança jurídica. Frise-se que no julgamento do RE 590.809, o STF já acenou uma convergência de pensamento com a doutrina ao defender, por maioria de votos, que a decisão de inconstitucionalidade não pode retroagir sobre a coisa julgada. Cuida-se de caso isolado,

24 Apesar de na ADI 2418 ter sido questionados os dispositivos legais do Código de Processo Civil de 1973, portanto já revogado, o Min. Relator entendeu que não era o caso de carência superveniente do direito de ação em razão do advento no novo CPC, vez que as regras foram repetidas, quase de forma idêntica, nos §§ 5º a 8º do art. 535 e nos §§ 12 a 15 do art. 525.

mas que deve ganhar relevo diante do quadro atual trazido pela inovação legislativa.

Com efeito, estabelecer que o prazo para as rescisórias tem como termo inicial o trânsito em julgado da decisão do STF, se e quando um dia provocado a esse respeito, é transformar as decisões judiciais definitivas, porque já transitadas em julgado, em provisórias. E pior, sem que exista qualquer delimitação de tempo para que se tornem, efetivamente, definitivas, já que não existe prazo previsto em lei para o ajuizamento das ações diretas de inconstitucionalidade nem se pode prever quando a questão chegará ao STF, se é que chegará, por meio do julgamento do caso concreto. A ADI pode ser ajuizada cinco, dez, vinte anos depois da entrada em vigor da lei tida como inconstitucional. Em suma, é substituir a legítima expectativa de uma solução definitiva do conflito por uma perene situação de indefinição, o que vai de encontro com a própria razão de ser da coisa julgada, que é a pacificação social pela imutabilidade da decisão não mais sujeita a qualquer tipo de recurso.

Calha como uma luva o que Marinoni já havia pensado antes mesmo do advento do novo CPC.

Ao aceitar a retroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada, cria-se, em verdade, um discurso sob uma condição negativa imprevisível e temporalmente insuscetível de dimensionamento. Esta condição negativa é a não declaração de inconstitucionalidade da lei aplicada, que, obviamente, é imprevisível, além de poder ocorrer em qualquer momento posterior ao trânsito em julgado da sentença.²⁵

Também não se pode perder de vista que não existe prazo para o julgamento das ações diretas pelo STF, que pode demorar mais de uma década, às vezes duas, o que reforça o entendimento de que a novel legislação, nesse ponto, não guarda relação de pertinência material com a Constituição da República, justamente por tornar perene uma situação de indefinição.

Outro ponto que merece a devida atenção está na possibilidade de conciliação desse dispositivo legal com a Constituição Federal, isto é, na possibilidade de salvá-lo por meio de interpretação que se harmonize com o texto maior.

Dessa maneira, só será possível concluir pela validade do §15 por meio de uma interpretação conforme a CF.

Nelson e Rosa Nery têm uma interessante sugestão. Para eles:

Somente pode ser iniciado o prazo da rescisória a partir do trânsito em julgado da decisão do STF, se ainda não tiver sido extinta a pretensão rescisória cujo prazo tenha-se iniciado do trânsito em julgado

25 Coisa Julgada Inconstitucional, p. 56/57.

da decisão exequenda. Em outras palavras, o que o texto comentado autoriza é uma espécie de alargamento do prazo da rescisória que está em curso.

De acordo com esse raciocínio, o prazo da rescisória pode ter como termo inicial o último dia do prazo da pretensão rescisória nascida com o trânsito em julgado da decisão rescindenda, ou seja, pode ter uma duração máxima de quatro anos. Os autores defendem esse pensamento partindo do pressuposto de que “a pretensão rescisória extinta pela decadência não pode *renascer* pela decisão futura do STF”. Assim, se pelo decurso do prazo a parte já decaiu do direito de propor a rescisória não poderá mais fazê-lo, pois, uma vez extinta a pretensão ela não ressuscita em razão de posterior decisão de inconstitucionalidade do STF.

Outra solução que entendemos possa ser aventada para tentar salvaguardar a segurança jurídica está em considerar válido o termo inicial da rescisória a partir do trânsito em julgado da decisão do STF se, e somente se, no momento do trânsito em julgado da sentença rescindenda já existir em andamento (já distribuída) uma ação direta questionando a lei ou ato normativo utilizados pelo juiz/Tribunal como fundamento da decisão.

Nesse caso, a parte sujeita ao comando que emerge do dispositivo do *decisum* pode ter conhecimento de que sua situação está suscetível de ser alterada quando do julgamento da ADI pelo STF, evitando-se, destarte, seja pega de surpresa no futuro. Ela tem pelo menos a chance de saber que, malgrado a situação devesse estar consolidada pela imutabilidade da decisão, um dia sua situação jurídica poderá ser alterada. Dá-se-lhe a chance de planejamento de sua conduta para o futuro.

É bem verdade que nesse caso também não se teria prazo definido para rescisão do julgado, pois não existe limite temporal para que a Corte julgue as ações diretas que lhe são propostas, o que pode levar anos a fio, prolongando, indefinidamente, o prazo da rescisória. No entanto, não é menos verdade que o jurisdicionado, ciente da existência de uma ação direta em andamento, pode programar melhor a sua vida para caso tenha de se deparar no futuro com um a situação jurídica adversa. Talvez fosse o caso de se cogitar, *de lege ferenda*, de um prazo limite para julgamento das ações diretas pelo STF, o que contribuiria para minimizar o ambiente de indefinição de dezenas, centenas e até milhares de situações particulares que têm fundamento na norma impugnada. A garantia da duração razoável do processo, instituída no art. 5º, LXXVIII²⁶, da CF pela Emenda Constitucional n. 45/2004, chamada de Reforma do Judiciário, conquanto salutar, não tem tido, na prática, o efeito que se pretendeu.

A título ilustrativo dessa nossa sugestão podemos citar a ADI 4901, proposta pelo Ministério Público Federal contra o Código Florestal, instituído pela Lei

26 CF, art. 5º, LXXVIII: A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

12.651/12, questionando a validade, dentre outros pontos, da possibilidade de se computar as áreas de preservação permanente no percentual de reserva legal (art. 15 da Lei 12.651/12).

Suponhamos que uma decisão admitindo a aplicação desse artigo 15 venha a transitar em julgado na pendência de julgamento da ADI 4901. Nesse caso, se o STF julgar procedente o pedido e, via de consequência, declarar a inconstitucionalidade dessa regra, o prazo para ação rescisória terá como termo inicial a data do trânsito em julgado da decisão da Corte e não a data em que se tornou definitiva a decisão judicial que com ela colide, pois nesse caso a parte demandante, ao obter a decisão de mérito, já tem a possibilidade de saber que sua situação jurídica pode ser alterada.

Em arremate ao tema, vê-se que não existe convergência de pensamento na doutrina e na jurisprudência quanto à possibilidade de retroatividade da decisão do STF sobre a inconstitucionalidade do ato normativo impugnado para atingir a coisa julgada formada anteriormente, mas nem é necessária uma ginástica hermenêutica mais aprofundada para se concluir que o alargamento do prazo da rescisória trazido pelo legislador ordinário colide frontalmente com a garantia fundamental à segurança jurídica por perpetuar uma situação de indefinição quanto ao caso concreto. Há, no entanto, algumas maneiras de tentar salvar o §15 do art. 525 e o §8º do art. 535 do Código de Processo Civil, conferindo-lhes interpretação que seja mais condizente com os preceitos constitucionais, tal como expostos acima.

O STF, no julgamento da ADI 2418, ocorrido em 4 de maio de 2016, embora tenha julgado improcedente o pedido para afirmar a constitucionalidade dos §§ 5º a 8º do art. 535 e nos §§ 12 a 15 do art. 525 do novo CPC, não tocou, nem mesmo poderia, por não ter sido objeto de questionamento, na questão da elasticidade do prazo da rescisória.

CONCLUSÃO

A declaração de inconstitucionalidade pelo STF, no controle concentrado, apesar de parecer contraditório com a eficácia retroativa instituída, como regra, no art. 27 da Lei 9.868/99 (*ex tunc*), não tem o condão de desfazer, de forma automática, as decisões judiciais que se tornaram definitivas antes ou depois do julgamento da Corte. Urge a edição de outra norma individual e concreta que lhe venha a atacar, sem a qual permanece produzindo seus efeitos entre as partes em relação às quais foi proferida.

Se a decisão de inconstitucionalidade é posterior à formação da coisa julgada e, partindo-se da premissa de que seja possível a retroatividade, o que, como foi visto, vai de encontro ao pensamento da doutrina, mas conta com o beneplácito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a norma individual e concreta apta a desfazê-la há de ser uma ação rescisória.

Ocorre que o *dies a quo* da rescisória, pena de escancarada inconstitucionalidade por afronta à garantia da segurança jurídica, não pode ser a data

do trânsito em julgado da decisão do Supremo Tribunal Federal, o que, fazendo coro ao raciocínio de Marinoni, seria como submeter a decisão judicial definitiva a uma

condição negativa imprevisível e temporalmente insuscetível de dimensionamento. Esta condição negativa é a não declaração de inconstitucionalidade da lei aplicada, que, obviamente, é imprevisível, além de poder ocorrer em qualquer momento posterior ao trânsito em julgado da sentença.²⁷

Para que o § 15 do art. 525 e o § 8º do art. 535 do Código de Processo Civil tenham validade é preciso conferir-lhes interpretação conforme a Constituição Federal, a exemplo do que propuseram Nelson e Rosa Nery, para quem “somente pode ser iniciado o prazo da rescisória a partir do trânsito em julgado da decisão do STF, se ainda não tiver sido extinta a pretensão rescisória cujo prazo tenha-se iniciado do trânsito em julgado da decisão exequenda”, e a exemplo do que propusemos nós, considerar válido o termo inicial da rescisória a partir do trânsito em julgado da decisão do STF se, e somente se, no momento do trânsito em julgado da sentença rescindenda já existir em andamento uma ação direta questionando a lei ou ato normativo utilizados pelo juiz/Tribunal como fundamento da decisão. Nesse último caso, com a ressalva de que, *de lege ferenda*, deva haver um prazo limite para o julgamento da ADI.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Aurora Tomazini. Curso de Teoria Geral do Direito (O Constructivismo Lógico-Semântico). São Paulo: Noeses, 2015.

CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário, Linguagem e Método. São Paulo. Noeses 2015.

GRECO, Leonardo. Eficácia da declaração *erga omnes* de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. In: DIDIER, Fredie Jr. (org.). Relativização da Coisa Julgada: enfoque crítico. Salvador: JusPodivm, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa Julgada Inconstitucional. São Paulo: RT, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; Sarlet, Ingo Wolfgang. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO, Comentários à Lei 9.868/99. São Paulo. Saraiva 2012.

²⁷ Coisa Julgada Inconstitucional, p. 56/57.

MOUSSALLEM, Tárek Moyses. *Revogação em matéria tributária*. São Paulo: Noeses, 2007.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Barreto Borrielo de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OETRO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

TELES, Miguel Galvão. *Inconstitucionalidade pretérita. Nos dez anos da Constituição*. Lisboa: Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 1987.

ANÁLISE DO PATRIMÔNIO GENÉTICO HUMANO COMO BEM JURÍDICO PENAL¹

ANALYSIS OF HUMAN GENETIC HERITAGE AS A CRIMINAL INTEREST

Marcela Albuquerque Zan

Analista do Ministério Público do Estado de São Paulo. Graduada pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-Graduada em Direito Penal e Direito Processual Penal pela COGEAE/PUC-SP. Mestre em Direito pela PUC-SP.

¹ Tema tratado mais profundamente em monografia jurídica *Genoma Humano: Bem Jurídico Penal e Elemento de Identificação Criminal* como pré-requisito para obtenção do título de especialista na COGEAE-PUC/SP.

RESUMO

O presente trabalho, sem a pretensão de esgotar o assunto, pretende oferecer um exame sistemático atinente à tutela penal do genoma humano. Examinando **à luz da teoria do bem jurídico penal**, procuraremos demonstrar que o genoma humano é bem jurídico com dignidade penal e que algumas condutas que o colocam em risco de lesão são intoleráveis socialmente, sendo imprescindível a intervenção penal. Tendo em vista as circunstâncias diferenciadas de bens jurídicos supraindividuais, advertiremos para uma necessidade de adequação constitucional da tutela penal, mesmo que implique a mitigação de alguns princípios do Direito Penal para que se cumpra a suficiência da proteção.

PALAVRAS-CHAVE

Genoma humano – Bem jurídico penal – Tutela penal do genoma humano.

ABSTRACT

The present work, with no claim to be exhaustive, aims to provide a systematic examination regards the criminal protection of the human genome. Examining in the light of the theory of criminal legal interest, we will try to demonstrate that the human genome is a legal interest whit criminal dignity and that some behaviors that can put it at risk of injury are intolerable socially, and criminal intervention is essential. Given the differing circumstances of supra-individual legal interests, we try to advertise need for a constitutional adequacy of penal law, even if it involves mitigating some tenets of criminal law might be fulfilled the sufficiency of protection.

KEYWORDS

Human genetic heritage – Legal criminal interest - Penal protection of the human genome

INTRODUÇÃO

A análise mais adequada de qualquer tipo penal implica uma fundamentação na Teoria do Bem Jurídico Penal. Eis que o Direito Penal de um Estado Democrático e Social de Direito coaduna-se com um conceito material de crime, para delimitar e fundamentar a tutela penal. E, certamente, será o bem jurídico, em última análise, o instituto a cumprir esse mister.

Nessa perspectiva, o intento desse estudo, num primeiro momento, foi avaliar a existência de um bem jurídico digno de tutela relacionado ao patrimônio genético humano e a necessidade de tratamento na esfera criminal. Procuramos demonstrar que o genoma humano é bem jurídico com dignidade penal e as condutas que o colocam em risco de lesão carecem de intervenção penal.

Todo o estudo deve estar pautado no princípio da intervenção mínima e, através dos critérios da dignidade penal do bem jurídico e da necessidade de tutela penal, cumpriremos com o objetivo de uma leitura constitucional do Direito Penal.

1. BEM JURÍDICO¹

O conceito de crime e, conseqüentemente, o modelo adotado pelo Direito Penal, deve decorrer da definição do bem jurídico penal. Ressalta-se, entretanto, que a realidade sociocultural de lugares e épocas diferentes, com valores e anseios diversos, farão surgir bens jurídicos também diversos.

O conceito de bem jurídico ainda diverge entre os autores.² Claus Roxin, cuja definição encontra-se entre as mais acolhidas, define-o como *pressupostos imprescindíveis para a existência em comum, que se caracterizam numa série de situações valiosas, como, por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade de atuação, ou a propriedade, que toda a gente conhece, e, na sua opinião, o Estado social deve também proteger penalmente.*³

Também na doutrina brasileira encontramos diversos posicionamentos. Nelson Hungria conceitua bem jurídico como:

tudo aquilo que satisfaz a uma necessidade de existência humana (existência do homem individualmente considerado e existência do

1 Tema tratado com mais vagar e atenção na dissertação apresentada, em 2016, à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Penal. *Crimes licitatórios à luz da Teoria do Bem Jurídico Penal.*

2 Jorge de Figueiredo Dias nos informa que até o momento atual o conceito de bem jurídico não se encontra fechado, mas se pode extrair como característica essencial a limitação do poder punitivo. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 62.

3 ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. Trad. Ana Paula dos Santos e Luis Natscheradetz. Lisboa: Veja, 2004. p. 27-28.

homem em estado de sociedade), e interesse é a avaliação ou representação subjetiva do bem como tal (Rocco, *L'oggetto del reato*). Bem ou interesse jurídico é o que incide sob a proteção do direito in generi. Bem ou interesse jurídico penalmente protegido é o que dispõe da reforçada tutela penal (vida, integridade corporal, patrimônio, honra, liberdade, moralidade pública, fé pública, organização familiar, segurança do Estado, paz internacional, etc.).⁴

No mesmo viés, Edgard Magalhães Noronha:

Não obstante a variedade de opiniões e doutrinas que procuram conceituar o bem jurídico de um crime, estamos que é ele o bem-interesse protegido pela norma penal. Bem é o que satisfaz uma necessidade do homem, seja de natureza material ou imaterial: vida, honra, etc. Interesse é a relação psicológica em torno desse bem, é sua estimativa, sua valoração.⁵

Heleno Cláudio Fragoso, por sua vez, tem que:

O bem jurídico não é apenas um esquema conceitual, visando proporcionar uma solução técnica de nossa questão: é o bem humano ou da vida social que se procura preservar, cuja natureza e qualidade dependem, sem dúvida, do sentido que a norma tem ou a ela é atribuído, constituindo, em qualquer caso, uma realidade contemplada pelo direito. Bem jurídico é um bem protegido pelo direito: é, portanto, um valor da vida humana que o direito reconhece, e a cuja preservação é disposta a norma jurídica.⁶

Vê-se, pois, que bem jurídico nada mais é do que um valor essencial à qualidade de vida do ser humano como indivíduo e como corpo social, eleito para ser protegido mediante o ordenamento jurídico. Caberá, portanto, ao legislador penal, sempre preocupado com a necessidade e ofensividade penais, captar as modificações sociais para vislumbrar os bens jurídicos e definir o âmbito do Direito Penal, tendo como parâmetros os ditames constitucionais.

Nessa perspectiva, teremos clarividente que o bem jurídico é o elemento essencial para limitar e legitimar o Direito Penal do Estado Social e Democrático de Direito.⁷

4 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. v.1, t. II, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 10-11.

5 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. v.1, 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 109.

6 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal. Parte Geral*, 14ª ed., ver. atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 263-268.

7 Conforme ensinamentos de Bernd Schünemann: "A teoria da legitimação do direito penal, ou, vista da perspectiva inversa, dos limites impostos ao legislador na formulação do direito penal, está fundada nas condições fundamentais suprapositivas de qualquer poder estatal legítimo e constitui, portanto, a

O bem jurídico limita a dimensão material da norma penal, exercendo uma função política-criminal que garante que o legislador somente irá tipificar condutas graves que lesionem ou coloquem em perigo verdadeiros valores essenciais ao ser humano.

Hernán Hormazábal Malarée explica que na medida em que a teoria do bem jurídico é capaz de indicar o que e o porquê se protege, explica a razão da punição, possibilitando o debate e a revisão crítica da norma sancionadora e de todo ordenamento penal em um “duplo processo de descriminalização de certas condutas cujo tratamento penal perdeu vigência social e, por outra parte, a incriminação de outras condutas que dentro da dinâmica do processo social aparecem como novas formas de criminalidade necessitadas de tratamento penal”.⁸

Para Luiz Regis Prado é inquestionável a relevância da ideia do bem jurídico, “já que a moderna ciência penal não pode prescindir de uma base empírica nem de um vínculo com a realidade que lhe propicia a referida noção”.⁹

Nessa perspectiva, conclui-se que o bem jurídico penal é um elemento imprescindível ao Direito Penal do Estado Democrático de Direito, aquele em que o próprio Estado se submete ao ordenamento jurídico e preocupa-se com a efetividade dos direitos individuais e sociais.¹⁰

Nesse ponto, o questionamento que surge é: onde exatamente buscar esses bens jurídicos penais? Como saber se realmente são valores eleitos como essenciais ao homem, como corpo social?

Indubitavelmente, como não poderia deixar de ser, o cerne da questão é resolvido com o olhar voltado diretamente à Constituição Federal. A análise dos valores sociais para proteção e criminalização pelo Estado tem como limite legítimo e eficaz a Constituição Federal.¹¹

premissa tácita de qualquer Estado de Direito Democrático-liberal, pouco importando se um tal Estado a consagrou na constituição de modo expreso ou não.” SCHÜNEMANN, Bernd. *O direito penal é a última ratio da proteção de bens jurídicos!* Trad. Luiz Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 53, mar-abr. 2005, p.14.

8 Tradução livre do original: HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Biên jurídico y estado social y democrático de derecho: el objeto protegido por la norma penal*. Barcelona: PPU, 1991, p. 10.

9 PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 6 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 21.

10 Luciano Feldens ensina: “Em superação aos modelos de Estado de Direito formal e Estado social adviria o modelo de Estado Social e Democrático de Direito (ou Estado de Direito material contemporâneo). Sob tal conceitualidade quer-se compreender todo o Estado Democrático e Social que, mantendo intangível sua ligação com o Direito, preocupa-se, demais disso, com a consistência efetiva dos direitos, das liberdades e das garantias da pessoa, deixando-se mover, por essa razão mesma, por considerações de justiça na promoção e na realização de todas as condições – políticas, sociais, culturais e econômicas – do livre desenvolvimento da personalidade ética de cada indivíduo.” FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 42.

11 Luiz Regis Prado assim analisa: “num Estado de Direito Democrático e social a tutela penal não pode vir dissociada do pressuposto do bem jurídico, sendo considerada legítima, sob a ótica constitucional, quando socialmente necessária. Isto vale dizer: quando imprescindível para assegurar as condições de

Assim, para Antonio Carlos da Ponte, “o bem jurídico deve ser avaliado à luz da Constituição Federal e somente encontrando fundamento nos valores e preceitos nela consagrados é que deverá ser analisado no campo próprio da dogmática penal”.¹²

Muito importante a lição de Jorge de Figueiredo Dias ao afirmar que entre a ordem de bens jurídicos penais e a ordenação axiológica constitucional deve interceder uma relação de analogia substancial, fundada na essencial correspondência de sentido; a permitir afirmar que a ordem de valores jurídico constitucional constitui o quadro de referência e, simultaneamente, o critério regulador do âmbito de uma aceitável e necessária atividade punitiva do Estado.¹³

A Constituição Federal é a carta política que exprime o tipo de Estado e os fins que esse deve perseguir. Portanto, é nela que encontraremos a legitimação e os limites dos bens jurídicos tuteláveis via Direito Penal, porque, consequentemente, limita também os fins da tutela penal.

Dentro do parâmetro constitucional, alguns princípios serão indispensáveis na tarefa de concretização dos bens jurídicos penais. Além de ter em mente o valor fundamental da dignidade da pessoa humana e a proporcionalidade, nos valeremos do princípio da intervenção mínima, subdividido em fragmentariedade e subsidiariedade.

O Direito Penal é, certamente, o instrumento mais agressivo do qual dispõe o Estado, já que é capaz de privar o ser humano de seu bem mais precioso, a liberdade. Desta feita, pelo comando da fragmentariedade, sua incidência deve ser reservada para a proteção de bens jurídicos mais relevantes e apenas quando submetidos às ofensas mais contundentes. Ocorrerá, portanto, uma seleção de um fragmento dos bens jurídicos existentes e de condutas danosas a serem cuidadas pelo Direito Penal.

A subsidiariedade, por sua vez, estabelece que a tutela penal só pode ser utilizada se nenhum outro ramo do Direito puder proteger efetivamente o bem jurídico em questão.

É o que nos informa Luiz Luisi ao discorrer sobre o princípio da intervenção mínima do Direito Penal, explicando ser a “*ratio extrema*”, *um remédio último, cuja*

vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em vista o postulado maior da liberdade e dignidade humana”. PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 6 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 51-52.

12 PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 149.

13 Nas palavras do autor: “Se, num Estado de Direito material, toda a atividade estadual se submete à Constituição, então também a ordem dos bens há de constituir uma ordenação axiológica como aquela que preside à Constituição. Entre as duas ordens se verificará pois uma relação, que não é por certo de identidade, ou sequer de recíproca cobertura, mas de analogia substancial, fundada numa essencial correspondência de sentido; a permitir afirmar que a ordem de valores jurídico-constitucional constitui o quadro de referência e, simultaneamente, o critério regulativo do âmbito de uma aceitável e necessária atividade punitiva do Estado.” DIAS, Jorge de Figueiredo. *Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro*. P. 15-16. Acesso eletrônico no dia 11.04.2017 pelo sítio: http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/direito_penal/conteudos/RDP34.pdf.

presença só se legitima quando os demais ramos do direito se revelam incapazes de dar a devida tutela a bens de relevância para a própria existência do homem e da sociedade.¹⁴

Cezar Roberto Bitencourt, discorrendo sobre o princípio da intervenção mínima, destaca:

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a *criminalização* de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes. Ademais, se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Assim, se para o restabelecimento da ordem jurídica violada foram suficientes medidas civis ou administrativas, são essas as que devem ser empregadas, e não as penais. Por isso, o direito penal deve ser a *ultima ratio* do sistema normativo, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes da vida do indivíduo e da própria sociedade [...].¹⁵

Mariângela Gama de Magalhães Gomes explana:

[...] o princípio da intervenção mínima aponta para um direito penal que só intervenha nos casos de real necessidade, com a missão de proteger os bens jurídicos fundamentais em face dos ataques mais graves, e apenas quando os outros ramos do direito se mostrarem ineficientes para tal proteção. Com base, ainda, na ideia de que o Estado não se vale apenas do direito penal para proteger os interesses da sociedade, mas, ao contrário, conta com uma gama de outros ramos do direito que também se prestam a tutelar os interesses sociais, extraem-se duas características atreladas a esse ramo do direito e que, pode-se dizer, representam duas faces da mesma moeda: são a subsidiariedade e a fragmentariedade da intervenção penal.¹⁶

E como fazer para esses princípios se concretizarem de maneira real e efetiva? Como saber se a norma penal incriminadora está de acordo com o princípio da intervenção mínima? E se o Direito Penal verdadeiramente está conforme uma leitura constitucional?

14 LUIZI, Luis. *Os princípios constitucionais penais*. São Paulo: Sérgio Antonio Fabris, 2003. p. 40.

15 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 54.

16 GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 85.

Respostas a essas indagações são encontradas em interessante abordagem sobre o tema feita por Maria Conceição Ferreira da Cunha. A autora adota como guias a necessidade de tutela penal e a dignidade penal, essa última subdividida também em dois critérios, quais sejam: a dignidade do bem jurídico e a danosidade social da conduta.¹⁷

Constatada a presença de cada um desses critérios, estaremos diante de uma norma penal constitucionalmente legítima.

O primeiro passo é aferir a dignidade do bem jurídico, através dos valores constitucionais como parâmetro e limite. A autora explica que:

Desse modo, novas exigências de tutela, oriundas, as mais das vezes, de formas mais complexas de organização social, de produção e de progressos científicos, poderão ser atendidas pelo Direito Penal se se tiver em consideração que muitos desses valores para os quais se reclama proteção já estão contidos implicitamente na Constituição ou se encontram numa relação de pressuposição necessária com valores constitucionais explícitos.¹⁸

O próximo passo é partir desses bens jurídicos com dignidade penal e avaliar as várias formas e intensidade de lesão que podem ocorrer na realidade social. Somente as condutas mais graves e intoleráveis devem ser criminalizadas.

Dessa forma, a atuação do Direito Penal estará limitada às afrontas mais graves aos bens jurídicos penais mais relevantes para a manutenção da vida em sociedade. Está cumprido o princípio da intervenção mínima, na sua faceta fragmentariedade.

O último exame a ser feito relaciona-se com a necessidade da tutela penal, a fim de cumprir com o princípio da subsidiariedade do Direito Penal.

Para tanto, questiona-se qual o meio mais adequado e eficaz para tutelar aquele bem, tendo em vista a natureza subsidiária do Direito Penal. Deve-se verificar a *adequação* das medidas sancionatórias com os bens jurídicos, a *indispensabilidade* das medidas restritivas, o porquê da proteção do bem não poder ser alcançado com meio menos invasivo e, por fim, *proporcionalidade em sentido estrito* em relação aos objetivos da criminalização.

A análise da necessidade da tutela penal deve ser feita com muita cautela e seriedade, tendo em vista um fenômeno há muito já comentado: a *nomorrea penal*. Expressão cunhada por Francesco Carrara para expressar a excessiva extensão da legislação penal.¹⁹ Se a tutela penal não for realmente necessária e, apesar disso,

17 CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 140-141.

18 CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. Constituição e crime: Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 194.

19 CARRARA, Francesco. *Opuscoli di Diritto Criminale*. Vol. IV, Ed. Fratelli Camelli, 1883, p. 251.

editadas leis criminalizadoras, o Direito Penal fica desprestigiado, submergindo seu caráter cogente²⁰.

Desta feita, é esta análise que nos arriscaremos a realizar, no próximo tópico, sobre o patrimônio genético humano. Passaremos a aferir a dignidade penal desse bem jurídico e a necessidade da tutela através do Direito Penal.

2. PATRIMÔNIO GENÉTICO HUMANO – REQUISITO DA DIGNIDADE PENAL

As descobertas no campo da genética são muito recentes. Entretanto, a rapidez do desenvolvimento das pesquisas e conquistas nesse campo é impressionante.

Somente no final do século XIX, a partir dos experimentos realizados pelo monge austríaco Gregor Mendel é que são vislumbradas as possíveis origens da herança biológica e os fatores hereditários.²¹ Depois disso, houve a descoberta da substância do material genético, em 1944, por três médicos norte-americanos; a descrição da dupla hélice por James Watson e Francis Crick no mesmo ano; nos anos 1970, a descoberta do DNA recombinante, por Paul Berg, e o nascimento do primeiro bebê de proveta – através da fecundação *in vitro* – realizado por Robert Edwards e Patrick Steptoe; a clonagem de mamíferos em 1997; e o mapeamento do genoma humana em 2003, além de tecnologias de manipulação de material biológico humano.²²

Celeste Leite dos Santos Pereira Gomes e Sandra Sordi, em trabalho coordenado por Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, descrevem que é através do ácido desoxirribonucleico (ADN ou DNA) que ocorre a distribuição de um número aproximado de cem mil genes, localizados em lugares específicos de vinte pares de cromossomos. E assim, da infinita variabilidade de combinações possíveis, surge o *manual da vida humana*. Sequenciado cada gene e identificadas suas informações, é possível a modificação do genoma, “extraindo cromossomos supernumerários, agregando genes sãos, eliminando os que apresentem deficiências, ou alterando-os.”²³

Desta feita, o patrimônio genético humano ou genoma humano representa um elemento essencial de todos e de cada um dos seres humanos. Certamente é um bem jurídico. Mas será um bem jurídico com dignidade penal? Teremos que analisar se o genoma humano foi contemplado como valor essencial pela Constituição Federal.

20 Lembramos a afirmação de Roxin: “o bem jurídico recebe uma dupla proteção: pelo Direito Penal e ante o Direito Penal que, usado exageradamente, provoca precisamente as situações que quer combater.” ROXIN, Claus. *Problemas básicos del Derecho Penal*. Madrid: Reus, 1976. P. 22.

21 SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem jurídico penal e engenharia humana: contributo para compreensão dos bens jurídicos supraindividuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. P. 163-168.

22 MEIRELLE, Jussara Maria Leal de (Coord). *Biodireito em discussão*. Curitiba: Juruá, 2008. P. 53-54.

23 GOMES, Celeste Leite dos Santos Pereira; SORDI, Sandra. *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. Org. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. P. 170-171.

Certo é que o constituinte em 1988 não podia prever o avanço científico tão intenso a ponto de surgirem técnicas que pudessem lesar o genoma humano. Porém, mesmo que implicitamente, diremos que o bem jurídico possui dignidade penal se mantém uma relação material com os valores jurídicos constitucionais.²⁴

Não duvidamos que a dimensão genética da pessoa humana representa um valor que surge somente com a moderna engenharia genética, numa expressão de evolução dos direitos em decorrência do progresso da sociedade. É nesse sentido os ensinamentos de Norberto Bobbio sobre o nascimento dos vários direitos em momentos distintos, correlatos às precisões no tempo:

Mas já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo. Quais são os limites dessa possível (e cada vez mais certa no futuro) manipulação? Mais uma prova, se isso ainda fosse necessário, de que os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para a suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor.²⁵

Mas, se de um lado o direito à integridade do genoma humano nasce somente com o avanço da ciência, de outra banda verifica-se que está intrinsecamente ligado à dignidade da pessoa humana, prevista na Constituição Federal como fundamento da República Federativa do Brasil. Em que pesem as dificuldades para delimitar um conceito, a dignidade da pessoa humana configura-se como um princípio informador de todo o sistema e raiz de todos os direitos fundamentais, como um verdadeiro filtro interpretativo e integrativo.²⁶

24 Maria da Conceição Ferreira da Cunha nos explica que: “A Constituição contém preceitos de caráter muito mais genérico, baseados muitas vezes em cláusulas gerais e conceitos indeterminados, o que vem de encontro à sua própria natureza – como estatuto fundamental da ordem jurídica geral, pensado para perdurar e para se compatibilizar com o princípio democrático, devendo conter, assim, princípios mais gerais, susceptíveis de uma certa adaptação. Pelo contrário, do Direito Penal exige-se que seja preciso, concreto, única forma de se garantir a segurança jurídica, e que atenda a mais situadas mudanças sociais e políticas. É claro que, sendo assim, dificilmente se poderia falar em relações de identidade ou de recíproca cobertura.” CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Op. cit.* p. 205.

25 CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Op. cit.* p. 194.

26 No mesmo sentido Paulo Vinicius Spoeleder de Souza: “o processo histórico de densificação e revelação de novos bens jurídicos penais diretamente derivados da dignidade humana é posto em manifesta

A dignidade da pessoa humana nos impõe o tratamento de cada ser humano como fim último das atividades estatais. É dizer, o Estado Democrático de Direito existe para proteger os indivíduos e promover-lhes as condições essenciais de existência. As pessoas não podem ser instrumentalizadas ou coisificadas, numa visão de constituição de meios para qualquer outra finalidade²⁷.

Ingo Wolfgang Sarlet propõe a seguinte conceituação de dignidade da pessoa humana:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram à pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e de vida em comunhão com os demais seres humanos.²⁸

Não resta dúvida que a dimensão genética da pessoa humana decorre da dignidade da pessoa humana. A lesão ao genoma humano acarretaria, sem dúvida, danos à dignidade humana. Nesse sentido trabalho de Paulo Vinícius Spoerleder de Souza:

Embebido dos anseios da razão técnico-instrumental, o progresso biomédico, em especial das genetechnologias, traz avanços e contribuições científicas que se distanciam cada vez mais da “natural humanidade” do homem marcando a ameaça de um profundo desrespeito a sua dignidade. No que tange à engenharia genética, a possibilidade da criação de seres híbridos transgênicos ou aberrações humanas são receios que dão azo a preocupações envolvendo em último termo a própria sobrevivência da espécie humana. O risco de degradação e desumanização do Homem perante a engenharia ge-

evidência com as recentes realizações tecnocientíficas ligadas à engenharia genética humana, já que despertam para o centro das atenções certas dimensões do ser humano até pouco tempo mantidas na penumbra.” SOUZA, Paulo Vinícius Spoerleder de. *Op. Cit.* p. 265.

27 As bases da fundamentação jurídica da dignidade da pessoa humana estão expressas em Kant, cuja lição é no sentido de que todo ser racional existe como um fim em si mesmo. Joaquim Clotet ressalta sobre a coisificação do homem na sociedade contemporânea: “O reconhecimento do ser humano, como fim e não como meio, elimina a utilização do mesmo como objeto da vida política, econômica ou profissional. A desconsideração desse princípio é uma demonstração incontestável de atraso e corrupção institucional ou social.” CLOTET, Joaquim. *Bioética: uma aproximação*. Porto Alegre: Edipucrs, 2006. P. 199.

28 SARLET, Ingo W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. P. 59.

nética suscita temores fundados na tentação da provável eliminação dos limites e barreiras biológicas da essência e condição humanas em relação a outros animais inferiores, pois essas ameaças já não se tratam de mera ficção científica.²⁹

Do exposto, temos que o genoma humano, a dimensão genética da pessoa humana, é bem jurídico que possui dignidade penal, cumpre com o primeiro dos requisitos, pois expressa relação material com um valor expressamente constitucional que é a dignidade da pessoa humana. E diante da ponderação de direitos, em situação de conflito com a liberdade de pesquisa, é a dignidade humana que prevalecerá.

Passemos à análise do requisito da danosidade social da conduta. Não basta que o genoma humano seja digno de tutela; a lesão tem que ser grave o bastante para ocasionar verdadeiros danos sociais. É a representação da intolerabilidade da conduta, ou seja, somente lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais de livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada homem farão parte do fragmento mínimo dos bens tuteláveis via Direito Penal.³⁰

Vamos passar à reflexão sobre a possibilidade de condutas que agridam o bem jurídico genoma humano.

Ab initio, importante esclarecer, com o apoio nas lições de Elio Sgreccia, a distinção entre os termos manipulação genética e engenharia genética. O autor explica que a manipulação tem um significado mais genérico e pode significar uma intervenção qualquer no patrimônio genético; enquanto a engenharia genética é o “conjunto das técnicas que tendem a transferir para a estrutura da célula de um ser vivente algumas informações genéticas que de outro modo não teria tido.”³¹

Segundo Martinez, engenharia genética é:

(...) o conjunto de técnicas que alteram ou modificam os caracteres hereditários de uma espécie, procurando eliminar malformações ou enfermidades de origem genética ou mesmo efetuar alterações ou

29 SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supraindividuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. P. 180-181.

30 Maria da Conceição Ferreira da Cunha leciona ainda que “o problema da danosidade social ainda deve ser reconduzido a uma ideia de dignidade de tutela, uma vez que diz respeito ao referido grau de intolerabilidade social, tendo por referentes, por um lado, o grau de importância dos valores em causa e, por outro, os efeitos de determinado comportamento no âmbito social, em relação a esses mesmos valores. [...] o juízo de dignidade de tutela, não ainda da sua necessidade – é um juízo sobre a perturbação grave dos bens considerados essenciais para o desenvolvimento da vida do homem em comunidade.” CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Op. cit.* p. 226.

31 SGRECCI, Elio. *Manual de Bioética. Fundamentos e ética biomédica*. Trad. Orlando Soares Moreira. São Paulo: Edições Loyola, 2009. P. 297.

transformações, com finalidade experimental, mudando mesmo as características até então inexistentes na espécie.³²

No entender de Suzuki e Knudtson, a engenharia genética é a reunião de todas as técnicas científicas com o fim de alterar a constituição genética de células e de organismos, através da manipulação de genes.³³

Juliana Araújo Lemos da Silva Machado explica que:

O termo *engenharia genética* vem sendo usado, metaforicamente para designar o conjunto das técnicas e procedimentos de manipulação do genoma de seres vivos, tanto animais quanto vegetais. A engenharia genética compreende, portanto, todas as interferências artificiais (provocadas pelo homem) no código genético das diversas formas de vida existentes no planeta, seja pela manipulação direta de genes e cromossomos – alterando-se a carga genética, pela supressão e/ou introdução de genes, ou pela recombinação do material cromossômico – seja pela manipulação das células responsáveis pela perpetuação das características genotípicas de cada espécie (células germinativas).³⁴

Seguramente a manipulação genética é uma inovação extraordinária na medicina, trazendo esperança a muitas pessoas que anseiam por tratamento de doenças até então incuráveis.

Entretanto, como na maioria das atividades humanas, a engenharia genética traz potenciais riscos relacionados a desígnios não altruísticos. Nesse sentido, falamos em manipulação genética não terapêutica, voltada ao “aprimoramento” do genoma de indivíduos sadios, nos quais a mutação genética que pretende ver alterada é mera variabilidade. Vê-se que aqui corre risco a biodiversidade humana tão cara à sobrevivência da espécie na Terra.

Não podíamos deixar de lembrar as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial com o objetivo de obtenção de uma “raça pura”. Maria Helena Diniz comenta:

[...] experimentações iníquas praticadas por médicos nazistas comandados por Josef Mengele, nos campos de concentração, durante a Segunda Guerra Mundial, principalmente em Auschwitz, onde foram sacrificadas inúmeras vidas, inoculando-se propositalmente sífilis, gonococos por via venosa, tifo, células cancerosas e vírus de toda sorte nos prisioneiros, com o objetivo de curiosidade científica;

32 MARTINEZ, Stella Maris. *Manipulação Genética e Direito Penal*. São Paulo: IBCCrim, 1998. p. 23.

33 SUZUKI, David e KNUDTSON, Peter. *Genética – Conflictos entre la ingeniería genética y los valores humanos*. Madrid: Tecnos, 1991. p. 103.

34 MACHADO, Juliana Araújo Lemos da Silva. *Direito, ética e biossegurança: a obrigação do Estado na proteção do genoma humana*. São Paulo: Editora UNESP, 2008. p. 122.

efetuando-se esterilizações e experiências genéticas com o escopo de obter uma raça superior; provocando-se queimaduras de 1º e 2º grau com compostos de fósforo; ministrando-se doses de substâncias tóxicas para averiguar experimentalmente os seus efeitos; deixando-se de tratar pacientes sífilicos ou mulheres com lesões pré-cancerosas do colo do útero para analisar a evolução das moléstias etc.³⁵

E a autora ainda alerta para outros exemplos, como no Japão, durante a Segunda Guerra, prisioneiros foram infectados com bactérias causadoras de peste bubônica, antraz, febre tifoide e cólera e, quando doentes, expostos a operações sem anestesia. Nos Estados Unidos, há relatos de aplicações em soldados de vacinas experimentais; de idosos doentes que receberam células cancerígenas vivas; e “desde 1944 o Pentágono tem feito pesquisas com material radioativo em seres humanos, principalmente em deficientes mentais, ministrando-lhes mingau de aveia contaminada com isótopos radiativos.” Na África do Sul, microrganismos manipulados em laboratório foram desenvolvidos para esterilizar a população negra.³⁶

Infelizmente, é assustador analisar o que a espécie humana é capaz de fazer quando passa a imaginar que detém o controle e o poder sobre os demais humanos, em última análise, sobre a vida.

Assim, percebemos que a danosidade social, a intolerabilidade de condutas relacionadas ao bem jurídico patrimônio genético humano é latente. Temos sempre que estar atentos ao ressurgimento da chamada eugenia.³⁷ Expressão cunhada, formalmente, por Francis Galton que designou uma ciência cujo objetivo era melhorar as qualidades próprias da raça através de fatores políticos e científicos. Essa corrente científico-política desenvolve-se nos séculos XIX e XX dando base para sua aplicação mais extrema na eclosão do nazismo, com proposições de higiene social e racial.

Intervenções sobre o patrimônio genético humano para selecionar e modificar características físicas e traços não patológicos, sob qualquer pretexto ideológico autoritário e nefasto, viola, de maneira patente, a dignidade da pessoa humana. Falamos aqui de uma dimensão genética da pessoa humana que diz respeito ao ser humano único e diferenciado, mas também à espécie humana, que passou por inúmeras mutações naturais para evoluir e diversificar-se. É no mínimo, temerário, permitir que se coloque em risco o patrimônio genético que a natureza tem cons-

35 DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do Biodireito*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 362.

36 *Ibidem*, p. 365.

37 Stella Maris Martinez nos explica a diferenciação feita entre eugenia positiva e negativa nesses termos: “A primeira delas [eugenia positiva] inclui todas as tentativas destinadas a melhorar a dotação cromossômica do afetado (transferência de genes, tanto humanos, como animais, construção de mosaicos genéticos, reprodução assistida), assim como o fomento da chamada paternidade valiosa (worthy parenthood). A segunda [eugenia negativa] atua evitando a transmissão do gene defeituoso, seja mediante a eliminação física de seus portadores (aborto eugênico, controle de natalidade, esterilização, conselho genético) ou mediante o impedimento de uniões procriativas de indivíduos com alto risco genético.” MARTINEZ, Stella Maris. *Op. Cit.* p. 158.

truído com maestria, possibilitando a vida humana tal como é hoje, em nome de aperfeiçoamento fenotípico.

Nessa perspectiva também a preocupação demonstrada por Juliana Araújo Lemos da Silva Machado:

E, no campo da engenharia genética, haverá sempre o perigo de que alterações genéticas sejam feitas em prol de uma “melhora” ou “depuuração” da composição genética do ser humano, muitas vezes atuando sobre grupos sociais específicos (como negros, índios, portadores de necessidades especiais), ou, ainda, objetivando alterar genes em prol da obtenção de certos caracteres fenotípicos social e culturalmente estabelecidos como “superiores” (pele branca, olhos azuis, alta estatura etc.), o que certamente constituiria verdadeira afronta à dignidade da pessoa humana, podendo ainda resvalar para o surgimento de uma nova forma de discriminação social (de fundo genético).³⁸

Apesar disso, não são todos os riscos que podem e devem ser, por dados empíricos, realmente comprovados. Eis que a ocorrência da lesão ao genoma humano por uma única vez traria prejuízo de enorme monta à espécie humana. Um só experimento de engenharia genética feriria a dignidade da pessoa humana, em uma perspectiva subjetiva, mas também numa perspectiva objetiva, relativa à humanidade como um todo. Um só experimento levaria à instrumentalização de ao menos um ser humano para a comprovação da danosidade social da conduta.³⁹

Desse modo, apesar de não haver certeza científica quanto à dimensão do dano, presumiremos a danosidade social através do princípio da precaução. Expliquemos: a dúvida científica quanto aos nefastos efeitos da manipulação genética sem fins terapêuticos, embasada em argumentos razoáveis, deve levar a prevenção da ocorrência do risco. O Estado, como garantidor dos direitos fundamentais, terá que tomar para si a proteção do genoma humano contra esses riscos, que representam possibilidade de danos de grande dimensão.

A ponderação de Joaquim Clotet é nesse sentido:

[...] a avaliação ética das novas técnicas da engenharia genética deverá ser realizada de acordo com o predomínio da beneficência sobre os riscos, o respeito à dignidade da pessoa e de seus descendentes, e a justiça distributiva que inclui, também, as gerações futuras. O

38 MACHADO, Juliana Araújo Lemos da Silva. *Direito, ética e biossegurança: a obrigação do Estado na proteção do genoma humano*. São Paulo: Editora UNESP, 2008. p. 160.

39 Nesse sentido Maria da Conceição Ferreira da Cunha: “Se, porém, nestes casos, o legislador estiver sujeito a uma plena comprovação da situação de danosidade social, poder-se-á tornar praticamente impossível a criminalização, o que acarretará, eventualmente, consequências graves do ponto de vista social. É que a comprovação empírica da danosidade social será em certos casos muitíssimo difícil ou mesmo impossível, mas os presumíveis efeitos da não criminalização poderão ser nefastos.” CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Op. cit.* p. 161.

caráter imprevisível de algumas das consequências de determinadas práticas ou descobrimento impede, no momento presente, a avaliação ética de caráter universal e categórico que a sociedade, talvez, ingenuamente, poderia esperar.⁴⁰

3. PATRIMÔNIO GENÉTICO HUMANO – REQUISITO DA NECESSIDADE DE TUTELA PENAL

Conferido o requisito da dignidade penal – dignidade do bem jurídico e danosidade social da conduta – temos respeitado o princípio da fragmentariedade. Se o bem jurídico é digno e a conduta é de tal forma intolerável, é porque pode, e muitas das vezes, deve ser alçado ao fragmento dos bens que merecem ser tratados pelo Direito Penal.

Porém, nos resta ainda a apreciação da necessidade da tutela penal, já que a afirmação da dignidade penal é condição necessária mas não suficiente para a intervenção criminalizadora estar justificada. A dignidade penal da tutela ao genoma humano foi por nós afirmada tendo em vista a criação de um perigo a um bem jurídico com reflexos na dignidade da pessoa humana constitucionalmente assegurada. Mas esse foi o primeiro passo para legitimação da intervenção penal.

A questão que resta é saber se o Direito Penal conferiria uma proteção adequada e suficiente ao bem digno de tutela. O caráter subsidiário da intervenção penal somente se manterá intacto se comprovarmos a insuficiência do controle informal e das sanções civis e administrativas.

Comungamos da ideia de que o controle informal exercido pela categoria profissional, assim como os Direitos Civil e Administrativo sancionador não sejam suficientes para proteger de maneira adequada o genoma humano.⁴¹ Eles são também indispensáveis, mas têm que intervir conjuntamente com o Direito Penal.

É que a necessidade da tutela penal relaciona-se de maneira muito íntima com as finalidades da pena. A sanção penal além da função retributiva tem também um objetivo preventivo. Ou seja, é um mecanismo necessário para reparar a ordem violada impondo uma contrapartida pelo mal cometido, mas também como elemento inibidor de comportamentos criminosos.⁴²

40 CLOTET, Joaquim. *Bioética: uma aproximação*. Porto Alegre: Edipucrs, 2006. P. 138.

41 Neste sentido Alberto Silva Franco: "A insuficiência do sistema de controle social informal (profissional) é manifesta e as atividades biomédicas a cada dia que passa alcançam, em razão de novas descobertas tecnológicas, um número maior de pessoas, passando a incidir sobre direitos considerados fundamentais das mesmas." FRANCO, Alberto Silva. *Genética humana e direito penal*. Acesso eletrônico no dia 11.04.2017 pelo site: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/393/356.

42 Nosso Código Penal, no art. 59, *caput*, parte final, declara que o juiz, ao aplicar a pena, deverá dosá-la conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Essa finalidade de prevenção da sanção é mais pujante na intervenção penal. A imposição da pena tem o intuito de inibir que o sujeito volte a delinquir e promover reinserção social. E, ao mesmo tempo, possui um caráter intimidatório em relação a todo corpo social prevenindo a ocorrência do crime. Importantes são os ensinamentos de Jorge de Figueiredo Dias, para quem a prevenção geral é a principal finalidade da pena:

[...] também a pena só ganha justificação a partir da necessidade de proteção de bens jurídicos; nessa medida, uma qualquer teoria absoluta dos fins da pena fica ab initio prejudicada. Só deverei acentuar que não preside a estas minhas considerações a pobre noção tradicional de prevenção geral, de cariz negativo, como pura intimidação, mas uma aceção positiva ou integrada, onde a intimidação actua só dentro do campo marcado por certos orientamentos culturais, por *standards* ético-sociais de comportamento que a ameaça da pena visa justamente reforçar.⁴³

Resta-nos concordar, porque a criminalização acaba por trazer à tona um importante efeito de apelo e reforço social. É por conta desse efeito que entendemos cumprir o bem jurídico – genoma humano – o requisito de necessidade da tutela penal. Não há outro meio idóneo capaz de repercutir na sociedade uma consciência sobre assunto de tão grande importância.

Documentos internacionais dão conta da necessidade da tutela penal do genoma humano. Em 1988, a Associação Internacional de Direito Penal, em seu XIV Congresso celebrado em Viena, estabeleceu importantes resoluções. Na seção II foi tratado o assunto: “Direito Penal e modernas técnicas biomédicas”, concluindo pela necessidade de normas diante dos novos problemas trazidos pela biomedicina: “a lei deverá proteger a inviolabilidade de herança genética contra qualquer manipulação artificial”, sugerindo ainda a proibição da transferência gênica na linha germinal humana até que se estejam provadas a sua fiabilidade e segurança, assim como a criação de seres híbridos.⁴⁴

Em 1989, o Parlamento Europeu promulgou a resolução sobre os problemas éticos e jurídicos da manipulação genética, fixando a proibição categórica de recompor arbitrariamente o programa genético dos seres humanos, exigindo expressamente a penalização de toda transferência de genes e células germinativas a fim de definir um estatuto jurídico do embrião e garantir a proteção da identidade genética humana.⁴⁵

43 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.* p. 28.

44 AIDP, Resoluções do Colóquio Direito penal e modernas técnicas biomédicas (1988), n. 6.1.

45 PARLAMENTO EUROPEU, Resolução sobre os problemas éticos e jurídicos da manipulação genética, de 16.03.1989, ns. 27, 28, 29.

Depois de estudos realizados em Manzanillo e Buenos Aires nos Encontros sobre Bioética e Genética, foi formulada a Declaração Ibero-Latino-Americana sobre Ética e Genética, com a participação de diversos países da América Latina, incluindo o Brasil, e com a participação da Espanha. Referida declaração proclama que “o genoma humano constitui parte do patrimônio comum da humanidade como uma realidade e não como uma expressão meramente simbólica”, reconhecendo expressamente o direito à identidade genética e a necessidade de se respeitar “a especificidade e diversidade genética dos povos”. Defende que a informação genética individual é privativa da pessoa e não pode ser revelada a terceiros sem seu expreso consentimento; e, ainda, que as provas genéticas não podem ser utilizadas para imposição de políticas populacionais, demográficas ou sanitárias nem para a satisfação de requerimentos de terceiros.⁴⁶

A Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, que, aprovada em 16 de outubro de 2003 pela 32ª Conferência Geral da Unesco, prevê, por seu turno, que se deve fazer o possível para garantir que “os dados genéticos humanos e os dados proteômicos humanos não sejam utilizados com fins que discriminem, ao terem por objeto ou consequência a violação dos direitos humanos, as liberdades fundamentais ou a dignidade humana de uma pessoa, ou que provoquem a estigmatização de uma pessoa, uma família, um grupo ou comunidades”.⁴⁷ Reconhece, no intuito de evitar interpretação determinística que “todo indivíduo possui uma configuração genética característica. Sem embargo, a identidade de uma pessoa não deve reduzir-se a seus traços genéticos, pois nela influem complexos fatores educativos, ambientais e pessoais, assim como os laços afetivos, sociais, espirituais e culturais dessa pessoa com outros seres humanos, e comporta ademais uma dimensão de liberdade”.⁴⁸

A Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, aprovada em 11 de novembro de 1997 pela Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura (Unesco), reconhece em seu preâmbulo, que a

diversidade genética da humanidade não deve levar a qualquer interpretação de natureza política ou social que possa colocar em dúvida a ‘dignidade inerente e [...] os direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana’, conforme estabelecido no Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos”, bem como que “a pesquisa sobre o genoma humano e as aplicações dela resultantes [...] deve respeitar inteiramente [...] a proibição de todas as formas de discriminação baseadas em características genéticas”. Isso porque proclama, em seu artigo 1º, que o “genoma humano constitui a base

46 http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/338/406. Acesso em 11.04.2017.

47 <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001361/136112porb.pdf>. Acesso em 11.04.2017.

48 <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001361/136112porb.pdf>. Acesso em 11.04.2017.

da unidade fundamental de todos os membros da família humana bem como de sua inerente dignidade e diversidade". Em seu artigo 2º ainda proclama que "a todo indivíduo é devido respeito à sua dignidade e aos seus direitos, independentemente de suas características genéticas", e que "essa dignidade torna imperativa a não redução dos indivíduos às suas características genéticas e o respeito à sua singularidade e diversidade".⁴⁹

A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, aprovada em 19 de outubro de 2005 pela 33ª Conferência Geral da Unesco, lista, dentre seus objetivos, "salvaguardar e promover os interesses das gerações presentes e futuras" e "ressalvar a importância da biodiversidade e sua conservação como uma preocupação comum da humanidade", destacando "o impacto das ciências da vida nas gerações futuras, incluindo sua constituição genética, deve ser devidamente considerado".⁵⁰

A dificuldade reside não exatamente em notar a necessidade da tutela penal. Mas na sua verdadeira adequação, como na proteção de todos outros bens supraindividuais, que demandam, no mais das vezes, vale ressaltar, um Direito Penal preventivo.

Ressalta-se que estamos a falar em uma dimensão genética da pessoa humana como decorrência dos direitos individuais à intimidade, à integridade e à individualidade. Mas também sob o prisma da espécie humana, como direitos difusos de diversidade e intangibilidade do material genético humano, considerando-se que a continuidade da própria espécie humana depende da proteção de nosso genoma. Direitos esses de fruição indivisível e de titularidade indeterminada e indeterminável.

Luis Gracia Martin destaca que:

O Direito penal moderno seria aquele próprio e característico da 'sociedade de riscos'. O controle, a prevenção e a gestão de riscos gerais são vistos como tarefas que devem ser assumidas pelo Estado e esse as assume efetivamente de modo relevante, e para a realização de tais objetivos o legislador recorre ao tipo penal de perigo abstrato como instrumento técnico adequado por excelência. Por isso o Direito penal moderno, ou parte considerável do mesmo, é denominado 'Direito penal do risco'.⁵¹

Ademais, a previsão isolada de penas restritivas de direito não são proporcionais aos efeitos da lesão que o crime causaria à sociedade. Temos que pensar em

49 <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>. Acesso em 11.04.2017.

50 <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>. Acesso em 11.04.2017.

51 MARTIN, Luis Gracia. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 48.

penas de multa e cassação do registro profissional para que a finalidade de prevenção da sanção penal fique resguardada.

Está aí a dificuldade de o direito penal operar de maneira satisfatória para conseguir proteger bem jurídico tão caro. Nos dizeres de Antonio Carlos da Ponte: “A criminalidade que atenta contra interesses difusos e coletivos, que exige a atuação de um Direito Penal supraindividual, é o grande desafio do mundo contemporâneo”.⁵²

No Brasil, o crime que intenta tutelar o genoma humano está previsto na Lei de Biossegurança, Lei 11.105/2005, cujo artigo 1º expressa sua abrangência:

Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente.

Percebe-se que a lei tem extrema preocupação com a questão dos organismos geneticamente modificados em detrimento do genoma humano. O tipos penais que intentam tutelar esse bem jurídico estão alocados nos artigos 25 e 26 criminalizando as condutas de praticar engenharia genética em célula germinal humana, zigoto ou embrião humano e a clonagem humana. As penas cominadas são de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, no primeiro caso, e, 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa, no segundo.

Ambos os tipos pecam pela falta de proporcionalidade da pena em relação à danosidade social da conduta. A tutela penal, para ser adequada, deve cumprir a proporcionalidade na sua dupla vertente: a proibição de excesso, mas também a proibição da proteção insuficiente.

Diante o exposto, *data vênia* a entendimento contrário, entendemos ser o genoma humano um bem jurídico digno penalmente e carente de tutela penal. Não obstante, para adequação dessa proteção, entendemos ser necessárias algumas adaptações dogmáticas do Direito Penal.

Ademais, não podemos concordar que um bem jurídico que possui dignidade penal, diante de uma correlação axiológica com a Constituição Federal, e, ainda, necessita de uma tutela penal para ser suficientemente protegido, possa ser olvidado ou não considerado por falta de adequação do Direito Penal.

52 PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes Eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 38.

CONCLUSÃO

Por necessidade de síntese, tentaremos concluir em algumas linhas o que pretendemos com o que ficou delineado acima:

1. A evolução social faz vir à tona bens jurídicos inéditos até então no ordenamento. É o caso do genoma humano, cuja proteção passou a ser necessária diante dos riscos desenvolvidos pela evolução da ciência genética.
2. A teoria do bem jurídico penal, além de representar um limite ao Direito Penal no Estado Democrático de Direito, importa em legitimação constitucional da tutela dos interesses vitais.
3. Para verificar se o bem jurídico merece tratamento penal, devemos analisar sua dignidade através de uma relação axiológica com a Constituição Federal e a danosidade social da conduta. Mas também devemos analisar a necessidade da tutela penal diante a suficiência de outros controles sociais ou do ordenamento jurídico.
4. O genoma humano se apresenta como bem jurídico penalmente relevante porque decorre da dignidade da pessoa humana. Os riscos representam a danosidade social que as condutas com fins não terapêuticos podem trazer para a sociedade e só podem ser prevenidos suficientemente através de uma tutela penal. No entanto, deve o Direito Penal ser revestido de um viés preventivo.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, P. de J. L. *Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Método, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BONFIM, Danielle Cabral. *Clonagem: benefícios e riscos*. Rio de Janeiro: Interciência, 2005.

CARRARA, Francesco. *Opuscoli di Diritto Criminale*. Vol. IV, Ed. Fratteli Camelli, 1883.

CARVALHO, Marcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

CLOTET, Joaquim. *Bioética: uma aproximação*. Porto Alegre: Edipucrs, 2006.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Os novos rumos da política criminal e o direito penal portugueses do futuro*. P. 15-16. Acesso eletrônico no dia 11.04.2017 pelo sítio: http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/direito_penal/conteudos/RDP34.pdf

_____ *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do Biodireito*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERNANDES, Tycho Brahe. *A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: aspectos do direito de família e do direito de sucessões*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal. Parte Geral*, 14^a ed., ver. atual. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

FRANCO, Alberto Silva. *Genética humana e direito penal*. Acesso eletrônico no dia 11.04.2016 pelo site: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/393/356.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GOMES, Celeste Leite dos Santos Pereira; SORDI, Sandra. *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. Org. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bién jurídico y estado social y democrático de derecho: el objeto protegido por la norma penal*. Barcelona: PPU, 1991.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. v.1, t. II, 4^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LOYARTE, Dolores e ROTONDA, Adriana E. *Procreación humana artificial: um desafio bioético*. Buenos Aires: Depalma, 1995.

LUIZI, Luis. *Os princípios constitucionais penais*. São Paulo: Sérgio Antonio Fabris, 2003.

MACHADO, Juliana Araújo Lemos da Silva. *Direito, ética e biossegurança: a obrigação do Estado na proteção do genoma humano*. São Paulo: Editora UNESP, 2008.

MARTIN, Luis Gracia. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

MARTINEZ, Stella Maris. *Manipulação Genética e Direito Penal*. São Paulo: IBCCrim, 1998.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MEIRELLE, Jussara Maria Leal de (Coord). *Biodireito em discussão*. Curitiba: Juruá, 2008.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. v.1, 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 6 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ROMEO CASABONA, Carlos María. *El derecho y la bioética ante los limites de la vida humana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1994.

ROXIN, Claus. *Problemas básicos del Derecho Penal*. Madrid: Reus, 1976. p. 22.

_____. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. Trad. Ana Paula dos Santos e Luis Natscheradetz. Lisboa: Veja, 2004.

SARLET, Ingo W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCARPARO, Mônica Sartori. *Fertilização assistida – Questão aberta, aspectos científicos e legais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! Trad. Luiz Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, n. 53, mar-abr. 2005.

SGRECCI, Elio. *Manual de Bioética. Fundamentos e ética biomédica*. Trad. Orlando Soares Moreira. São Paulo: Edições Loyola, 2009.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem jurídico penal e engenharia humana: contributo para compreensão dos bens jurídicos supraindividuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SUZUKI, David e KNUDTSON, Peter. *Genética – Conflictos entre la ingeniería genética y los valores humanos*. Madrid: Tecnos, 1991.

ZATZ, M. *Clonagem humana: conhecer para opinar*. Pesquisa Fapesp: ciência e tecnologia no Brasil. São Paulo, n. 73, março 2002.

NORMAS DE SUBMISSÃO

Submissões online

A submissão de artigos científicos ou resenhas deverá ser feita por meio do sítio eletrônico da *Revista Jurídica*, acessível no seguinte endereço: http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/index. Os artigos serão avaliados por meio do sistema conhecido como *blind peer review*, cabendo ao Conselho Editorial da *Revista Jurídica* a decisão sobre sua publicação. São publicados artigos em português, inglês, francês e espanhol.

Diretrizes para autores

- 1) O artigo deve ser inédito.
- 2) O texto deve estar em conformidade com as regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).
- 3) O texto não deve fazer menção ao nome dos autores em nenhum momento, de forma a garantir o anonimato necessário à avaliação pelo sistema *blind peer review*.
- 4) Os artigos científicos devem ser organizados na seguinte sequência: título, título em inglês, resumo (de, no máximo, 300 palavras), resumo em inglês, palavras-chave (mínimo 3 e máximo 5), palavras-chave em inglês, texto do artigo dividido em tópicos, referências bibliográficas, anexos.
- 5) Os artigos científicos devem possuir entre 15 e 30 páginas, sendo estruturados na seguinte formatação: folha A4, posição vertical; fonte *Times New Roman*; corpo 12; alinhamento justificado, sem separação de sílabas; espaçamento entre linhas de 1,5cm; parágrafo de 1,5cm; margem superior e esquerda de 3cm, e inferior e direita de 2cm.

Cessão de direitos autorais

Ao submeter o trabalho para avaliação, os autores concordam com a cessão dos seus direitos autorais para o Ministério Público do Estado de São Paulo.

Outras informações, tais como casos em que é necessário aprovação de um comitê de ética, orientação sobre afiliação e sobre indicação de financiamentos, encontram-se no sítio eletrônico da revista.

editoração e ebook

imprensa**o**ficial

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO