

Revista Jurídica

MINISTÉRIO PÚBLICO DO
ESTADO DO TOCANTINS

Ano IX • nº 14

2016

Revista Jurídica

MINISTÉRIO PÚBLICO DO
ESTADO DO TOCANTINS

***Revista Jurídica do
Ministério Público do Estado do Tocantins***

Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (Cesaf)
Associação Tocantinense do Ministério Público (ATMP)

Clenan Renaut de Melo Pereira
Procurador-Geral de Justiça

José Omar de Almeida Júnior
Subprocurador-Geral de Justiça

Luciano César Casaroti
Presidente da ATMP

Ficha Técnica:

Coordenador
José Maria da Silva Júnior
Procurador de Justiça

Conselho Editorial
Elaine Marciano Pires
Geraldo da Silva Gomes
Isabel Cristina Auler Pereira
Luciano César Casaroti
Marli Teresinha dos Santos
Miguel Batista de Siqueira Filho

Revisão
Geraldo da Silva Gomes
Luciana Duailibe
Keila Fernandes Santos

Projeto Gráfico e Diagramação
Randolfo Corrêa

José Maria da Silva Júnior
(Coord.)

Revista Jurídica

MINISTÉRIO PÚBLICO DO
ESTADO DO TOCANTINS

Ano IX nº 14

Palmas, Tocantins
2016

©2016, Ministério Público do Estado do Tocantins

Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Tocantins

Publicação do Ministério Público do Estado do Tocantins

Ano IX nº 14 2016

Tiragem: 500 exemplares

Tocantins, Ministério Público

Revista Jurídica do Ministério Público do Tocantins./ Coordenação de
José Maria da Silva Júnior. Palmas: Cesaf, ano 9, nº 14, 2016.

217 p.

Periodicidade semestral

ISSN: 1984-168 x

1. Direito - Periódicos 2. Direito à saúde - judicialização 3. Ministério
Público - Brasil e Argentina 4. Acordo de leniência no Ministério Público 5.
Ministério Público - aspectos da preclusão 6. MP - o papel de fiscal no CPC
2015 7. Administração pública - controle social - Ouvidoria 8. Saneamento
básico - atuação do Ministério Público 9. Normas sociais - proteção dos
direitos humanos 10. Lei 12.846/13 - Lei anticorrupção - Ministério Público.

I. Título

CDU: 34 (05)

Todos os direitos reservados ao Ministério Público do Estado do Tocantins.
É permitida a reprodução parcial ou total, desde que sejam citadas as fontes.

A originalidade dos artigos e as opiniões emitidas são de
total responsabilidade de seus autores.

Procuradoria-Geral de Justiça
Qd 202 N, Av. LO 4, Conjunto 01,
Lotes 5 e 6 - Plano Diretor Norte
CEP: 77.006-218 - Palmas - Tocantins
(63) 3216-7600
www.mpto.mp.br - cesaf@mpto.mp.br

Associação Tocantinense do Ministério Público
Qd 202 N, Av. LO 4, Conjunto 01,
Lotes 5 e 6 - Plano Diretor Norte - 1º andar
CEP: 77.006-218 - Palmas - Tocantins
(63) 3216-3250
www.atmp.org.br - atmp@uol.com.br

Editorial

Vivemos um período na história do Brasil em que a necessidade de se ler e refletir com/sobre críticos é algo imperioso. Nos últimos tempos, observamos nas publicações digitais na internet e em discursos opinativos das pessoas nas redes sociais intentos de estabelecimento de uma cultura que reforça a livre expressão em detrimento das conquistas históricas e legais sobre a verdadeira liberdade de expressão. O texto opinativo, mormente aquele construído a partir de generalizações apressadas sobre costumes e práticas políticas e sociais correntes na sociedade, vem ganhando considerável espaço nos meios de comunicação. Assim, os riscos de se fomentar a intolerância, preconceitos e segregação acabam ocorrendo entre os cidadãos e no seio das instituições.

Nesse cruzamento de vias da opinião e da razão encontra-se a necessidade de viabilizar meios para que as ideias e reflexões sobre a realidade tenham a devida visibilidade. Ler e refletir com/sobre textos críticos não se baseia na defasada relação entre a valoração daquilo que tenha raízes na esfera do considerado “culto” em detrimento ao “popular”. A riqueza das reflexões das diferentes comunidades de saberes na sociedade é incomensurável.

Ler e refletir com/sobre textos críticos é uma ideia perseguida pelos grupos que colaboram na elaboração e publicação da Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Tocantins. Do Conselho Editorial à equipe de revisão linguístico-textual, essa ideia vem perpassando, justamente para provocar os leitores da revista. É uma provocação positiva, que busca fomentar nos leitores a análise de situações, aspectos normativos e práticas inerentes ao Ministério Público, como forma de não se contaminarem com a onda opinativa das generalizações existentes no panorama brasileiro.

A Revista Jurídica traz, em seu número atual, textos de convidados externos que ampliam os saberes sobre a relação do Ministério Público com o Código do Processo Civil, tais como “O Ministério Público e o papel de fiscal da ordem jurídica no CPC/2015”,

de Humberto Dalla Bernardina de Pinho, “O Ministério Público no processo civil: aspectos da preclusão”, de Emerson Garcia, ambos membros do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

O terceiro texto externo incita-nos a uma reflexão sobre as normas sociais como instrumento de proteção dos Direitos Humanos, de autoria da convidada Prof^a Dr^a Rute Saraiva, doutora em Ciências Jurídico-Internacionais e professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Num prisma de estudo de aplicação da norma, o Promotor de Justiça Vinícius de Oliveira e Silva refletiu sobre a “Nova Lei Anticorrupção: perspectivas de aplicação da Lei nº 12.846/13 pelo Ministério Público”.

De uma abordagem macroscópica, desloca-se para uma análise localizada com os artigos "O controle social da administração pública por meio da Ouvidoria", do técnico ministerial Joventino Pereira da Costa Junior, e "O saneamento básico e a atuação do Ministério Público do Tocantins", dos analistas ministeriais Marli Teresinha dos Santos e Jair Kennedy Felix Monteiro

Na vertente de estudos comparados, a Promotora de Justiça Araína Cesárea Ferreira dos Santos D'Alessandro traça um paralelo sobre a atuação do Ministério Público no Brasil e na Argentina. Estudos de tal natureza reforçam a importância das abordagens teóricas e metodológicas que analisam aspectos pouco conhecidos sobre distintos Parquets.

A Revista Jurídica também traz importante reflexão sobre “A organização do direito à luz e os reflexos da judicialização no Brasil”, de Alane Torres de Araújo Martins, analista ministerial em Ciências Jurídicas do MPE-TO.

José Maria da Silva Júnior
Procurador de Justiça
Coordenador do Cesaf

Sumário

1. A organização do direito à saúde e os reflexos da judicialização no Brasil	8
<i>Alane Torres de Araújo Martins</i>	
2. Análise comparativa do Ministério Público no Brasil e na Argentina	37
<i>Araína Cesárea Ferreira dos Santos D’Alessandro</i>	
3. A participação do Ministério Público no acordo de leniência como instrumento anticorrupção	63
<i>Bartira Silva Quinteiro</i>	
4. O Ministério Público no processo civil: aspectos da preclusão	88
<i>Emerson Garcia</i>	
5. O Ministério Público e o papel de fiscal da ordem jurídica no CPC / 2015	109
<i>Humberto Dalla Bernardina de Pinho</i>	
6. O controle social da Administração Pública por meio da Ouvidoria	133
<i>Joventino Pereira da Costa Junior</i>	
7. O saneamento básico e a atuação do Ministério Público do Tocantins	155
<i>Marli Teresinha dos Santos e Jair Kennedy Felix Monteiro</i>	
8. As normas sociais como instrumento de proteção dos direitos humanos	177
<i>Rute Saraíva</i>	
9. A nova Lei Anticorrupção: perspectivas de aplicação da lei nº 12.846/13 pelo Ministério Público	195
<i>Vinícius de Oliveira e Silva</i>	

A organização do direito à saúde e os reflexos da judicialização no Brasil

Alane Torres de Araújo Martins¹

Resumo

O direito à saúde tem sido matéria de grandes debates em diferentes esferas que compõem a sociedade brasileira. O presente artigo aborda aspectos importantes sobre a judicialização desse direito, a partir de levantamento bibliográfico, informações consolidadas pelo Ministério da Saúde e em pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça. O estudo possibilitou refletir sobre as consequências do ativismo do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde, em especial, quanto às decisões judiciais que extrapolam as políticas públicas desenvolvidas pelos Poderes Executivo e Legislativo. O resultado da pesquisa permitiu elaborar uma breve explanação histórica da conquista dos direitos fundamentais sociais e abordar a exigibilidade do direito à saúde pelo indivíduo frente ao dever do Estado de garantir ações e serviços destinados a toda a coletividade.

Palavras-chave: *Direito à saúde; Políticas públicas; Judicialização.*

Resumen

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Tocantins (UFT), Especialista em Direito Público (Fortium), cursando Especialização em Direito Público na Escola Superior de Magistratura Tocantinense (Esmat) e Gestão em Saúde Pública pela UFT/UAB. Analista Ministerial em Ciências Jurídicas no Ministério Público do Estado do Tocantins (MPE-TO). E-mail: alanemartins@mpto.mp.br.

El derecho a la salud ha sido sujeto de grandes debates en los distintos niveles que conforman la sociedad brasileña. Este artículo describe importantes aspectos de la legalización de este derecho, hacia el análisis de literatura específica, datos oficiales del Ministerio de Salud; por la lectura de estudios realizados por el Consejo Nacional de Justicia. El estudio ha permitido reflexionar sobre las consecuencias del activismo judicial en la realización del derecho a la salud, en particular, con respecto a las resoluciones judiciales que van más allá de las políticas públicas desarrolladas por poderes ejecutivo y legislativo. El resultado de la investigación permitió una breve explicación histórica sobre la conquista de los derechos sociales fundamentales y con foco en la exigibilidad del derecho a la salud para el individuo frente al deber del Estado de garantizar las acciones y servicios para toda la comunidad.

Palabras clave: *Derecho; Salud; Políticas Públicas; Judicialización.*

1. Introdução

Durante muito tempo, apesar de já se falar em sistemas de proteção social desde o século passado, somente tinham acesso à assistência médica os trabalhadores que contribuía para os fundos de previdência e assistência (BRASIL, 2003). A população que não estava inserida nesse contexto dependia da generosidade dos profissionais e das entidades filantrópicas, como as Santas Casas de Misericórdia, que prestavam socorro médico e forneciam medicamentos aos necessitados (FREITAS, 2001).

O estado brasileiro somente passou a executar ações públicas de saúde com a implementação de medidas sanitárias, “que observavam o exercício de algumas atividades profissionais e fiscalizavam embarcações, cemitérios e áreas de comércio de alimentos” (SECRETARIA DA SAÚDE DO ESTADO DO PARANÁ, 2015, on line). A saúde como direito de todos foi assegurada apenas em 1988,

com a Constituição Federal, a partir das reivindicações consolidadas na 8ª Conferência Nacional de Saúde, em 1986 (BRASIL, 2003).

O artigo 196 da Constituição Federal aduz que “a saúde é direito de todos e dever do Estado” (BRASIL, 1988), e, em que pese tenha estabelecido que esse dever se consolida por meio de políticas sociais e econômicas, que visem à redução de doenças e agravos e a promoção, proteção e recuperação da saúde, tal previsão tem gerado inúmeras interpretações em todas as instâncias do Poder Judiciário e na seara acadêmica, buscando “definir se, como e em que medida o direito constitucional à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial” (STF, 2009).

O conflito da judicialização da saúde, evidenciado nas ações judiciais envolve, de um lado, o cidadão, invocando o direito à assistência integral a toda e qualquer prestação que atenda a sua necessidade individual, ainda que não prevista nas políticas públicas de saúde, e de outro, o Estado, que administrando a escassez de recursos e todas as outras limitações que cercam a atividade administrativa, estabeleceu critérios de acesso, limites e regras de fruição desse direito.

É nessa perspectiva que se busca analisar as excessivas intervenções do Poder Judiciário nas Políticas Públicas de Saúde, e as consequências desse fenômeno para a própria política e para a sociedade em geral, uma vez que o acesso pela via judicial a serviços não previstos na política ou à revelia das regras de acesso e percurso pelo fluxo preestabelecido, acaba por privilegiar determinados indivíduos, gerando ainda mais disparidades na oferta desses serviços.

O presente estudo teve como objetivos: a) realizar uma abordagem sobre a organização jurídica e estruturação do Sistema Único de Saúde no Brasil, discorrendo sobre os princípios da universalidade, da igualdade e da integralidade; b) levantar dados sobre ações e serviços de saúde, sobre os gastos com a saúde pública em nosso país e sobre a judicialização da saúde; c) discorrer sobre a exigibilidade dos direitos sociais, a partir de reflexões acerca da

posição do indivíduo frente ao Estado, em face dos direitos sociais, por meio da discussão sobre as perspectivas subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais e d) retratar o processo de planejamento das políticas públicas de saúde, com ênfase na normatização brasileira, fazendo referência às informações sobre a judicialização da saúde pública.

2. Panorama da saúde pública no Brasil: ações e intervenções judiciais

O Sistema Único de Saúde - SUS, segundo definição constante do artigo 4º, da Lei nº 8.080/90, é formado pelo “conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público”. Essa definição encontra respaldo no texto constitucional, que delineou que o dever do Estado de garantir saúde para todos se concretiza por meio de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, cabe ao Ministério da Saúde a elaboração da Política Nacional de Saúde e a Coordenação e fiscalização do Sistema Único de Saúde, por meio de diversos instrumentos de planejamento, orçamento e gestão, dentre os quais a Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990, conhecida como Lei Orgânica da Saúde, responsável por estabelecer as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, e dispor sobre a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes (BRASIL, 1990).

O sistema de saúde pública no Brasil é regido pelo princípio da universalidade, o que significa dizer que se destina a todos os indivíduos, independentemente de condição social ou qualquer outro requisito. A universalidade, característica comum aos direitos fundamentais, decorre da premissa de que todos são iguais em dignidade e valores, e por essa razão, uma vez que os direitos

fundamentais são inerentes à condição humana, não há como estabelecer restrições a esses direitos, no que se refere aos seus destinatários. Esse princípio refere-se, portanto, ao universo de pessoas “destinatárias da obrigação estatal de prestar a assistência necessária à prevenção e à reparação da saúde, incluindo-se nesse rol até mesmo aqueles que possuem condições financeiras de arcar com eventuais tratamentos médicos” (MAPELLI et al., 2012, p. 25).

A Lei Orgânica do SUS estabeleceu ainda, como princípio do Sistema Único de Saúde a igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie. O princípio da igualdade, antes mesmo dessa previsão legal, é uma garantia constitucional, alçada no artigo 5º, caput, que inaugura o título dos direitos e garantias fundamentais: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se [...] a inviolabilidade do direito à igualdade” (BRASIL, 1988 e 1990). A igualdade é indissociável da democracia e do estado de direito, e significa que a todos serão dadas as mesmas oportunidades e os mesmos direitos (FERREIRA FILHO, 2012).

O princípio da igualdade tem dois vieses importantes, sobretudo, quando se trata de direitos fundamentais: é uma limitação ao legislador e uma regra de interpretação, já que proíbe a edição de normas que estabeleçam privilégios de qualquer natureza, e impõe ao magistrado interpretar a lei sob o entendimento de não criar privilégios de qualquer espécie (FERREIRA FILHO, 2012, p. 310-311).

Ressalte-se que esse princípio, em sua essência, visa impedir tratamento discriminatório de maneira arbitrária e irracional, não podendo ser invocado, portanto, em situações que, pela sua peculiaridade, exigem tratamento diferenciado, como por exemplo, a especial proteção conferida pela Constituição às crianças, aos idosos e às pessoas com deficiência. Por óbvio que esse tratamento diferenciado, por configurar restrição ao princípio da igualdade, somente tem validade jurídica se permitido pela Constituição, de modo que se uma lei ou qualquer outro ato jurídico restringir o direito de igualdade fora dos casos albergados na Constituição, tal será

considerado inconstitucional, não podendo prevalecer no ordenamento jurídico (BULOS, 2011).

Por seu turno, a integralidade de assistência, também prevista na Lei nº 8.080/90 como princípio do SUS, refere-se aos serviços oferecidos e é conceituada pela própria lei como “conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema” (BRASIL, 1990).

Desse modo, não se pode vislumbrar o direito universal à saúde sem observar esses conceitos constitucionais e legais retrocitados, segundo os quais o Sistema Único de Saúde é uma política pública, formatada para atender a todos (universalidade) em todas as suas necessidades (integralidade), sem privilégios ou discriminação (igualdade).

É também fundamental compreender que a integralidade da assistência à saúde não possibilita acesso a todo e qualquer serviço de saúde, mas se refere a todo e qualquer serviço disponível na rede de saúde pública, esta, sim, que deve contemplar a assistência integral ao indivíduo (MENDES et al., 2013).

Trata-se de um limite previsto na Constituição, que confere ao Estado discricionariedade para eleger as prioridades na escolha das políticas públicas de saúde, dentro da sua capacidade de proporcionar, com eficiência, as ações a todos os seus destinatários, não sendo possível, por conseguinte, imaginar que a finalidade desta garantia constitucional seria o atendimento de toda e qualquer necessidade de cada indivíduo, a qualquer momento, independentemente de qualquer planejamento prévio do Estado (SANTOS, 2001).

Permeando essa ideia, Santos (2001) trata sobre a integralidade da assistência no SUS nos seguintes termos:

A integralidade da assistência no SUS deverá pautar-se por regulamentos técnicos e científicos, protocolos de condutas, limites para incorporação de tecnologia, protocolos farmacológicos. A integralidade da assistência, sob esse ponto de vista, não é um conceito que admite toda e qualquer terapêutica existente ou

demandada por um paciente ou profissional de saúde. Há que se ter critérios científicos e técnicos, atualizados cientificamente para embasar a incorporação desta ou daquela tecnologia, desta ou daquela terapêutica ou medicamento (p.142).

É utópico pensar que o direito de todos a assistência integral, a que alude a Constituição Federal, remete à obrigação estatal de adquirir um medicamento ou insumo específico para cada pessoa, de acordo com as suas individualidades, no seu tempo, em cada cidade, em cada bairro, em cada rua, etc. É preciso lembrar que, pelo próprio formato do Estado de direito, há limites para tudo, inclusive para os direitos, por mais essenciais, fundamentais e imprescindíveis que sejam. Aliás, essa é a ideia central do Estado de direito, imposição de limites a certos direitos, a fim de assegurar a ordem e a paz social (TAVARES, 2013).

Outros dois importantes princípios do SUS são a descentralização político- administrativa e a regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde (que também decorre da Constituição Federal), porquanto legitimam a oferta dos serviços através da organização em redes, bem como conferem validade jurídica às pactuações regionais firmadas nas Comissões Intergestores (MENDES et al., 2013).

Efetivando esses princípios e visando concretizar o direito à saúde, as políticas públicas de saúde são elaboradas com base em dados demográficos e epidemiológicos, e de acordo com as especificidades de cada região e com a capacidade do Estado, estabelecendo os serviços a serem ofertados e o desenho da rede de atenção à saúde (KUSCHNIR et al., 2010), definida como conjunto de ações e serviços de saúde articulados em níveis de complexidade crescente, com a finalidade de garantir a integralidade da assistência à saúde (BRASIL, 2011).

O Departamento de Informática do Sistema Único de Saúde (DATASUS), que provê as bases de informação e suporte de informática necessários para o processo de planejamento, operação e controle do órgão, informa que no ano de 2014 foram realizadas

10.659.597 internações hospitalares em todo o país. Para se ter uma ideia, no mês de agosto/2014² foram registradas 981.339 internações, das quais 557.989 só na região Sul/Sudeste, o que representa um percentual de 56,86%. Nesse mesmo mês, a região Norte/Nordeste contabilizou 345.912 internações, o que significa 35,25% do total registrado no país (DATASUS/SIH/SUS, 2014, on line).

São 50.389 equipes de saúde, de acordo com o Cadastro Nacional dos Estabelecimentos de Saúde do Brasil – CNES, e R\$ 66.805.767.983,00 do orçamento de 2015 da União destinado às ações de saúde, dos quais R\$ 16.269.757.613,00 para o financiamento da Atenção Básica e R\$ 42.034.609.686,51 destinados à Atenção de MAC Ambulatorial e Hospitalar (DATASUS/SIOPS, 2015, on line).

Esses números demonstram que temos um grande sistema de saúde, que atende milhares de pessoas em todo o país, e por essa razão, não se admite falar em sistema falido, ineficiente ou qualquer outra expressão nesse sentido. Contudo, apesar desses números, a realidade é que o Brasil ainda enfrenta muitos desafios para a efetivação do direito à saúde. Dentre eles, a cobertura universal, assegurando a toda a sociedade o efetivo acesso aos serviços de prevenção de doenças e agravos e a assistência integral à saúde em todos os níveis de complexidade do sistema (OMS, 2010).

O Brasil ostenta uma cobertura na Atenção Básica de mais de 70% da população (DATASUS, 2014), mas, ainda há, em diversos pontos do país, intermináveis listas de espera e dificuldades de realização de exames ou procedimentos simples³. E, em que pese o

2 De acordo com SIH/SUS, agosto foi o mês com maior número de internações no ano de 2014.

3 Notícias publicadas nos seguintes endereços:<http://noticias.r7.com/saude/ha-2-anos-na-fila-do-sus-para-cirurgia-mulher-sangra-o-tempo-todo-vou-morrer-por-uma-coisa-simples-17032015>

<http://g1.globo.com/mato-grosso/noticia/2015/03/mais-de-46-mil-pacientes-aguardam-atendimento-pelo-sus-em-cuiaba.html>

<http://g1.globo.com/mg/sul-de-minas/noticia/2015/07/cerca-de-15-mil-pacientes-esperam-atendimento-no-sus-em-alfenas.html>

<http://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/2015/03/pacientes-espera-de-cirurgias-ortopedica-enfrentam-filas-no-hgp.html>

vultoso número de procedimentos realizados em ambiente hospitalar, é crescente a demanda reprimida de cirurgias eletivas em diversas especialidades, como por exemplo, na ortopedia, que acumula pacientes na lista de espera em todo o país, conforme amplamente divulgado na imprensa⁴.

No Estado do Tocantins, até mesmo cirurgias consideradas urgentes estão sujeitas a uma regulação dentro do ambiente hospitalar, dada a quantidade cada vez maior de pacientes e a limitação da capacidade do serviço, seja por falta de profissionais, falta de material adequado, indisponibilidade de centro cirúrgico ou de leito de UTI, segundo levantamento realizado pelo Ministério Público e Defensoria Pública no começo de 2015⁵.

O Relatório elaborado em 2010 pela Organização Mundial de Saúde concluiu que para atingir a cobertura universal de saúde, os países precisam de sistemas de financiamento que permitam às pessoas utilizar todos os tipos de serviços de saúde – promoção, prevenção, tratamento e reabilitação. Aponta ainda para a necessidade de melhorar a eficiência dos gastos, já que cerca de 20-40% dos recursos gastos em saúde são desperdiçados (OMS, 2010, p.19-20).

O fato é que a cobertura universal é ainda o grande desafio do sistema público de saúde brasileiro, e o reflexo disso é o crescimento exponencial do ajuizamento de ações judiciais individuais pleiteando acesso a serviços e medicamentos, que tem por consequência a desarticulação dos orçamentos e da política e a intensificação das desigualdades sociais (LISBOA, 2014).

4 <http://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/2015/02/pelo-menos-15-mil-pacientes-esperam-por-cirurgias-no-tocantins.html>

<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2015/09/governo-do-pr-aposta-em-mutirao-para-diminuir-fila-por-cirurgias-eletivas.html>

<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/05/1627805-com-saude-em-crise-ceara-atende-pacientes-no-chao.shtml>

5 ACP – neurocirurgia: disponível em <http://ww2.defensoria.to.gov.br/media/galeria/221b2490a491c21500c5696ad888941a.pdf> <https://mpto.mp.br/web/portal/2015/03/13/ministerio-publico-estadual-e-defensoria-vistoriam-hgpp-para-diagnosticar-problemas-da-area-de-ortopedia-estado-devera-responder-judicialmente#page>

Uma pesquisa realizada em 2015 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com o objetivo de analisar o cenário da judicialização da saúde no Brasil, retratou que entre 2011 e 2012, só no Estado de São Paulo foram ajuizadas 20.425 ações de saúde, das quais 10.940 contra o SUS, sendo as demais contra a saúde suplementar. Já o Estado de Minas Gerais contou, no mesmo período, com 4.471 ações, das quais 3.524 contra o sistema público de saúde.

Dados mais recentes apresentados pela Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo (2015), a partir do seu Sistema de Gerenciamento e Controle de Demandas Judiciais (S-CODES) revelam que o Estado tem 43.000 ações judiciais em atendimento, das quais 69% fundamentam-se em prescrições particulares. Ainda segundo a Secretaria, 93% das demandas por medicamentos são de produtos não padronizados, e 50% do estoque é composto por itens exclusivos (medicamento para atender a um determinado paciente).

Isso demonstra o crescimento descontrolado da judicialização do direito à saúde e reforça que essa situação põe em risco o cumprimento das políticas elaboradas pelo Estado, já que a judicialização impõe uma integralidade no seu sentido literal, à revelia do planejamento prévia e tecnicamente elaborado pelo poder público.

3. Exigibilidade do direito à saúde

O direito à saúde constitui um direito fundamental social, o que significa dizer que se trata de um direito do indivíduo - inerente à sua condição humana e essencial para a sua dignidade - a uma prestação do Estado, numa perspectiva de submissão deste em relação àquele, já que, segundo as teorias contratualistas que desde o século XVI estudam a legitimação do poder estatal, o Estado é uma instituição criada para garantir direitos aos cidadãos (MALUF, 2013).

Sendo assim, qualquer que seja a linha de estudos acerca dos direitos fundamentais, não poderá se dissociar do princípio de que o Estado nasceu para servir ao homem, e que a garantia da sobrevivência

do homem em sociedade é o fim último de toda a organização do aparelho Estatal (ROUSSEAU, 2011).

A clássica divisão dos direitos fundamentais, conforme aponta Novelino (2011), indica três fases históricas da inscrição desses direitos na ordem jurídica, que acabam por classificá-los em gerações ou dimensões, porquanto o surgimento de novos direitos não importa a extinção de outros, restando assim classificados: direitos de primeira dimensão, que garantem a não-intervenção estatal em face do indivíduo (direitos individuais: liberdade e propriedade); direitos de segunda dimensão, que exigem prestações obrigacionais do Estado, visando igualdade e justiça social (direitos sociais: saúde, educação, lazer); e direitos de terceira dimensão, ligados à fraternidade ou solidariedade, que requerem proteção do Estado e dirigem-se à coletividade (direitos transindividuais ou metaindividuais, difusos e coletivos: paz e meio ambiente sustentável).

O direito à saúde é, pois, um direito social de segunda dimensão, uma vez que se trata de um direito do indivíduo em face da obrigação do Estado a prestações positivas que possibilitem melhores condições de vida aos mais fracos, tendentes a realizar a igualização de situações sociais desiguais (SILVA, 2001), fruto do crescimento demográfico e das disparidades no interior da sociedade, o que gerou reivindicações da população, que exigiu do Estado um papel ativo na realização da justiça social (MENDES et al, 2013).

Dizer que o direito à saúde constitui um direito subjetivo significa dizer que o titular desse direito, e somente ele, dispõe da faculdade de exigi-lo da pessoa obrigada, abrindo-se a possibilidade de instauração de um processo judicial. Implica uma proteção processual ao titular do direito, que confere a ele o poder de exercê-lo, e a proteção contra a perturbação de terceiros (ROSS, 2007).

Diante dessa caracterização, resta analisar se os direitos sociais configuram-se como direitos subjetivos, implicando a proteção processual a um direito individual de assistência por parte do Estado, ou representam direitos objetivos, que geram a obrigação para o

Estado de criar condições para o efetivo exercício desses direitos consagrados na ordem constitucional.

Ao ponderar a importância do reconhecimento da face objetiva dos direitos fundamentais, Olsen (2011) argumenta que esse aspecto serve como legitimação de restrições a estes direitos na sua dimensão subjetiva individualista, já que “a satisfação de um direito fundamental de um cidadão poderá comprometer direitos e bens jurídicos de toda a sociedade” (p. 91).

Impende destacar que, embora as concepções jusnaturalistas caracterizem os direitos fundamentais como absolutos, Mendes et al. (2013) demonstram que tais direitos podem sofrer limitações, quando enfrentam outros valores de ordem constitucional, citando que as próprias declarações de direitos do homem admitem expressamente limitações, quando necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral pública ou os direitos e liberdades fundamentais de outros.

É nesse sentido que Tavares (2013, p. 384) afirma que “não existe nenhum direito humano que se possa considerar absoluto, aplicado aos casos concretos independentemente da consideração de outras circunstâncias ou valores constitucionais”, e elenca quatro hipóteses que acabam por restringir o alcance absoluto dos direitos fundamentais:

Assim, tem-se de considerar que os direitos humanos consagrados e assegurados: 1º não podem servir de escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas; 2º não servem para respaldar irresponsabilidade civil; 3º não podem anular os demais direitos igualmente consagrados pela Constituição; 4º não podem anular direito das demais pessoas, devendo ser aplicados harmonicamente no âmbito material (p. 384).

Diante dessas reflexões, conclui-se que não se pode encarar os direitos fundamentais apenas sob o ponto de vista do indivíduo, uma vez que este encontra limite no respeito ao seu semelhante. Além disso, importante considerar que a razão de ser dessa classe de

direitos é justamente equalizar as condições sociais dos indivíduos, por meio de ações do Estado, buscando a justiça social e a redução das desigualdades (SILVA, 2001).

Nesse compasso, Mendes et al. (2013) entendem que “os direitos fundamentais são a um só tempo direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva” no sentido de que podem ser exigidos pelo indivíduo em face do Estado, e este deve satisfazê-los, por constituírem a base do ordenamento jurídico do Estado democrático de direito (p. 611).

Contudo, esse raciocínio não encerra a discussão acerca da exigibilidade dos direitos sociais, quando se confronta o direito individual à prestação de determinado serviço, como nos casos de tratamentos de saúde, se este serviço não estiver elencado no ordenamento jurídico do Estado e conseqüentemente, não disponível a toda a coletividade.

Mendes et al. (2013) esclarecem que os direitos sociais são direitos subjetivos, e, portanto, oponíveis contra o Estado e passíveis de judicialização (p. 618). Ao tratarem especificamente do direito à saúde, identificam as dimensões individuais e coletivas desse direito, porém reconhecem que não há um direito público subjetivo a todo e qualquer procedimento de saúde, mas um direito subjetivo a políticas públicas capazes de promover, proteger e recuperar a saúde:

esse direito público é assegurado mediante políticas sociais e econômicas. Ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente de uma política pública que a concretize, mas um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde (2013, p. 623).

E no tocante à necessidade de elaboração de políticas sociais e econômicas para a concretização do direito à saúde, Mendes et al. (2013), afirmam que:

é incontestável que, além da necessidade de se distribuírem recursos naturalmente escassos por meio de critérios distributivos, a própria

evolução da medicina impõe um viés programático ao direito à saúde, pois sempre haverá uma nova descoberta, um novo exame, um novo prognóstico ou procedimento cirúrgico, uma nova doença ou a volta de uma doença supostamente erradicada (p. 623).

Em verdade, ao mencionarem o viés programático do direito à saúde, Mendes et al. (2013, p. 639) não se eximem de dar eficácia à previsão constitucional desse direito, mas propõem “o estabelecimento de parâmetros para a solução judicial de casos concretos” que envolvem a matéria, seguindo a linha já manifestada na Audiência Pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em abril de 2009, e nos autos de Suspensão de Tutela Antecipada (STA) 175 e 178, julgados no mesmo ano pela Suprema Corte.

Nessa linha de estabelecimento de parâmetros, manifestou o Ministro Gilmar Mendes no voto decisório dos autos de Suspensão de Tutela Antecipada (STA) 175 e 178, em 18/09/2009, pela observância das normas do SUS, e caso o pleito não esteja contemplado nas políticas públicas de saúde ou o tratamento oferecido for comprovadamente ineficaz, seja analisado o caso concreto, a partir de uma adequada instrução processual, recomendando cautela em casos de tratamentos experimentais:

O primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente.

Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal a sua dispensação.

O segundo dado a ser considerado é a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. Há casos em que se ajuíza ação com o objetivo de garantir prestação

de saúde que o SUS decidiu não custear por entender que inexistem evidências científicas suficientes para autorizar sua inclusão.

Nessa hipótese, podem ocorrer, ainda, duas situações distintas: 1º) o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; 2º) o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia.

(...)

Ademais, não se pode esquecer de que a gestão do Sistema Único de Saúde, obrigado a observar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, só torna-se viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos (naturalmente escassos) da forma mais eficiente possível. Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada. Dessa forma, podemos concluir que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente. Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso.

Situação diferente é a que envolve a inexistência de tratamento na rede pública. Nesses casos, é preciso diferenciar os tratamentos puramente experimentais dos novos tratamentos ainda não testados pelo Sistema de Saúde brasileiro. (...)

Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas. No entanto, é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar. (...)

Portanto, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde. (STF, 2009, on line).

Verifica-se, a partir desse julgado, a proposta de um sopesamento ou ponderação de valores em busca da conciliação das dimensões subjetiva e objetiva do direito à saúde, por meio de uma avaliação criteriosa de cada situação em concreto, buscando não esvaziar o mandamento constitucional que assegura o direito à saúde, garantindo-se o mínimo existencial ao indivíduo, mas estabelecendo critérios que possam efetivamente promover a justiça social.

Ingo Sarlet (2012), ao enfrentar o debate sobre a titularidade dos direitos sociais, e corroborando com o posicionamento do STF e de Mendes, conclui pela “simultaneidade de uma titularidade individual e transindividual dos direitos sociais”. Sarlet esclarece que o titular por excelência dos direitos sociais é o indivíduo, assim considerado em sua individualidade e num contexto social e comunitário, e em consequência, “o exercício desses direitos na dimensão coletiva não pode afastar o seu reconhecimento na esfera individual” (p. 106-107).

Na percepção do jurista, as objeções ao reconhecimento do direito subjetivo aos direitos sociais, embora sustentadas no argumento da prevalência da dimensão coletiva, em verdade, “guardam mais relação com outros fatores que não revelam necessariamente uma incompatibilidade com a titularidade individual, mas sim, dizem respeito ao impacto sobre outros direitos fundamentais causado pelas ações de caráter individual” (p. 106).

Com efeito, torna-se ainda mais relevante a observância do caso concreto, e o estabelecimento de parâmetros para uma solução judicial, à luz do que pregou o Eminentíssimo Ministro Gilmar Mendes.

Nesse compasso, veja-se o prenúncio do Professor e Ministro do STF, Luís Roberto Barroso, quando publicou sobre a judicialização excessiva e concluiu pelo estabelecimento de parâmetros para a atuação judicial em ações que versem sobre a garantia do direito à saúde:

Como todas essas normas em rota de colisão têm a mesma hierarquia, não podem elas ser aplicadas na modalidade tudo ou nada, mas sim de acordo com a dimensão de peso que assumem na situação específica. Cabe à autoridade competente – que poderá

ser o legislador ou o intérprete judicial – proceder à ponderação dos princípios e fatos relevantes, e não a subsunção do fato a uma regra determinada. Por isso se diz que princípios são mandados de otimização: devem ser realizados na maior intensidade possível, à vista dos demais elementos jurídicos e fáticos presentes na hipótese. Daí decorre que os direitos neles fundados são direitos *prima facie* – isto é, poderão ser exercidos em princípio e na medida do possível. (...)

A extração de deveres jurídicos a partir de normas dessa natureza e estrutura deve ter como cenário principal as hipóteses de omissão dos Poderes Públicos ou de ação que contravenha a Constituição. Ou, ainda, de não atendimento do mínimo existencial.

Ressalvadas as hipóteses acima, a atividade judicial deve guardar parcimônia e, sobretudo, deve procurar respeitar o conjunto de opções legislativas e administrativas formuladas acerca da matéria pelos órgãos institucionais competentes.

Em suma: onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção. (BARROSO, 2007, on line)

Segundo Barroso (2007, on line), “os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica”. Todavia, no caso do direito social à saúde, o excesso de intervenções judiciais “põe em risco a continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos”.

4. Planejamento das políticas de saúde no Brasil e judicialização

A efetivação dos direitos fundamentais prestacionais requer uma complexa organização do Estado, por meio de um rigoroso processo de planejamento de política pública, que deve contemplar a

realização de objetivos definidos, a partir da eleição de prioridades, da reserva de recursos necessários, da definição de um intervalo de tempo em que se pretende atingir os resultados propostos e dos métodos de avaliação e monitoramento necessários para a verificação desses resultados (KUSCHNIR, 2010).

Barifouse (2015), em busca de uma definição mais adequada de políticas públicas, trouxe o entendimento formulado por Patrícia Helena Massa-Arzabe⁶, segundo o qual:

Políticas públicas podem ser colocadas, sempre sob o ângulo da atividade, como conjunto de programas de ação governamental estáveis no tempo, racionalmente moldadas, implantadas e avaliadas, dirigidas à realização de direitos e de objetivos social e juridicamente relevantes, notadamente plasmados na distribuição e redistribuição de bens e posições que concretizem oportunidades para cada pessoa viver com dignidade e exercer seus direitos, assegurando-lhes recursos e condições para a ação, assim como a liberdade de escolha para fazerem uso desses recursos (apud BARIFOUSE, p. 207).

Esse entendimento reforça que não se pode cogitar que o direito à saúde de que trata o artigo 196 da Constituição Federal deve socorrer a tudo quanto existe disponível no mercado das terapias, em tecnologia, inovação ou solução, devendo o Estado, por meio de seus instrumentos de planejamento, fazer escolhas alocativas, dadas a escassez de recursos e a universalidade de pessoas a serem atendidas (STF, 2009). Daí a necessidade de compreensão da essência e dos limites desse direito fundamental.

A atividade de planejamento estatal, de acordo com Marrara (2011), decorre do Estado de Direito, que representa uma limitação ao Estado, vedando-lhes planos arbitrários ou contrários aos interesses públicos, exigindo motivação de suas decisões e a proteção da segurança jurídica na elaboração, alteração e execução dos resultados

6 Citação do artigo Dimensão jurídica das políticas públicas, publicado em: BUC-CI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. Saraiva, 2006, p. 51

do planejamento. Segundo o autor, o “planejamento legitima a existência do Estado, na medida em que torna possível a consecução de objetivos escolhidos democraticamente” (p. 12). É o método adequado pelo qual o Estado se organiza, concretizando os interesses públicos escolhidos pela comunidade por ele ordenada.

Trata-se de um instrumento complexo, que visa concretizar finalidades públicas e objetivos específicos, a partir da seletividade de objetivos a serem alcançados e da criatividade para encontrar soluções legais, legítimas, viáveis e necessárias à superação dos problemas concretos (MARRARA, 2011).

Ainda de acordo com os ensinamentos de Marrara (2011), o desenvolvimento de uma política pública envolve planejamento, métodos, prazos, recursos e diversos aspectos técnicos até se chegar a um desenho concreto de como, quando e onde se executará determinada ação, objetivando proporcionar as condições necessárias ao desenvolvimento do indivíduo. É por isso que, conforme afirma Barroso (2007), qualquer intervenção imprevista, e, sobretudo, o excesso dessas intervenções pode comprometer seriamente a execução de uma política pública.

No caso do Sistema Único de Saúde, o processo de planejamento e orçamento é elaborado de modo ascendente, do nível local até o federal, compatibilizando-se as necessidades da política de saúde, de acordo com características epidemiológicas e da organização dos serviços em cada jurisdição administrativa, com a disponibilidade de recursos dos Municípios, dos Estados, do Distrito Federal e da União (BRASIL, 1990).

A organização e operacionalização do Sistema de Planejamento do SUS (PlanejaSUS) baseiam-se em processos que permitem o seu funcionamento harmônico entre todas as esferas do SUS, por meio de pactos objetivamente definidos, com estrita observância dos papéis específicos de cada um, assim como das respectivas peculiaridades, necessidades e realidades sanitárias. Trata-se de um instrumento de gestão a partir do qual cada esfera de governo deve se valer para a observância dos princípios e o cumprimento

das diretrizes operacionais que norteiam o Sistema Único de Saúde (BRASIL, 2009).

Dentre os principais instrumentos de planejamento do SUS estão os Planos de Saúde, a Programação Anual de Saúde e o Relatório Anual de Gestão. Além desses, o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA) também se revelam importantes instrumentos de planejamento do SUS, na medida em que contemplam as diretrizes e previsões orçamentárias para a execução das atividades formuladas nos demais instrumentos (BRASIL, 2009).

Todos esses documentos são consectários das disposições das Leis nº 8.080/1990 e nº 8.142/1990, e do decreto 7.508/11, guardando obediência a esses instrumentos legais, que por sua vez, regulamentam os artigos 196 e 197 da Constituição Federal, donde parte a sua validação no ordenamento jurídico, razão pela qual devem ser reconhecidos e obedecidos por todos (BRASIL, 1990 e 2011).

Ocorre que quando o Poder Judiciário concede uma decisão contrária a todos esses instrumentos normativos, acaba por obrigar os gestores a abrirem mão de seus planejamentos e a utilizarem seus recursos em uma ação não prevista, desviando-os daquelas para as quais foram destinados.

Nesse sentido, importante a conclusão da Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde, no documento Intervenção Judicial na Saúde Pública - Panorama no âmbito da Justiça Federal e Apontamentos na seara das Justiças Estaduais (BRASIL, 2014).

O presente panorama identificou que o maior problema das ações judiciais em saúde é o gasto desordenado que promovem. (...) Conquanto seja inegável que parcela significativa das ações judiciais decorre de interesses legítimos que não podem ser retirados da apreciação do Judiciário, é igualmente constatável que a concessão pela via judicial de um tratamento médico ou medicamentoso, pela própria característica de individualidade de que comumente se revestem, impacta de modo expressivo a programação e a organização do Sistema Único de Saúde, considerando-se ainda que muitas vezes, os médicos vinculados

ou não ao SUS prescrevem tratamentos diversos dos oferecidos pelo sistema, apesar de haver alternativas viáveis dentro do próprio SUS. Por fim, os dados apresentados revelam a necessidade de se buscar uma linha de atuação, por parte de todos os interessados no assunto, que conjugue os interesses individuais com a percepção coletiva do mesmo direito. (p. 21)

A Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde (CONJUR) revela que, entre 2009 e 2012, a União figurou como ré em 47.176 processos, e que o gasto com a compra de medicamentos, equipamentos e insumos, para o cumprimento de decisões judiciais nesse mesmo período, cresceu assustadoramente, passando de R\$ 83.165.223,93 em 2009, para 287.844.968,16 em 2012. Comparando com o orçamento do Ministério da Saúde daquele ano, que foi de 72 bilhões, essa conta é bastante representativa, porquanto expressa aproximadamente o valor destinado por um mês a uma Unidade da Federação⁷ (BRASIL, 2014).

Ainda de acordo com os dados apresentados pela CONJUR, entre 2005 e 2009 foi gasto com a compra de medicamentos, equipamentos e insumos o montante de R\$ 75.232.853,35 e nos quatro anos seguintes, as despesas com essas compras para o cumprimento das ordens judiciais atingiram o total de R\$ 739.067.398,19, quase dez vezes mais do que nos quatro anos anteriores (BRASIL, 2014).

A esses valores, devem ser somadas as quantias depositadas aos Estados e Municípios para o cumprimento de demandas judiciais, que entre 2005 e 2012 totalizaram R\$ 129.370.166,64, sendo que no ano de 2005 esse gasto foi de R\$ 116.504,54, ao passo que no ano de 2012, correspondeu a R\$ 68.002.152,43, o que bem retrata o exponencial crescimento desses gastos (BRASIL, 2014).

Em análise conclusiva dos resultados de sua pesquisa, o CNJ (2015) mostra ainda que o maior número de ações tem foco curativo e objetiva a tutela individual, o que, segundo os Coordenadores do relatório, evidencia uma dimensão bastante parcial, em relação ao conjunto de ações e serviços de saúde que devem ser prestados pelo

⁷ $(72/12\text{meses} = 6 \text{ bilhões})$ dividindo 6bi/mês por 28 (27 Estados mais a União, que também tem suas atribuições próprias) = 214 milhões aproximadamente.

poder público e reforça a ideia de que a microlitigação (acúmulo de ações individuais) gera desafios para as partes, o Judiciário e para a própria gestão em saúde, e põe em risco o desenvolvimento de ações e serviços de saúde voltados para toda a coletividade.

5. Considerações finais

O tema da judicialização na organização do direito à saúde é bastante complexo e envolve a análise teórica da fundamentação da garantia desse direito, dos dados reais da atuação nessa matéria dos três Poderes Constitucionais, bem como da busca de soluções diante dos conflitos que surgem nos casos concretos.

O Poder Executivo e o Poder Legislativo elaboraram a política de saúde, conforme lhes outorgou a Constituição Federal. O cidadão, fim último do Estado, ao não obter resposta favorável à sua necessidade, recorre ao Poder Judiciário, cabendo a este o desafio de conciliar a eficácia imediata dos direitos sociais, o direito subjetivo e o direito coletivo à saúde, a escassez de recursos e os instrumentos de planejamento e gestão das políticas públicas de saúde (STF, 2009).

O Supremo Tribunal Federal posicionou-se pela ponderação de valores em busca da conciliação das dimensões subjetiva e objetiva do direito à saúde, por meio de uma avaliação criteriosa de cada situação em concreto, buscando não esvaziar o mandamento constitucional que assegura o direito à saúde, garantindo-se o mínimo existencial ao indivíduo, mas estabelecer critérios que possam efetivamente promover a justiça social.

Em sendo assim, quando a ação judicial se refere a objetos constantes das políticas públicas de saúde, não há objeção, até porque, como bem asseverou Mendes (STF, 2009), a medida visa tão somente concretizar um direito já consagrado. De outra banda, caso o pedido não seja contemplado pela rede do SUS, deverá o magistrado avaliar criteriosamente se há imprescindibilidade da concessão da medida, a partir de uma adequada instrução processual, podendo deferi-lo,

caso fique comprovada a ineficácia do tratamento oferecido pelo SUS (STF, 2009).

Em que pese a razoabilidade do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, a realidade é que, segundo constatou o CNJ (2015), a maioria das decisões judiciais são concedidas liminarmente, e sequer fazem referência à Audiência Pública do STF, tampouco adotam quaisquer posições que estiveram presentes na audiência. O CNJ observou também a pouca utilização das contribuições do CNJ e do Fórum Nacional de Saúde, dos Comitês Estaduais e dos Núcleos de Apoio Técnico (criados para subsidiar os Órgãos envolvidos na judicialização da saúde).

Como resultado da pesquisa realizada neste trabalho, identificou-se que os objetos das ações, em sua grande maioria, além de não serem contemplados nos instrumentos de planejamento e gestão do SUS, violam frontalmente todos eles em diversos sentidos: seja no pleito de uma prestação não prevista na política pública, seja noutro que implica em “furar a fila”, desmantelando todo o sistema de regulação, referência e contrarreferência, classificação de risco, entre outros critérios de acesso aos serviços e percurso na rede de atenção à saúde. Exemplo disso é o Estado de São Paulo, onde 93% das demandas judiciais por medicamentos são de produtos não padronizados na rede, e 50% do estoque é composto por itens exclusivos para atender a determinado paciente.

Nos casos concretos, é comum situações em que o paciente nem buscou a rede pública e, mesmo assim, ingressa no Judiciário; noutros casos, o paciente não quer o tratamento oferecido pelo SUS ou não cumpriu algum critério dos protocolos, e busca por meio de ação judicial uma terapia mais onerosa, desdenhando aquela oferecida pela rede pública, o que na maioria dos casos torna aquele paciente mais caro ao sistema do que uma dezena de pacientes com a mesma patologia, situação que a longo prazo, compromete a execução da política e viola um dos principais fundamentos dos direitos sociais, que é o tratamento igualitário.

A consequência primeira dessa excessiva concessão de medidas judiciais é uma instabilidade em todos os instrumentos de planejamento, orçamento e gestão do Estado, que já não conseguem mais calcular quanto, como e onde vão gastar. Somado a isso, o sério comprometimento da execução das ações planejadas, considerando que a prioridade dos gestores passa a ser cumprir, dentro dos prazos exigidos e de acordo com as especificidades de cada sentença, o mandamento judicial ou pagar multas altíssimas, que também oneram os seus orçamentos. E, por fim, verifica-se também que essa intervenção descríteriosa acaba por estabelecer uma diferenciação entre os usuários do sistema, privilegiando aqueles que recorreram à instância judiciária, que obtém prestações que não estão à disposição de toda a sociedade.

Desse modo, reconhecendo as fragilidades do Sistema Único de Saúde e a função constitucional do Poder Judiciário, entende-se razoável e legítima a atuação deste com vistas à efetivação de uma política não executada ou mal executada, ou ainda, questionando a não-inclusão de determinadas ações, serviços ou produtos nos protocolos do Sistema, e, com base na análise de casos específicos, deferir as medidas imprescindíveis para garantir o direito à vida e à saúde. Todavia, insta refletir que as ações individuais não parecem ser o meio mais adequado para se concretizar o direito à saúde, pois, como afirma CIARLINI (2009), a “atuação judicial nesse contexto cria critérios de diferenciação no atendimento aos usuários do sistema e interfere na gestão dos recursos orçamentários previstos em lei”, sendo razoável preferir ações que busquem a regulamentação da política a ou regularização da oferta dos serviços regulamentados, de modo que possam surtir efeitos para toda a coletividade.

Por fim, essas questões que envolvem o direito à saúde devem ser observadas não apenas pelo Poder Judiciário, mas, igualmente, por todos os envolvidos nesse processo (Promotores de Justiça, Defensores Públicos, Gestores, Profissionais da saúde e Órgãos de controle), que devem unir esforços para encontrarem soluções capazes de conciliar os interesses da sociedade e as limitações do Estado na efetivação desse direito.

Referências

ASENSI, F. D., PINHEIRO, R. (Coordenação). Judicialização da Saúde no Brasil: dados e experiências. Brasília, Conselho Nacional de Justiça, 2015.

BARIFOUSE, L. Políticas públicas e efetivação dos direitos sociais. Revista Brasileira de Direito Público- RBDP, Belo Horizonte, ano 13, nº 48, pág. 205-237, jan./mar. 2015.

BARROSO, L. R. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>> Acesso em: 10/out.2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em 07/jul.2015.

_____. Ministério da Saúde. Direito Sanitário e Saúde Pública. Secretaria de Gestão no Trabalho e da Educação na Saúde. Departamento de Gestão da Educação na Saúde. Márcio Iorio Aranha (org.) – Brasília: Ministério da Saúde, 2003

_____. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. As Conferências Nacionais de Saúde: Evolução e perspectivas. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. – Brasília: CONASS, 2009.

_____. Ministério da Saúde. Sistema de Planejamento do SUS (PlanejaSUS): uma construção coletiva – trajetória e orientações de operacionalização / Ministério da Saúde, Organização Pan-Americana da Saúde. – Brasília: Ministério da Saúde, 2009. disponível em <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/planejaSUS_livro_1a6.pdf>. Acesso em 23/jul.2015.

_____. Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011. Disponível em <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em 07/jul.2015.

_____. Ministério da Saúde. Intervenção Judicial na Saúde Pública. Panorama no âmbito da Justiça Federal e Apontamentos na seara das Justiças Estaduais. Advocacia Geral da União. Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2014. Disponível em <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/conjur>> Acesso em 23/ ago.2015.

BULOS, U. L. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011.

CIARLINI, Á. Desjudicialização da saúde: um bem necessário?. DPU Nº 28 – Jul-Ago/200. DOUTRINA. Disponível em <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/743/1036>>. Acesso em 23/ago.2015.

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Judicialização da Saúde no Brasil: dados e experiências. Cordenadores: Felipe Dutra Asensi e Roseni Pinheiro. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

DATASUS. Ministério da Saúde. Disponível em <<http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/tabcgi.exe?pacto/2013Mon/cnv/monitbr.def>> acesso em 03/Set. 2015.

_____. Ministério da Saúde. Disponível em <<http://datasus.saude.gov.br/datasus>> Acesso em 25/ago.2015.

FERREIRA FILHO, M. G. Curso de Direito Constitucional. 38. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

FREITAS, L. Como surgiu a reforma sanitária no Brasil?. Disponível em: <<http://www.luciafreitas.com.br/blog/?m=201108>>. Acesso em: 01 out/ 2015.

KUSCHNIR, R. C. CHORNY, A. H. e LIMA E LIRA, A. M. Gestão dos Sistemas e Serviços de Saúde. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC; (Brasília) CAPES: UAB, 2010.

LISBOA, C. F. Limites e parâmetros para a intervenção judicial no fornecimento de medicamentos. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, Vol. 4. Ano. 2. São Paulo: RT, 2014.

MALUF, S. Atualizado por Miguel Alfredo Malufê Neto. Teoria Geral do Estado. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAPELLI JUNIOR, R. COIMBRA, M. DE MATOS, Y. A. P. S. Direito Sanitário. Ministério Público de São Paulo, Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Cível e de Tutela Coletiva, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2012.

MARRARA, T. A atividade de planejamento na Administração Pública: o papel e o conteúdo das normas previstas no anteprojeto da Nova Lei de Organização Administrativa. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, pág. 9-45, jul./set. 2011

MENDES, G. F. COELHO, I, M.; BRANCO, P. G.G. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

NOVELINO, M. Direito Constitucional. 5. ed. rev. e atual. Método: São Paulo, 2011.

OMS – Organização Mundial de Saúde. Relatório Mundial da Saúde: Financiamento dos Sistemas de saúde. 2010. Disponível em: <http://www.who.int/eportuguese/publications/pt/> Acesso em 28/ago.2015.

OSLEN, A.C. L. Direitos Fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível. 1ª Ed. 3ª reimpressão, Curitiba: Juruá, 2011.

PERLINGGEIRO, R. Demandas judiciais sobre internação hospitalar e medicamentos e escassez de recursos públicos: a Justiça faz bem à saúde? Revista de Direito Administrativo Contemporâneo. Vol 17. Ano 3. Pág. 115-132. São Paulo: RT, 2015.

ROSS, A. Direito e Justiça. Tradução Edson Bini. Revisão técnica Alysson Leandro Mascaro. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2007.

ROUSSEAU, J. J. Do contrato social: princípios de direito político. -Tradução de Antônio P. Machado. Estudo crítico de Afonso Bertagnoli. Edição especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

SANTOS, L. SUS: contornos jurídicos da integralidade da atenção à saúde. Direito, Escassez & Escolha. [s.l.]: Renovar, 2001.

SARLET, I. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. In ASENSI. F. D., PINHEIRO. R. (organizadores). Direito Sanitário. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 99

SARMENTO. D. TELLES. C. Judicialização da Saúde e Responsabilidade Federativa: solidariedade ou subsidiariedade? In ASENSI. F. D. e PINHEIRO. R. (organizadores). Direito Sanitário. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 117.

SECRETARIA DA SAÚDE DO ESTADO DO PARANÁ. Disponível no endereço <<http://www.saude.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=141>>. Acesso em 01/out.2015.

SECRETARIA DA SAÚDE DO ESTADO DE SÃO PAULO. Judicialização em saúde no Estado de São Paulo. São Paulo, 2015. Slides apresentados na II Jornada Jurídica de Direito da Saúde, realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, nos dias 18 e 19 de maio de 2015, em São Paulo. Os dados são retirados do Sistema de Gerenciamento e Controle de Demandas Judiciais (S- CODES), e estão disponíveis na internet no site do CNJ, no seguinte endereço: www.cnj.jus.br/files/.../05/51e928b882dc19d7ef3a42f40f4386e7.pptx

SILVA, J. A. da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

STF - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes nos autos de Suspensão de Tutela Antecipada, STA 178/175, em 18/09/2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/>

[portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2573620>](#)
Acesso em 30/ago.2015

TAVARES, A. R. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. rev. e atual.
São Paulo: Saraiva, 2013.

Análise comparativa do Ministério Público no Brasil e na Argentina

Araína Cesárea Ferreira dos Santos D'Alessandro¹

Resumo

A ordem jurídica e a paz social dependem da existência de um órgão independente, autônomo e bem estruturado apto a defendê-las. No presente estudo, pretende-se analisar os Ministérios Públicos do Brasil e da Argentina, traçando-se um paralelo de contrastes e comparações entre eles. Ressalta-se que em ambos os países o Ministério Público, como instituição republicana, conquistou posição de destaque, adquirindo a credibilidade da sociedade e o temor dos que andam à margem da lei, seja infringindo as clássicas figuras típicas das leis penais, seja cometendo os chamados crimes de colarinho branco. No Brasil, deve-se ressaltar que o grande marco da história do Ministério Público, por certo, foi a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; já na Argentina, a reforma constitucional de 1994 trouxe à Instituição o status de órgão independente dos demais poderes e consolidou sua autonomia. Percebe-se, por outra banda, que nas últimas décadas inúmeras têm sido as tentativas de frear a atuação do Ministério Público. Contudo, o que se pode dizer é que a força do Ministério Público está

1 Promotora de Justiça do Estado do Tocantins, Graduada em Direito pela Universidade Federal do Maranhão, Pós-graduada em Processo Civil e Direito Civil pela Faculdade Albert Einstein, Doutora em Ciências Jurídicas pela Universidad del Museo Social Argentino; e-mail institucional: arainadalessandro@mpto.mp.br.

presente ao longo da história do mundo, da Argentina e do Brasil, diretamente ligada à presença da democracia, ou seja, quanto mais se prestigiam os princípios democráticos, mais sólido se concebe o Ministério Público.

Palavras-chave: *Ministério Público; Instituição Republicana; Brasil e Argentina.*

Resumen

El orden jurídico y la paz social dependen de organismos institucionalizados que sean independientes, autónomos y estructurados. En este artículo se ha analizado los Ministerios Públicos de Argentina y Brasil hacia sus puntos contrastantes. Vale destacar que en los dos países el Ministerio Público o la Fiscalía, es una institución republicana que logró respectabilidad de la población por la actuación prominente como defensores de la sociedad. También tiene el temor de los que se ponen al borde de la ley al romper las leyes penales haciendo los delitos de “cuello blanco o azul”. En Brasil, el marco fundamental para el Ministerio Público es la Constitución Federal de 1988; en Argentina, por su vez, la Reforma Constitucional de 1994 ha aportado la Fiscalía como un organismo independiente de los demás poderes contituídos; con su autonomía consolidada. En las últimas décadas del siglo XX y comienzos del actual XXI son muchos los intentos para frenar las actividades del Ministerio Público. Sin embargo, lo que se puede considerar es que la fuerza del Ministerio Público está directamente asociada a la presencia de la democracia, hacia Argentina y Brasil; cuanto más se rinde homenaje a la democracia, más sólido es concebido el Ministerio Público.

Palabras clave: *Los fiscales; Institución Republicana; Brasil y Argentina.*

1. Introdução

Ao longo do presente trabalho, pretende-se demonstrar o surgimento, a natureza jurídica, a estrutura, a organização, a forma de investidura, os princípios, as garantias e as atribuições do Ministério Público no Brasil e na Argentina.

Todo esse caminho será percorrido para que se descubra por que a instituição tem tanta credibilidade em nossos dias, sendo o último refúgio dos cidadãos na solução de suas mazelas pessoais e comunitárias, e por que há tantas tentativas de degeneração do Ministério Público.

De outro viés, é importantíssimo estudar e comparar o órgão que no Brasil é encarregado da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, para percebermos que ao longo da história brasileira, há uma marca comum, qual seja, sempre que se inaugura um regime totalitário, seja por meio de um ditador, seja mediante um golpe militar, a primeira atitude tomada é reduzir a força do Ministério Público, cassando membros, suprimindo atribuições, tudo para controlar a sua atividade, que no Brasil não é apenas de repressão da criminalidade, mas de preservação dos valores fundamentais do Estado, enquanto comunidade.

Por fim, o que se terá é uma análise de contrastes e comparações do Ministério Público brasileiro com o Ministério Público da nossa vizinha Argentina, num estudo de direito constitucional comparado.

Será verificado o papel do Ministério Público perante a sociedade argentina analisando se este possui, tal como no Brasil, as funções de ombudsman, se a forma de investidura é semelhante, se guardam paridade com a magistratura, se as atribuições são similares, dentre outras perguntas que comumente aguçam a nossa curiosidade.

Todo estudo de direito comparado é relevante, posto que ao tempo em que investiga diferenças, semelhanças e imperfeições, traz sugestões de melhoria.

A complexidade das atribuições do Ministério Público brasileiro, aliada à complexidade na estrutura e organização do Ministério Público argentino, faz com que cada um dos dois órgãos se torne fértil campo de pesquisa.

Ademais, pretende-se situar o Ministério Público como instituição republicana, capaz de provocar imensas transformações na realidade social.

2. Desenvolvimento

2.1 Origens do Ministério Público na História Mundial

Como bem demonstra Alexandre de Moraes (2005), há estudiosos que procuram a origem do Ministério Público no antigo Egito, tomando como base a figura do Magiaí (funcionário real que era a língua e os olhos do rei), o qual tinha as funções de castigar os rebeldes, reprimir os violentos, proteger os cidadãos pacíficos, acolher os pedidos do homem justo e verdadeiro e perseguir o malvado e o mentiroso; era como o “marido da viúva e o pai do órfão” (CAMPOS, 2004).

Há quem veja nos Éforos de Esparta a origem remota do Ministério Público, ao exercerem a acusação, ou mesmo no thesmotetis ou tesmãtetas grego, antigo acusador público.

Outros dizem que o Ministério Público surgiu em Roma com os advocatus fisci e os procuratores caesaris, encarregados de vigiar a administração de bens do Imperador.

Também são encontradas raízes do órgão na Antiguidade Clássica, na Idade Média e no direito canônico, porém o mais usual é indicar a sua origem na França.

Da mesma forma, são mencionadas origens na Idade Média, nos saions, nos bailios e senescais, incumbidos da defesa dos

senhores feudais em juízo, assim como nos Gerneiner Anklager da Alemanha, que sustentavam a acusação nos casos de inércia dos particulares.

Se não há consenso sobre a origem remota, por certo que a origem próxima do Ministério Público deu-se na França, quando o rei Felipe IV criou o Parquet.

2.2 Origem e desenvolvimento do Ministério Público no Brasil

Após a descoberta do Brasil, nosso Ministério Público esteve ligado ao direito lusitano. Isso porque as leis de Portugal regiam suas colônias, dentre elas o Brasil.

Desse modo, nosso estudo deve iniciar-se pelas terras colonizadoras. Em Portugal, aponta-se a origem do Ministério Público na figura do Procurador da Coroa, em 1289. Estes, durante as Ordenações Afonsinas (1446), foram substituídos pelo Procurador dos Nossos Feitos. Contudo, foi nas Ordenações Manuelinas (1521) que surgiu o Promotor de Justiça. Sendo que as Ordenações Filipinas (1603) estruturam as funções do Procurador dos Feitos da Coroa, do Procurador da Fazenda, do Promotor da Justiça da Casa da Suplicação e do Promotor da Justiça da Casa do Porto (SACCO, 2008).

Aos Promotores de Justiça cabia o papel de fiscalizar a lei e promover a acusação criminal.

Em breve resumo, pode-se dizer que na legislação portuguesa, a figura do Promotor de Justiça existia desde as Ordenações Manuelinas. Mas é comum afirmar que, no Brasil, a figura do Promotor de Justiça surgiu, efetivamente, em 1609, quando foi regulamentado o Tribunal de Relação da Bahia (por meio do Alvará de 07 de março de 1609). Na época, existia o Procurador dos Feitos da Coroa e o Promotor de Justiça.

2.3 Da estrutura e atribuições do Ministério Público na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Em 1984, a oposição liderada por Tancredo Neves (que venceu eleições indiretas para a Presidência da República) e o movimento “Diretas Já” forçavam a redemocratização e a convocação de eleições diretas. Foi criada uma Assembleia Nacional Constituinte, era a chamada Nova República se instalando para a reorganização política do Brasil.

Cidadãos, advogados e membros do Ministério Público se mobilizaram em todo o país para discutirem questões institucionais, cite-se a Carta de Curitiba, firmada após o I Encontro Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça e Presidentes de Associações do Ministério Público, realizado em junho de 1986, na cidade de Curitiba, estado do Paraná, que serviu como documento oficial para reivindicar garantias, direitos e deveres pertinentes ao Ministério Público a serem incluídos na Constituição que estava a ser elaborada.

Quando foi promulgada a nova Carta Política, Ulysses Guimarães, deputado federal e presidente da Assembleia Nacional Constituinte, afirmou: “A Constituição é caracteristicamente o estatuto do homem, da liberdade, da democracia (...). Tem substância popular e cristã no título que consagra: A Constituição Cidadã!” (SIQUEIRA, 2001).

Estabelece o artigo 127 da Constituição da República do Brasil que o Ministério Público é uma instituição permanente, isto é, não pode ser abolida por emenda constitucional, assim como as Forças Armadas (CHIMENTI, 2001); (b) essencial à função jurisdicional do Estado; (c) incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Determinou, ainda, a Carta Magna, que leis complementares da União e dos Estados-membros (cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais de Justiça, que detém a chefia administrativa da instituição nos estados) devem estabelecer a organização, as atribuições e o estatuto de direitos e deveres da categoria.

Ressalte-se que de acordo com o artigo 169 da Constituição da República de 1988, compete ao Ministério Público propor ao Poder

Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os mediante concurso público de provas ou de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil.

O Ministério Público brasileiro não se caracteriza como um quarto poder nem está vinculado ao Judiciário, Executivo ou Legislativo; não é poder, mas tem “status” de poder.

Dispõe a Lei Complementar 101/2000, chamada Lei de Responsabilidade Fiscal, que os limites vigentes para gastos com pessoal são de 0,6% para o Ministério Público Federal e 2% para o Ministério Público dos Estados.

É comum afirmar que seus membros são agentes políticos, porque além de gozarem de prerrogativas próprias semelhantes às dos magistrados, implementam políticas públicas com ampla autonomia funcional.

Registre-se que o Prof. Alfredo Valadão afirmou, na década de 20, que o Ministério Público seria um quarto poder do Estado, todavia a Constituição Federal de 1988 não deu ao órgão este perfil, apesar do texto constitucional, em diversas passagens, conferir ao Ministério Público “status de quase-poder” (art. 85, II; art. 62, §1º, I, “c”; art. 68, §1º, I; art. 168 da CF).

Ao debater o assunto, o Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertence, entende “desnecessária e bizantina” a discussão, tendo em vista que é, na sua essência, um órgão da sociedade e não deste ou daquele poder.

Quando o Ministério Público atua no processo como parte, visa proteger um interesse público ou individual indisponível. Já atuando como fiscal da lei, pode amparar um grupo específico, como ocorre com os incapazes, situação em que a intervenção é obrigatória.

Quando atua como parte, por intermédio da ação civil pública, na condição de substituto processual, o Ministério Público postula a defesa do direito de toda uma coletividade de pessoas, identificadas ou não, qualificadas ou não, evidenciando-se sua atuação pela pluralidade de titulares da pretensão em pauta.

Por fim, deve-se mencionar que quando o Ministério Público atua como substituto processual, pleiteando direito alheio em nome próprio, mesmo aquelas pessoas que se mantêm inertes, não tomando assunto no feito, podem ser beneficiadas pelos termos da sentença proferida nos autos da ação promovida pelo Ministério Público, uma vez que os julgados nas ações coletivas produzem efeitos erga omnes, podendo beneficiar terceiros.

Dentre os princípios que regem o Ministério Público brasileiro, estão o princípio da unidade; o princípio da independência funcional; o princípio da indivisibilidade; o princípio do promotor natural e o princípio da autonomia administrativa e financeira.

3. O Ministério Público argentino

O território argentino é dividido em 23 (vinte e três) províncias, quais sejam, Buenos Aires (a mais importante e populosa), Catamarca, Chaco, Chubut, Córdoba, Corrientes, Entre Rios, Formosa, Jujuy, La Pampa, La Rioja, Mendoza, Misiones, Neuquén, Río Negro, Salta, San Juan, San Luis, Santa Cruz, Santa Fe, Santiago del Estero, Tierra del Fuergo/Antártida/Islas del Antártico Sur e Tucumán, além da 01 (uma) cidade autônoma, Buenos Aires, capital da Nação e sede do governo federal.

Na Argentina o federalismo é bem mais presente do que no Brasil. Por lá, as províncias têm competências delimitadas no texto da Constituição Nacional Argentina, com ampla autonomia legislativa. No Brasil, apesar dos estados-membros terem território e autonomia legislativa (ao menos nominal), são mais dependentes da União do que as províncias argentinas.

Em se tratando de Ministério Público, por exemplo, no Brasil a Constituição Federal prevê a existência do Ministério Público Estadual, mas dispõe em sede de Constituição Federal sobre sua organização, natureza jurídica, poderes, princípios, garantias e vedações, como observado anteriormente.

Já na vizinha Argentina, a Constituição Nacional discorre, brevemente, no artigo 120 sobre o Ministério Público, onde determina o seguinte:

Art. 120.- El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República. Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca. Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones.

Percebe-se que a Constituição da Nação Argentina não regra estrutura, organização, poderes, garantias, vedações, princípios nem diretrizes fixas a serem observadas pelas Constituições das Províncias, podendo estas livremente legislar.

A Carta Fundamental da Nação Argentina teve forte inspiração nos Estados Unidos da América, o que pode ser percebido através da adoção do modelo de república federativa, com divisão das atribuições entre o governo federal ou nacional, comandado pelo presidente, e governos provincianos, comandados pelos governadores.

Apesar de se tratar de Constituição antiga, sofreu várias reformas e interrupções durante golpes de estado. Ricardo Ferreira Sacco cita Picón e explica, por exemplo, o que ocorreu durante o peronismo:

É digno de nota que o peronismo, sob pretexto de uma reforma à Constituição de 1853, em 1949 elaborou um novo texto, que vigeu até 1956, quando um movimento cívico-militar implantou novamente o texto de 1853 em sua integralidade. O que acabou acontecendo foi uma sucessão de governos aparentemente constitucionais, mas de caráter militar. Em 1976 toma o poder o Comandante em Chefe das Forças Armadas, tornando o regime muito autoritário e repressivo. Somente durante o mandato presidencial de Raúl Alfonsín (1983 a 1989) é que se tem a plena recuperação do regime democrático (PICÓN, 2001).

Com a reforma constitucional de 1994, o Poder Executivo Federal passou a ser chefiado pelo Presidente da República (mandato de 04 anos, com possibilidade de reeleição). O Poder Legislativo ficou com estrutura bicameral formada por representantes do povo, que são os deputados e representantes das províncias e da cidade autônoma de Buenos Aires, que são os senadores. Já o Poder Judiciário, tem como órgão máximo a Suprema Corte, composta por juizes nomeados pelo Presidente da República, conforme aprovação do Senado.

A partir de então analisaremos o Ministério Público da Nação Argentina (federal) e Ministério Público das Províncias (equivalente ao Ministério Público Estadual brasileiro).

3.1 O Ministério Público da Nação argentina ou Ministério Público Federal

A Constituição Nacional Argentina, sancionada pelo Congresso Geral Constituinte, em 1º de maio de 1853 e reformada pela Convenção Nacional ad hoc em 25 de setembro de 1860, pelas Convenções de 1866, 1898, 1956 e, finalmente, pela Convenção Nacional Constituinte em 22 de agosto de 1994, regula o Ministério Público da Nação em apenas um artigo – o artigo 120 que vimos anteriormente.

Na Argentina, o Ministério Público Federal é claramente um órgão extrapoder (CAMINHA, 2004), posto que não se localiza em seção de nenhum outro Poder, mas nem sempre foi assim. Até a reforma constitucional de agosto de 1994, havia muita discussão, como exemplo observe-se o que escreveu Diaz (1998, p.140):

(...) situação de perigosa indefinição normativa e teórica que, na prática, estava claramente perfilhada em direção à dependência do Ministério Público ao Poder Executivo Nacional, mediante uma inadmissível intromissão deste nas funções específicas do instituto que nos ocupa.

Desse modo, havia doutrinadores que defendiam que o Ministério Público deveria ser órgão do Poder Executivo e outros que defendiam ser órgão do Poder Judiciário, como é o caso de Bidart Campos (1989, p. 310):

(...) se como órgão extrapoderes o Ministério Público não integra o Poder Judiciário, se tem como difícil lograr que seus integrantes alcancem através de uma lei o mesmo modo de designação e de remoção dos juízes.

Para por fim à polêmica, a reforma constitucional de 1994 determinou que o Ministério Público Federal não fazia parte de nenhum poder, pelo contrário, encontrava-se em seção independente, sozinho, como se fosse algo equidistante dos demais Poderes federais. É o que leciona Nicolas Becerra (1998, p.31):

(...) um dos logros mais aplaudidos da reforma constitucional do ano de 1994 foi a consolidação no sistema constitucional do poder do Ministério Público Federal como um órgão extrapoder ou, para dizê-lo com maior precisão, com a autonomia funcional de um órgão que não depende de forma exclusiva (sic), excludente ou protagônica, de alguns dos outros poderes constitucionais.

Assim, ao passo em que a Constituição Nacional estabelece o Ministério Público como órgão independente, com autonomia funcional e financeira, com a função de promover a atuação na Justiça, determina que ele é dividido em dois, Ministério Público da Nação e Ministério Público das Províncias.

Para garantir a imparcialidade dos seus membros, a própria Constituição já trouxe um rol de incompatibilidades e impedimentos semelhantes àqueles previstos aos membros do Poder Judiciário, num perceptível paralelismo.

Ao mesmo tempo garante-se a estabilidade de seus membros até os 75 (setenta e cinco) anos.

O Procurador-Geral e o Defensor Geral serão removidos por mecanismo de juízo político (artigo 53 e 59 da Constituição Nacional Argentina).

3.1.1 Da estrutura e organização do Ministério Público Federal argentino

A Lei Orgânica do Ministério Público Federal argentino (Lei nº 24.946/1998) disciplina que o Ministério Público tem função dupla; por um lado, deve advogar para os hipossuficientes e incapazes, por outro, deve dirigir-se aos seus Chefes (Procurador Geral ou Defensor Geral) sugerindo ações para a defesa do erário e a condução da persecução penal.

Registre-se que o membro do Ministério Público não pode exercer a advocacia e representação do Estado ou do Fisco em juízo, assim como é vedado o assessoramento permanente ao Poder Executivo (CAMINHA, 2004).

No campo dos interesses difusos e coletivos o Ministério Público argentino não tem atribuições.

Por lá, é o Defensor Del Pueblo que se encarrega de tal atribuição, órgão tratado no art. 86 da Constituição Nacional Argentina, no capítulo reservado ao Poder Legislativo:

Art. 86.- El Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.

El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal. Es designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras. Goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores. Durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez. La organización y el funcionamiento de esta institución serán regulados por una ley especial.

Artículo 42- Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

Artículo 43- Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Diante do comando dos artigos 42 e 43, percebe-se que o Defensor do Povo deve tutelar os interesses transindividuais, assim como os direitos humanos e qualquer outro tipo de direito ou garantia de cunho constitucional, funcionando como uma espécie de ombudsman dos países escandinavos.

O Defensor Del Pueblo foi instituído no capítulo reservado ao Poder Legislativo, apesar de ter autonomia funcional.

É possível notar semelhança entre o Defensor del Pueblo e o Provedor de Justiça, do direito português, pois ambos estão vinculados ao Poder Legislativo.

Em virtude da autonomia das províncias e capital federal, cada uma possui seu próprio Poder Judiciário, sendo que as respectivas competências se dão em razão da pessoa e da matéria, como se observa no texto da Constituição da Nação Argentina:

Art. 116.- Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del artículo 75: y por los tratados con las naciones extranjeras: de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros: de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima: de los asuntos en que la Nación sea parte: de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.

Inicialmente, é importante registrar como está localizado topograficamente o Ministério Público dentro da divisão do texto da Constituição Nacional.

Pois bem, a primeira parte da Constituição Nacional Argentina discorre sobre declarações, direitos e garantias; a segunda parte sobre autoridades da Nação, onde consta um título dedicado a autoridades federais e outro sobre os governos das províncias, sendo que as seções primeira, segunda, terceira quarta da segunda parte são dedicadas, respectivamente, aos Poderes Legislativo, Executivo, Judiciário e Ministério Público.

O Ministério Público da Nação, pela localização topográfica, não está dentro de nenhum dos demais poderes federais, sendo órgão autônomo, em todos os aspectos, inclusive em âmbitos administrativo e financeiro.

O Ministério Público da Nação argentina é dividido em 02 (dois) ramos: Ministério Público Fiscal, dirigido pelo Procurador Geral da Nação, e Ministério Público da Defesa, dirigido pelo Defensor Geral da Nação.

O Ministério Público Fiscal é órgão dependente da Procuradoria Geral da Nação, chamado de "Fiscalia de Investigaciones Administrativas", órgão que tem como dirigente maior o Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas.

Além do Procurador Geral da Nação e do Defensor Geral da Nação, os demais membros que a lei estabeleça também gozam de imunidades funcionais e intangibilidade de remunerações. A Lei Orgânica do Ministério Público Federal da Argentina (Lei nº 24.946, de 11 de março de 1998), ao regulamentar sua estrutura, diz que:

ARTICULO 3º — El Ministerio Público Fiscal está integrado por los siguientes magistrados:

- a) Procurador General de la Nación.
- b) Procuradores Fiscales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas.
- c) Fiscales Generales ante los tribunales colegiados, de casación, de segunda instancia, de instancia única, los de la Procuración General de la Nación y los de Investigaciones Administrativas.

d) Fiscales Generales Adjuntos ante los tribunales y de los organismos enunciados en el inciso c).

e) Fiscales ante los jueces de primera instancia; los Fiscales de la Procuración General de la Nación y los Fiscales de Investigaciones Administrativas.

f) Fiscales Auxiliares de las fiscalías de primera instancia y de la Procuración General de la Nación.

ARTICULO 4º — El Ministerio Público de la Defensa está integrado por los siguientes magistrados:

a) Defensor General de la Nación.

b) Defensores Oficiales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

c) Defensores Públicos de Menores e Incapaces ante los Tribunales de Segunda Instancia, de Casación y ante los Tribunales Orales en lo Criminal y sus Adjuntos; y Defensores Públicos Oficiales ante la Cámara de Casación Penal, Adjuntos ante la Cámara de Casación Penal, ante los Tribunales Orales en lo Criminal, Adjuntos ante los Tribunales Orales en lo Criminal, de Primera y Segunda Instancia del Interior del País, ante los Tribunales Federales de la Capital Federal y los de la Defensoría General de la Nación.

d) Defensores Públicos de Menores e Incapaces Adjuntos de Segunda Instancia, y Defensores Públicos Oficiales Adjuntos de la Defensoría General de la Nación.

e) Defensores Públicos de Menores e Incapaces de Primera Instancia y Defensores Públicos Oficiales ante los Jueces y Cámaras de Apelaciones.

f) Defensores Auxiliares de la Defensoría General de la Nación.

Integran el Ministerio Público de la Defensa en calidad de funcionarios los Tutores y Curadores Públicos cuya actuación regula la presente ley.

O Procurador Geral da Nação atua como fiscal perante a Corte Suprema de Justiça da Nação e o Defensor Geral da Nação desempenha suas funções perante a Corte Suprema de Justiça da Nação. Ambos são escolhidos pelo presidente da República, devendo esta designação ser aprovada por 2/3 (dois terços) dos membros do Poder Legislativo. O que difere do processo de escolha do brasileiro é que na Argentina o Procurador Geral e o Defensor Geral não precisam pertencer à carreira, conforme o artigo 5º da Lei nº 24.946, in verbis:

ARTICULO 5º — El Procurador General de la Nación y el Defensor General de la Nación serán designados por el Poder Ejecutivo nacional

con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes. Para la designación del resto de los magistrados mencionados en los incisos b), c), d), e) y f) de los artículos 3º y 4º, el Procurador General de la Nación o el Defensor General de la Nación, en su caso, presentará una terna de candidatos al Poder Ejecutivo de la cual éste elegirá uno, cuyo nombramiento requerirá el acuerdo de la mayoría simple de los miembros presentes del Senado.

Os demais integrantes do Ministério Público da Nação Argentina ingressam na carreira mediante concurso público (concurso público de oposición y antecedentes).

3.1.2 Das atribuições do Ministério Público Federal

O Ministério Público Federal tem como atribuição maior a fiscalização das investigações administrativas, através do Ministério Público Fiscal, que é composto pelo: Fiscal Nacional de Investigações Administrativas; Fiscais Gerais de Investigações Administrativas; Fiscais Gerais Adjuntos e Fiscais de Investigações Administrativas.

A fiscalização das investigações administrativas recai tanto sobre os servidores quanto sobre os administradores no tocante a enriquecimento ilícito, lesão ao erário e outras formas de improbidade administrativa.

Os membros do Ministério Público Fiscal que não estiverem trabalhando nas investigações administrativas são responsáveis pela fiscalização do cumprimento da legalidade e defesa dos interesses da sociedade.

Por sua vez, o Ministério Público da Defesa ou Ministério Público Pupilar é responsável pelas funções de advogado público dos pobres e incapazes.

Apesar de o Ministério Público Federal ter as atribuições de Fiscal da Administração Pública e de Defesa dos pobres e incapazes, para ele é absolutamente proibido o exercício da advocacia e representação de terceiros em juízo.

3.1.3 Garantias e Prerrogativas do Ministério Público Federal e de seus integrantes

Ressalte-se que assim como no Brasil, a maior garantia do Ministério Público Federal da Argentina é a autonomia funcional e financeira. Ao passo que para os seus integrantes, as maiores prerrogativas são a unidade e a independência funcional dos membros.

3.2 Os Ministérios Públicos das Províncias

As províncias argentinas têm total liberdade para disciplinarem seus Ministérios Públicos, visto que a Constituição Nacional Argentina, ao contrário da brasileira, foi breve e sintética ao tratar do órgão, delegando poderes às Províncias para sua regulamentação.

Há quem defenda que as legislações das Províncias caminham no sentido de garantir um paralelismo entre o Poder Judiciário e o Ministério Público. A título ilustrativo, pode-se observar a Constituição da Província de Buenos Aires de 1994, que ao discriminar os órgãos (cargos) do Ministério Público determina que os seus membros devam ter na sua investidura as mesmas exigências estabelecidas para os juízes.

Do exemplo, da Província de Buenos Aires, considerada a mais importante do país, deve-se observar que nas Províncias Argentinas, ao contrário do que ocorre no Brasil, o Ministério Público com atribuições estaduais é parte do Poder Judiciário. Para corroborar tal afirmação, vejamos²:

La tesis judicialista es la mayoritaria en el Derecho Comparado provincial y también en la doctrina local – ya reseñada -. Se habla de dos ramas del Poder Judicial, una de magistrados con imperio y otra de funcionarios que tienen a su cargo las tareas propias del Ministerio Público; de que la función requirente es, en esencia, similar a la jurisdiccional; de que el Ministerio Público constituye ‘una magistratura particular del Poder Judicial, cuya función es la de

² GARCÍA, Jorge Sarmiento y otros. Derecho Público. Ediciones Ciudad Argentina: España, 1997, p. 468, citados por Díaz, In op. cit., p. 137.

auxiliar o complementar la labor del juez y determinar su acción. Si el fin de la actividad jurisdiccional no es otro que aplicar la ley a los casos sometidos a la jurisdicción y el Ministerio Público colabora en ese sentido, lógico es que goce de la misma independencia que el juez.

No mesmo sentido, a Constituição da cidade autônoma de Buenos Aires:³

ARTICULO 110.- Los jueces y los integrantes del Ministerio Público conservan sus empleos mientras dure su buena conducta y reciben por sus servicios una retribución que no puede ser disminuida mientras permanezcan en sus funciones. Gozan de las mismas inmunidades que los legisladores. Pagan los impuestos que establezca la Legislatura y los aportes previsionales que correspondan.

(...)

ARTICULO 125.- Son funciones del Ministerio Público:

1. Promover la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica.
2. Velar por la normal prestación del servicio de justicia y procurar ante los tribunales la satisfacción del interés social.
3. Dirigir la Policía Judicial.

3.2.1 Da estrutura e organização dos Ministérios Públicos das províncias argentinas

Ao contrário do que ocorre com o Ministério Público Federal, o Ministério Público das Províncias, assim como o da cidade autônoma de Buenos Aires (que tem tratamento idêntico às Províncias), não é órgão extrapoder, havendo nítida tendência doutrinária de situá-lo no

3 ARGENTINA. Constituição da Cidade Autônoma de Buenos Aires. Disponível em: <<http://www.legislatura.gov.ar/documentos/constituciones/constitucion-ciudad.pdf>>. Acesso em: 28 de dezembro de 2010, 22h14min.

Poder Judiciário, sendo que em algumas Constituições tal dispositivo é expresso, como no caso da Constituição da Cidade Autônoma de Buenos Aires, anteriormente citada.

Outra peculiaridade da Constituição da Cidade Autônoma de Buenos Aires é que por lá o órgão é responsável pela direção da polícia judiciária.

Por outro viés, ao contrário do que ocorre no Brasil, a ação penal pública não é de titularidade privativa do Ministério Público.

Do mesmo modo, há que se ressaltar que como a Argentina só prevê controle de constitucionalidade por via difusa, o Ministério Público só pode agir no controle de constitucionalidade se for parte no processo, tendo em vista que diferentemente do sistema brasileiro, por lá não há controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade.

Passemos agora a uma breve análise dos dispositivos da Constituição da Província de Buenos Aires, a de maior densidade demográfica do país.

A Lei 12.061/1998⁴ regulamenta o Ministério Público na Província de Buenos Aires, da qual se deve destacar a inclusão do órgão dentro do Poder Judiciário, com tratamento similar aos juízes em direitos e imunidade e quanto à autonomia financeira.

ARTÍCULO 2 - Principios: El Ministerio Público es parte integrante del Poder Judicial y goza de la autonomía e independencia que le otorga la Constitución para el debido cumplimiento de su función requirente.

Su organización es jerárquica, y está regida por los principios de: unidad, indivisibilidad, flexibilidad y descentralización.

...

ARTÍCULO 4 – Equiparación y estabilidad: Los miembros del Ministerio Público tienen los mismos derechos e inmunidades que los jueces. Conservarán sus cargos mientras dure su buena conducta y solamente podrán ser suspendidos o removidos, conforme a los procedimientos de juicio político o enjuiciamiento previstos en los

4 ARGENTINA. Lei 12.061/98 Lei Orgânica do Ministério Público da Província de Buenos Aires. Disponível em: <http://www.senado-ba.gov.ar/Ley_Texto.aspx?ley=12061&ley_T=O>. Acesso em: 26 de dezembro de 2010, às 09h07min.

artículos 73 inciso 2) y 182 de la Constitución de la Provincia en los casos respectivos.

...

ARTÍCULO 7 - Recursos: Además de los recursos previstos en el Presupuesto General del Poder Judicial, el Ministerio Público tendrá asignada una partida especial para atender los gastos que demanden el equipamiento de los órganos, capacitación de sus miembros, el sostenimiento de programas de asistencia y protección a la víctima, testigos e incapaces y el debido cumplimiento de sus funciones. Asimismo dispondrá de una cuenta especial formada con los honorarios y costas regulados en su favor y las multas impuestas en los procesos penales.

Os dirigentes do Ministério Público provinciano são escolhidos pelo representante do Poder Executivo, com a participação do Poder Legislativo e as condições exigidas para o ingresso na carreira são as mesmas dos magistrados (concurso e antecedentes), vejamos:

ARTÍCULO 10 - Para ser Fiscal o Defensor del Tribunal de Casación deberán reunirse los requisitos contemplados en el artículo 177 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires para ser Juez de la Suprema Corte. Para ser Fiscal o Defensor General Departamental, se requieren seis años de antigüedad en el ejercicio de la profesión y las mismas condiciones necesarias para ser Juez de Cámara. Para ser Agente Fiscal, Defensor Oficial, Asesor de Incapaces o Adjunto, se requieren tres años en el ejercicio de la profesión y las mismas condiciones necesarias para ser Juez de primera instancia.

Nas outras 22 (vinte e duas) províncias a organização e estrutura dos Ministérios Públicos guardam grande semelhança com a da Província de Buenos Aires.

3.2.2 Das atribuições do Ministério Público das Províncias

O Ministério Público da Província de Buenos Aires tutela os interesses sociais e a ordem jurídica, seja na defesa de interesses individuais, seja na defesa de interesses coletivos ou difusos

(atribuição esta que encontra muita resistência do Poder Executivo das Províncias, que alega que tal função cabe ao Defensor del Pueblo perante os Tribunais).

Do mesmo modo que o Ministério Público Federal, o Ministério Público da Província de Buenos Aires, por meio dos Defensores Oficiais, tem legitimidade para a defesa dos interesses dos pobres e incapazes, podendo ter advogados como colaboradores.

ARTÍCULO 3 - Defensa: El servicio de la Defensa Oficial se prestará por los defensores oficiales. Como colaboradores de éstos podrán incorporarse a las defensorías abogados de la matrícula con las condiciones y responsabilidades que establezca la reglamentación.

3.2.3 Garantias e prerrogativas dos Ministérios Públicos nas Províncias e de seus integrantes

De modo semelhante ao Ministério Público Federal, o Ministério Público das Províncias reconhece a independência funcional dos integrantes da classe, bem como autonomia financeira e orçamentária do órgão.

No aspecto autonomia orçamentária e financeira, deve-se consignar que além dos repasses fixos para as despesas do Ministério Público das Províncias, o órgão também recebe repasses que são próprios do Poder Judiciário, por fazer parte deste nas Províncias, ao contrário do que ocorre com o Ministério Público Federal da Argentina e com o Ministério Público brasileiro, que não estão incluídos na esfera de nenhum outro poder. Recebe, de um modo geral, recursos para despesas com equipamentos, capacitação de seus membros, sustento de programas de assistência e proteção à vítima, testemunhas e incapazes e para o devido cumprimento de suas funções.

Destaque-se, ainda, que a Lei Orgânica do Ministério Público da Província de Buenos Aires elenca os seguintes princípios: unidade, indivisibilidade, flexibilidade e descentralização que asseguram o funcionamento eficaz e imparcial da instituição (CAMINHA, 2004).

Os integrantes da carreira do Ministério Público da Província de Buenos Aires são equiparados aos juízes em imunidades e direitos.

Conclusão

Para Paulo Bonavides, o Ministério Público “é a Constituição em ação, em nome da sociedade, do interesse público, da defesa do regime, da eficácia e salvaguarda das instituições” (BONAVIDES, 2003).

De tudo que foi exposto ao longo deste trabalho, verifica-se que o Ministério Público brasileiro guarda grandes semelhanças com o Ministério Público argentino, vez que em ambos os países o órgão atua como fiscal da lei e da ordem jurídica, gozando de muito respeito perante a comunidade.

Tanto o Ministério Público argentino quanto o Ministério Público brasileiro possuem atribuições judiciais, extrajudiciais, penais e extrapenais.

Outra grande e notável semelhança é que no Brasil e na Argentina, o Ministério Público guarda paralelismo com a magistratura, sendo que os Ministérios Públicos das Províncias argentinas são parte integrante do Poder Judiciário, o que destoa da regra geral de órgão extrapoder, sem vínculo com o Executivo, Legislativo ou Judiciário exatamente para que fossem preservadas a independência e a autonomia funcional.

As três maiores diferenças entre o Ministério Público argentino e o brasileiro são: o fato de que na Argentina o Ministério Público não é o titular privativo da ação penal pública; a falta de previsão de controle concentrado de constitucionalidade das leis, uma das poderosas atribuições do Ministério Público brasileiro. Na Argentina, o Ministério Público só pode alegar inconstitucionalidade no processo em que for parte e, por último, o fato de que o Ministério Público argentino não tem a função de ombudsman, posto que por lá essa atribuição é do Defensor del Pueblo, conforme já vimos.

Mesmo assim, o Ministério Público argentino trabalha mais na persecução penal, ao contrário do Ministério Público brasileiro, que tem dedicado mais atenção à atuação no âmbito dos direitos

difusos e coletivos, mormente na tutela do meio ambiente, da criança e do adolescente, da cidadania, do idoso, da pessoa com deficiência, do consumidor, do indígena e no combate à improbidade administrativa.

Ressalte-se que além dessas atribuições, o Ministério Público brasileiro tem a função de velar pela observância dos princípios constitucionais relativos: ao sistema tributário, às limitações do poder de tributar, à repartição do poder impositivo e das receitas tributárias e aos direitos do contribuinte; às finanças públicas; à atividade econômica, à política urbana, agrícola, fundiária e de reforma agrária e ao sistema financeiro nacional; à seguridade social, à educação, à cultura e ao desporto, à ciência e à tecnologia, à comunicação social e ao meio ambiente; à segurança pública.

Acrescente-se à lista, meramente exemplificativa, a defesa dos seguintes bens e interesses: o patrimônio nacional; o patrimônio público e social; o patrimônio cultural brasileiro; o meio ambiente; os direitos e interesses coletivos, especialmente das comunidades indígenas, da família, da criança, do adolescente e do idoso.

Tal distinção entre o Ministério Público brasileiro e o Ministério Público argentino, talvez seja por conta da existência do Defensor Del Pueblo e da Fiscalía Administrativa na vizinha Argentina, os quais têm atribuições específicas de tutela dos interesses transindividuais e respeito à coisa pública.

Ocorre que, certamente, o Defensor Del Pueblo teria maior independência se estivesse fora do Poder Legislativo ou se fosse ramificação do Ministério Público argentino, garantindo sua independência e autonomia funcional.

Observe-se, pois, que o Ministério Público brasileiro é sui generis e um dos mais avançados órgãos de fiscalização e transformação social do mundo, uma vez que possui amplas atribuições (na sua maioria elencadas pela Constituição da República de 1988, marco do Estado Democrático de Direito no Brasil), independência em relação aos demais Poderes e paridade com a magistratura.

Todavia, na Argentina respeita-se in totum o federalismo, isto é, por lá as Províncias realmente têm autonomia legislativa, ao contrário do Brasil, onde a Constituição da República Federativa do Brasil de

1988 quase tudo disciplina e determina, permitindo que as Constituições Estaduais tenham competência legislativa menor.

Tudo deve-se ao fato de que no Brasil a repartição de competência está baseada no princípio da predominância do interesse, ou seja, incumbe à União tratar das matérias e questões de interesse nacional e aos Estados e municípios, as questões de interesse regional e local.

O federalismo na Argentina estabelece que as províncias deleguem algumas de suas atribuições ao governo federal, assegurando o fortalecimento da forma de Estado, mas mantendo seu próprio governo e suas próprias leis, respeitada a Constituição Nacional Argentina. Por essa razão, as províncias são consideradas autônomas e independentes.

Referências

ARAÚJO, Luiz Alverto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2005.

ARGENTINA. Constituição Nacional Argentina. Disponível em: <<http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/ministerio.php>>. Acesso em: 29 de dezembro de 2010.

ARGENTINA. Lei 29.946/98 (Lei Orgânica do Ministério Público Federal da Argentina). Disponível em: <http://www.jusneuquen.gov.ar/share/legislacion/leyes/leyes_nacionales/ley_24946.html>. Acesso em: 28 de dezembro de 2010.

ARGENTINA. Constituição da Província de Buenos Aires. Disponível em: <<http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/constitucion/cpppal.htm>>. Acesso em: 17 de dezembro de 2010.

ARGENTINA. Lei 12.061/98 (Lei Orgânica do Ministério Público da Província de Buenos Aires). Disponível em: <http://www.senado-ba.gov.ar/Ley_Texto.aspx?ley=12061&ley_T=O>. Acesso em: 26 de dezembro de 2010.

BECERRA, Nicolas, In El Ministerio Público y los nuevos desafíos de la justicia democrática, Buenos Aires, Ad-hoc, 1998, p. 31.

BONAVIDES, Paulo. Os dois Ministérios Públicos do Brasil: o da Constituição e o do Governo. In: MOURA JR., Flávio Paixão et al. Ministério Público e a ordem social justa, 2003, p. 350.

_____. A Constituição Aberta. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Ciência política. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. Os dois Ministérios Públicos do Brasil: o da Constituição e o do Governo. In: MOURA JR, Flávio Paixão et al.(org) Ministério Público e a ordem social justa. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CAMARGO, Ruy Junqueira de Freitas. Tese aprovada pelo III Congresso do MP Fluminense. 1970.

CAMINHA, Marco Aurélio Lustosa. O Ministério Público no Brasil e na Argentina. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4800>>. Acesso em: 28 de novembro de 2010, às 22h03min.

CAMPOS, Bidart. Tratado elementar de Direito Constitucional. Ediar: Buenos Aires, 1989. T.II.

CAMPOS, Teresinha de Jesus Moura Borges. A importância do Ministério Público junto ao Consumidor. Teresina: APMP, 2004.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. Apontamentos de Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: Paloma, 2001. p. 249.

DÍAZ, Carlos A. Chiara. Reformas al procedimiento penal y a la organización del Ministerio Público bonaerense. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni editores, 1998.

DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1978, apud COMPARATTO, Fabio Konder, O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da. (Coord.). Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003.

GARCÍA, Jorge Sarmiento y otros. Derecho público. Ediciones Ciudad Argentina: España, 1997.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 536.

SACCO, Ricardo Ferreira. Constitucionalismo e o Ministério Público: uma visão panorâmica. Belo Horizonte: Mandamentos, HC/FUMEC, 2008. p. 53.

_____. Ministério Público no direito constitucional comparado. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/26797/ministerio_publico_direito_constitucional.pdf?sequence=1>. Acesso em: 23 de dezembro de 2010.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. Controle de constitucionalidade. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p.1.

A participação do Ministério Público no acordo de leniência como instrumento anticorrupção

Bartira Silva Quinteiro¹

Resumo

A corrupção é um dos mais graves e antigos problemas do Estado Democrático Brasileiro, que retira do País suas possibilidades de desenvolvimento. Indignados com os constantes casos vivenciados, os cidadãos brasileiros, em 2013, foram às ruas clamando por reforma política, com o objetivo de banir a corrupção. Nesse contexto, foi promulgada a Lei nº 12.846/2013, que trouxe o acordo de leniência como instrumento de combate à corrupção, porém, sendo omissa quanto à participação do Ministério Público em sua celebração. No presente trabalho será demonstrada a necessária intervenção da Instituição guardiã da ordem jurídica e do regime democrático para garantir a segurança jurídica e a efetividade da repressão à corrupção por meio deste instrumento.

Palavras-chave: Ministério Público; Corrupção; Acordo de leniência; Lei 12.846/13.

¹ Promotora de Justiça do Estado do Tocantins. Especialista em Ciências Criminais pela UFT.

Resumen

La corrupción es uno de los problemas más graves y antiguos del Estado Democrático Brasileño, que impide las posibilidades de desarrollo del país. En 2013, los ciudadanos brasileños, que estaban indignados por los constantes casos de corrupción, han salido para las calles demandando reformas políticas para su destierro. En este contexto, la Ley 12.846/2013 ha traído el acuerdo de indulgencia como herramienta para luchar contra la corrupción, sin embargo, nada referente a la participación del Ministerio Público en su celebración. En este trabajo se demostrará la necesaria intervención del Institución Vigilante del orden jurídico y del sistema democrático para garantizar la seguridad jurídica y la eficacia de la represión de la corrupción a través de este instrumento.

Palabras clave: *Ministerio Público; Corrupción; Indulgencia; Ley 12.846/13.*

1. Introdução

O ordenamento normativo brasileiro tem evoluído gradativamente buscando criar instrumentos eficazes de impedir e combater atos lesivos à administração pública, a exemplo da utilização da coisa pública para atender a interesses particulares, muitos deles previstos como crimes no Código Penal.

Esse avanço legislativo iniciado pela edição da Lei de Ação Popular, em 1965, reforçado pela Lei de Ação Civil Pública e pela Lei de Improbidade Administrativa, agora conta com mais um diploma normativo, a Lei nº 12.846/2013. Essa lei, editada após as manifestações populares em 2013, dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e trouxe como inovação o acordo de leniência, ferramenta anticorrupção.

É sabido que para a investigação da corrupção e combate a essa prática, faz-se necessária a utilização de técnicas diferenciadas

de repressão, uma vez que o ato de corrupção se enquadra como um macrocrime, inserido no contexto da criminalidade moderna, cujo modus operandi utilizado para sua prática em muito diverge da criminalidade clássica/tradicional.

Conforme explica Guilherme Rodrigues de Abrão, na criminalidade clássica pode-se perceber que o número de vítimas é limitado e que estas são facilmente identificadas,

até mesmo porque é comum o autor do fato-crime ter alguma relação com a vítima. Outra característica é a visibilidade dos delitos, uma vez que autor e vítima mantêm relação no curso do processo criminal, sendo mais fácil o reconhecimento de quem é ou de quem são as vítimas. (ABRÃO, on line, 2015)

A criminalidade moderna, por sua vez, constitui delitos que atingem toda a coletividade, ou seja, que causam prejuízos a um número indeterminado de vítimas, em diversos lugares e ao mesmo tempo, motivo pelo qual também são denominados de crimes de vitimização difusa e/ou transnacional, quando extrapolam as fronteiras do País. Essa criminalidade criou a figura do “criminoso moderno”, que muitas vezes se vale da corrupção de autoridades dos mais variados níveis para alcançar fins ilícitos.

Nesse contexto, pontua Paulo Roberto Galvão de Carvalho que a corrupção possui três características que a diferenciam dos demais ilícitos, quais sejam: i) a corrupção é invisível e secreta: trata-se de um acordo entre o corrupto e o corruptor, cuja ocorrência, em regra, não chega ao conhecimento de terceiros; ii) é uma infração que, geralmente, não costuma deixar rastros, pois a identificação das condutas que configuram atos de corrupção assim como a demonstração da finalidade ilícita são extremamente difíceis, como por exemplo provar que determinada transação financeira trata-se de suborno; iii) por ser a corrupção crime sem vítima individualizada, a ausência de um lesado direto dificulta que a notícia criminis chegue ao conhecimento das autoridades. (CARVALHO, 2014, p.39).

A corrupção deixou de ser um problema local para se converter em um fenômeno transnacional. Diante da necessidade de combater a assoladora corrupção no Brasil, valendo-se de ferramentas que se adaptem à natureza e ao modus operandi dos ilícitos, a Lei nº 12.846/13, além de prever a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas por atos praticados em seu interesse, trouxe o acordo de leniência, objeto do presente estudo, como instrumento mais eficaz para se obterem documentos e informações visando a uma condenação efetiva.

Entretanto, o alcance da finalidade da Lei nº 12.846/2013 – combater a corrupção no âmbito administrativo e judicial – passa pela efetiva participação do Ministério Público nas etapas de elaboração e pactuação do acordo de leniência, o que, infelizmente, não foi previsto. O êxito na implementação e nos resultados obtidos através desse instrumento requer a homologação do Órgão incumbido da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, a fim de conferir maior legitimidade e segurança jurídica ao delator, à investigação, além da punição da prática de corrupção.

Nesse contexto, o objetivo do presente artigo é demonstrar a necessária participação do Ministério Público na celebração do acordo de leniência entre o agente envolvido em atos de corrupção e o Poder Público, ainda na esfera administrativa, em virtude de sua repercussão nos processos judiciais, cíveis e criminais.

Em face do objetivo proposto, ao presente artigo se aplicará o método dedutivo, partindo de uma premissa geral para uma particular, tendo em vista a análise, em um primeiro momento, de conceitos gerais sobre o acordo de leniência, como ele foi tratado pela Lei nº 12.846/13 e quais as diferenças em comparação à delação premiada. Num segundo momento, serão apresentados o papel e a função do Ministério Público que o qualificam como uma Instituição que contribui para a estabilidade democrática do país. Por fim, será enfocada a necessária participação do Ministério Público na

celebração do acordo de leniência como ferramenta para o combate da corrupção.

2. O acordo de Leniência

O termo leniência provém do latim lenitate e significa brandura, suavidade, mansidão. Inserido no contexto da Lei Anticorrupção, remete à ideia de atenuação, abrandamento das sanções impostas às pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira.

O acordo de leniência é o ajuste celebrado entre o Poder Público e um agente envolvido em uma infração, com o objetivo de participar da investigação e contribuir na obtenção de informações, inclusive com a identificação de outros envolvidos, mediante a apresentação de provas materiais de autoria e, em contrapartida, obter a extinção ou a diminuição das penalidades que seriam a ele impostas com base nos fatos apresentados.

A primeira experiência do acordo de leniência surgiu nos Estados Unidos em 1978, mas a norma não incentivou a utilização do programa por parte dos agentes privados porque a concessão da leniência estava atrelada a critérios subjetivos, o que gerava grande insegurança jurídica. Em 1993, as normas passaram por significativos avanços com a implantação do Programa de Leniência Corporativa ou Amnesty Program, que consolidou critérios objetivos à concessão da isenção de penalidades e implicou a utilização efetiva por parte dos agentes privados.

No Brasil, o Programa de Leniência foi criado pioneiramente pela Medida Provisória nº 2.055-4/2000, posteriormente convertida na Lei nº 10.149/00, que inseriu os artigos 35-B e 35-C na Lei Antitruste vigente à época (Lei nº 8.884/94). Constituído como instrumento de política criminal, o programa ampliou os poderes de investigação dos órgãos responsáveis pela fiscalização do sistema brasileiro de defesa da concorrência.

Segundo Fábio Ulhôa Coelho:

A ineficácia dos instrumentos de combate aos atos de concentração de mercado fez com que as autoridades antitrustes vissem, nesse instituto, um caminho para a ampliação dos seus poderes de investigação, através do incentivo aos agentes econômicos para que forneçam provas que ajudem a condenar todos os demais membros dos cartéis e acabar com os efeitos nocivos sobre a economia popular. (COELHO, 1995, p. 13-14).

A competência para celebrar o acordo de leniência, no âmbito concorrencial, foi atribuída à Secretaria de Direito Econômico (SDE), vinculada ao Ministério da Justiça, e concedia como benefícios à colaboração efetiva que resultasse em identificação dos demais coautores da infração e à obtenção de informações e documentos que comprovassem a infração noticiada ou sob investigação, a extinção da ação punitiva, no caso em que a proposta tenha sido apresentada antes da instauração de investigação pela SDE, ou redução de um a dois terços da penalidade nos demais casos.

O art. 35, §2º, da Lei nº 8.884/94 estabeleceu quais requisitos fundamentais devem ser cumulativamente preenchidos para a celebração do acordo de leniência administrativo: i) a empresa ou pessoa física seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação; ii) cesse completamente o envolvimento da empresa ou pessoa física na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo; iii) confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, até o seu encerramento e que iv) a SDE não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física quando da propositura do acordo. A lei excluía desse programa as empresas ou pessoas físicas que tenham estado à frente da conduta tida como infracionária (tenham promovido ou organizado a cooperação da infração, dirigido a atividade ou coagido alguém para cometê-la).

Vale destacar que a proposta de acordo rejeitada pelo SDE é mantida em caráter sigiloso e não importará em confissão quanto à

matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada. Apenas a efetiva celebração do acordo importa em reconhecimento de culpa, porém, como sinal da lenidade, restará impedido o oferecimento de denúncia e, uma vez cumprido pelo colaborador, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137/90.

Com edição da nova Lei do CADE – Lei nº 12.529/2011 – o programa de leniência sofreu alteração, inclusive alterando a competência para celebrar o acordo que passou a ser do próprio Conselho Administrativo da Defesa Econômica (CADE). Entretanto, os benefícios concedidos com a celebração do acordo continuam os mesmos, bem como os requisitos a serem preenchidos pelos acordantes para sua concessão, previstos no art. 86 dessa lei.

O novo Programa de Leniência inovou ao ampliar em favor dos celebrantes do acordo a extinção da punibilidade para além dos crimes contra a ordem econômica, a fim de abranger também os demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, incluindo-se aqueles tipificados na Lei nº 8.666/93 e no art. 288 do Código Penal (associação criminosa), os quais terão extinta automaticamente a punibilidade com o efetivo cumprimento do acordo (art. 87, da Lei nº 12.529/11).

Embora a celebração do acordo de leniência na esfera administrativa repercuta no âmbito penal, não garante imunidade na esfera civil, posto que não obsta a responsabilização por eventuais danos causados em virtude da prática do cartel.

2.1. O Acordo de Leniência no âmbito da Lei nº 12.846/13

O acordo de leniência previsto na Lei Anticorrupção, embora formulado com base no modelo adotado na Lei Antitruste, não alcança pessoas físicas. Trata-se de um ajuste firmado entre a Administração Pública e as pessoas jurídicas responsáveis pela prática de ato lesivo que colaborem efetivamente com as investigações e o procedimento administrativo, desde que a colaboração resulte na identificação dos

demais envolvidos na infração, quando couber, e na obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

A celebração do referido acordo, além da voluntariedade do acordante, pressupõe que a pessoa jurídica admita a sua participação no ilícito e, conseqüentemente, cesse o seu completo envolvimento com a infração investigada.

A assunção de culpa na esfera administrativa não afasta a responsabilidade da pessoa jurídica na esfera judicial, já que a maioria dos atos lesivos à administração pública, previstos no art. 5º da Lei nº 12.846/13, também são definidos como atos de improbidade administrativa. Ademais, há a possibilidade de persecução na esfera penal, inclusive no tocante a crimes previstos na lei de licitações, em que a pena não é excluída e tampouco atenuada pela celebração do acordo. Todavia, a rejeição da proposta de acordo não importa em reconhecimento da responsabilidade.

A adesão ao Programa de Leniência isentará a empresa colaboradora, na seara administrativa, da sanção de publicação extraordinária da decisão condenatória e reduzirá o valor da multa aplicada em até dois terços². Vislumbra-se que, diferentemente da sistemática da lei antitruste, a celebração do acordo de leniência não implica em imunidade total na esfera administrativa.

Já na seara cível, a pessoa jurídica ficará isenta da proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos

2 Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:

I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e

II - publicação extraordinária da decisão condenatória.

(...)

§ 5º A publicação extraordinária da decisão condenatória ocorrerá na forma de extrato de sentença, a expensas da pessoa jurídica, em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores.

de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo de cinco anos, contudo, ainda continuará sujeita às seguintes sanções: i) o perdimento de bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração; ii) suspensão ou interdição parcial de suas atividades; iii) dissolução compulsória, quando a pessoa jurídica for utilizada ou constituída para a prática de atos ilícitos.

Outrossim, a celebração do acordo de leniência pode ocasionar a isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas nos arts. 86 a 88 pela prática de ilícitos previstos da Lei de Licitações. Todavia, o acordo não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado pelo ato de corrupção.

No âmbito do Poder Público Federal, a Controladoria-Geral da União (CGU) é o órgão competente para celebrar o acordo de leniência, bem como de atos lesivos à administração pública estrangeira, sendo operacionalizado nos níveis estaduais e municipais pelos respectivos órgãos de controle internos.

A Lei nº 12.846/13 não previu, no entanto, a participação do Ministério Público na proposta e na celebração do acordo de leniência, apenas prevendo que lhe será dado conhecimento do procedimento administrativo, após a conclusão, para apuração de eventuais delitos (art. 15).

2.2. A delação premiada no ordenamento jurídico brasileiro

O instituto da delação premiada, também conhecido como colaboração premiada, possui características semelhantes e a mesma *ratio* do acordo de leniência, com a especificidade de ser aplicado na esfera criminal.

A delação premiada é um benefício legal concedido ao criminoso que confessa a prática delitativa e aceita colaborar com as investigações, apontando inclusive eventuais comparsas que tenham concorrido para

o ilícito, em prol da redução da sanção imposta e até do perdão judicial, a depender da eficácia da colaboração para as investigações.

Outra distinção relevante entre o acordo de leniência e a delação premiada é que o primeiro é celebrado por órgãos administrativos de controle interno do Poder Executivo e a segunda é um procedimento que requer a homologação do Poder Judiciário após a imprescindível participação do Ministério Público.

Conforme explica Carlos Otaviano Brenner de Moraes, estas consistem em:

Figuras jurídicas que se assemelham, pela existência de um colaborador e o efeito suavizante das penalidades que são aptas a produzir, mas que não se confundem. O acordo de leniência é puramente administrativo. Não envolve a acusação de comparsa e o objeto de sua tolerância é a penalidade decorrente da confessada prática de uma infração administrativa, de cunho patrimonial ou funcional. A delação implica um compartilhamento de culpa em que o delator assume e também entrega o cúmplice, como “dedo-duro” que é. Depende de homologação judicial e o objeto da premiação relaciona-se à sanção de uma infração penal com reflexos na liberdade individual. (MORAIS, On line, 2015).

No ordenamento jurídico brasileiro, diversas são as leis que preveem a delação premiada como instrumento de investigação dos crimes de natureza associativa, muitos deles caracterizados como macrocrimes, os quais oferecem maior complexidade para desbaratar a empreitada criminosa, salvaguardar a vítima e recuperar o objeto da prática ilícita.

Evolutivamente, no Brasil:

- A Lei nº 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos) inseriu o §4º ao art. 159 do Código Penal, no tocante ao crime de extorsão mediante sequestro, determinando que “Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o coautor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá a pena reduzida de um a dois terços”;

- A Lei nº 8.137/90 (Lei dos crimes contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo) no parágrafo único do seu art.

16, com redação dada pela Lei nº 9.080/95, previu que “Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços”. A mesma previsão foi inserida no art. 25, §2º, da Lei nº 7.492/86, que trata sobre os crimes contra o sistema financeiro nacional;

- A Lei nº 9.613/98 (Lei do crime de “lavagem de dinheiro”), em seu art. 1º, § 5º, com redação dada pela Lei nº 12.683/12, trouxe novas hipóteses de benefícios legais que podem ser concedidos ao delator que espontaneamente colaborar com as investigações. Nesse sentido, além da tradicional redução de pena de até dois terços, a lei facultou ao juiz abrandar o regime inicial de cumprimento de pena, substituí-la por pena restritiva de direitos ou até deixar de aplicá-la, concedendo ao colaborador o perdão judicial;

- A Lei nº 9.807/99 (Lei de proteção à testemunha), no art. 13, ampliou a utilização do instituto para tipos penais ainda não previstos anteriormente, possibilitando a concessão do perdão judicial, de ofício ou a requerimento das partes, ao acusado primário que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que de sua colaboração resulte: i) a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminoso; ii) a localização da vítima com sua integridade física preservada; iii) e a recuperação total ou parcial do produto do crime. Em qualquer fase processual, a lei garante ao colaborador medidas visando garantir sua segurança (art. 15) e, caso haja condenação, a redução de pena (art. 14);

- A Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas), em seu art. 41, previu, em caso de condenação, a causa de redução de pena ao indiciado ou acusado que colabore voluntariamente com a investigação policial e com o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime;

A mais completa e ampla regulamentação sobre a colaboração premiada veio recentemente com a Lei nº 12.850/13 – Lei de Organizações Criminosas –, ante a complexidade na repressão deste

macrocrime. A lei reservou uma seção específica para o tema e regulamentou a participação do Ministério Público, do Delegado de Polícia e do Juiz na estipulação e homologação dos termos do acordo. Nesse particular, determina seu art. 4º que:

O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração 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.

Considerando a relevância da colaboração prestada, mesmo que não previsto inicialmente na proposta, o Ministério Público poderá requerer ao juiz, a qualquer tempo, ou encampar a representação do delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, a concessão de perdão judicial ao colaborador, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Código de Processo Penal (art. 4º, § 2º, da Lei de Organizações Criminosas). Ademais, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador não for o líder da organização criminosa e for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo (art. 4º, §4º, I e II).

Verifica-se, portanto, existir um paralelismo entre a *ratio* da delação no processo penal e o acordo de leniência do direito administrativo sancionador, pois “entre ambos, o que se busca é aumentar a carga de eficiência das investigações dos ilícitos que, por sua complexidade e nível de organização, oferecem dificuldades ao deslinde tão somente através da

atuação do Poder Público”, consoante ressaltam Carolina Barros Fidalgo e Rafaela Coutinho Canetti. (FIDALGO & CANETTI, 2014, p. 267).

Resguardadas as semelhanças, notoriamente a delação oferece maior legitimidade e segurança jurídica do que o acordo de leniência, ante a interveniência de órgãos de controle externos, como o Ministério Público e o Judiciário.

3. O Ministério Público como instituição de estabilidade democrática

O Ministério Público está disciplinado no texto constitucional na Seção I do Capítulo IV, dentre as funções essenciais à Justiça. O reconhecimento como Instituição essencial à realização da Justiça e ao desempenho da função jurisdicional do Estado decorreu do texto da Constituição de 1988, que retirou do Ministério Público a antiga função de representação judicial e consultoria jurídica de entidades públicas.

Com o retorno da democracia e a consolidação do novo processo constituinte, emergiu uma Instituição de Estado Independente, desvinculada dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, dotada de autonomia funcional, administrativa, financeira e orçamentária, com a finalidade de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis.

A atual Constituição redesenhou sensivelmente as funções institucionais do Ministério Público, reservando-lhe as funções tradicionais como a titularidade da ação penal e o controle externo da atividade policial (art. 129, I e VII); funções de relevante valor social como a de ombudsman ou defensor do povo, zelando e garantindo o efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados pela Constituição (art. 129, II); função de proteção das minorias como as populações indígenas (art. 129, V); e a função que assegura o funcionamento institucional harmônico numa democracia, como a legitimidade para provocar o controle concentrado de constitucionalidade e proteger a integridade da federação (art. 129, IV).

Entretanto, a mais ampla função constitucional conferida ao Ministério Público é a de legitimado coletivo universal, na medida que lhe compete promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III). Nesse contexto, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a legitimidade do Ministério Público para anular acordos do Poder Público com particulares lesivos ao erário³, e o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento no enunciado da súmula nº 329⁴.

Para o cumprimento das funções institucionais, a ordem constitucional conferiu ao Ministério Público independência frente aos Órgãos de exercício do Poder do Estado e aos seus Membros, garantias constitucionais, a par das vedações, como a inamovibilidade, a vitaliciedade e a irredutibilidade de subsídios (art. 128, §5º, I e II), além do poder investigatório e do requisitório (art. 129, VIII).

O contexto sociopolítico da Constituição Federal de 1988, determinante para a valorização do Ministério Público, é enfatizado por Alexandre Amaral Gavronski e Andrey Borges de Mendonça:

Sob a perspectiva política e sociológica, dentre as causas que determinaram o salto institucional do Ministério Público pode-se destacar um processo de abertura democrática preocupado em evitar o uso de Instituições do Estado para perseguições políticas (daí a autonomia do Ministério Público em relação ao poder político) e sensível e, em certa medida, influenciado por uma intelectualidade que defendia a diminuição do personalismo do Estado e o reforço das instituições do país (daí as garantias institucionais). (GAVRONSKI & MENDONÇA, 2015, p. 11).

3 RE 576155 – EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. TERMO DE ACORDO DE REGIME ESPECIAL - TARE. POSSÍVEL LESÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. LIMITAÇÃO À ATUAÇÃO DO PARQUET. INADMISSIBILIDADE. AFRONTA AO ART. 129, III, DA CF. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.

4 STJ. Súmula nº 329: “O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público”.

A utilização da coisa pública como se particular fosse é uma problemática muito antiga e remonta ao contexto pré-constitucional, tendo inspirado a criação de uma Instituição independente e legitimada para defender a ordem jurídica, o regime democrático, o patrimônio público e outros tantos interesses difusos vulnerados pela prática de atos de desvio de finalidade e de corrupção que lesam toda a coletividade.

A Lei nº 12.846/13, em seu art. 5º, dispôs que constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas que atentem contra o patrimônio público, nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, como por exemplo: i) prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; ii) comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei; iii) comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados; dentre outros atos ilícitos no tocante a licitações e contratos.⁵

5 Art. 5º. (...)

IV - no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

Muitos dos atos ilícitos acima descritos, por sua tamanha gravidade, representam, ao mesmo tempo, infrações administrativas a serem coibidas pelo órgão de controle externo da Administração Pública; atos de improbidade administrativa de natureza cível que causam danos ao erário, enriquecimento ilícito e que atentam contra os princípios da administração pública; além de condutas criminosas cuja legitimidade para repressão foi conferida ao Parquet.

O Ministério Público tem o poder-dever de controlar e fiscalizar a administração para garantir seu funcionamento de forma eficiente e proba, bem como os atos administrativos para que guardem observância aos princípios constitucionais, notadamente os da legalidade, impessoalidade, eficiência e moralidade, assegurando que não haja danos ao patrimônio público e, por fim, atuar na persecução penal na defesa dos bens mais caros à sociedade, tudo com vistas à proteção da ordem jurídica e do regime democrático.

Nesse contexto, o combate ao esquema bilionário de desvio e lavagem de dinheiro envolvendo, por exemplo, a Petrobrás, descoberta com a deflagração da operação “Lava Jato”, conta com a decisiva participação do Ministério Público, não só no oferecimento de diversas ações penais, mas principalmente na celebração de acordos de delação premiada, eficaz instrumento de investigação para desbaratar a intrincada rede desse macrocrime, por meio do qual se obtiveram do delator documentos e informações acerca de outros envolvidos no ilícito.

Nesse sentido, como Instituição incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses transindividuais e dos fins do Estado, pode-se seguramente afirmar que o Ministério Público é um agente estabilizador democrático.

4. A participação do Ministério Público no acordo de leniência como instrumento anticorrupção

Preocupado com a gravidade dos problemas e com as ameaças decorrentes da corrupção, para a estabilidade e a segurança das sociedades, ao enfraquecer as instituições e os valores da democracia, da ética e da justiça e ao comprometer o desenvolvimento sustentável e o Estado de Direito⁶, o Brasil tornou-se signatário da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687 de 2006.

O recrudescimento ao combate à corrupção decorreu da constatação de que as práticas corruptas estão diretamente relacionadas com o déficit democrático, a instabilidade política e o subdesenvolvimento. O discurso do Secretário-Geral das Nações Unidas sobre o Dia Nacional contra a Corrupção evidencia com primor a problemática:

Quando os recursos públicos são roubados para obter benefícios pessoais, diminuem os recursos destinados à construção de escolas, hospitais, estradas e instalações de tratamento da água. Quando a ajuda externa é desviada para contas bancárias privadas, os grandes projetos de infraestrutura são suspensos. A corrupção permite que se introduzam no mercado medicamentos falsificados ou de má qualidade e que se lancem resíduos perigosos nos aterros e nos oceanos. As pessoas mais vulneráveis são as primeiras a ser (sic) afetadas e as que mais sofrem. A corrupção não é, porém, uma força impessoal, mas o resultado de decisões pessoais, quase sempre motivada pela ganância. O desenvolvimento não é a única vítima. A corrupção interfere nos resultados de eleições, mina o Estado de Direito e pode comprometer a segurança.⁷ (grifos nossos).

6 Preâmbulo do Decreto nº 5.687/2006 que promulgou a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm> Acesso em: 29 jul.15.

7 Mensagem do Secretário-Geral da ONU, Ban Ki-Moon, sobre o Dia Internacional Contra a Corrupção (2009). Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2009/12/09-mensagem-do-secretario-geral-da-onu-ban-ki-moon-sobre-o-dia-internacional-contra-a-corrupcao.html>>. Acesso em: 01 jul./2015.

Adverte Paulo Roberto Galvão de Carvalho que

o endurecimento no combate à corrupção passa necessariamente por sanções mais severas aos autores dos delitos, além de novas modalidades de responsabilização que se adequem à natureza e ao modus operandi dos ilícitos. (CARVALHO, 2014, 40).

Diante desse quadro, o Brasil editou a Lei nº 12.846/13 (Lei Anticorrupção), com a introdução do acordo de leniência como mecanismo viabilizador das investigações, conferindo à Controladoria-Geral da União (CGU), no âmbito federal, a competência exclusiva para celebrá-lo, prescindindo da homologação do Ministério Público, conforme já tangenciado linhas acima.

Entretanto, o referido diploma normativo conferiu ao Ministério Público a legitimidade ativa para a propositura de ação de responsabilidade judicial, em concorrência com a União, Estado, Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgão de representação judicial ou equivalente, podendo pleitear a anulação do ato ilícito e requerer a indisponibilidade de bens, direitos ou valores, além do pedido de reparação integral do bem.

Ademais, como agente estabilizador democrático e detentor da primazia na tutela coletiva, compete também ao Ministério Público promover a responsabilização administrativa residual, quando constatada a omissão das autoridades competentes, podendo ser aplicadas as sanções administrativas nas ações que ajuizar (art. 20, da Lei nº 12.846/13).

Além disso, por força de mandamento constitucional, caberá também ao Ministério Público propor a ação penal (art. 129, I) contra todos os crimes inseridos na cadeia de desdobramento da corrupção, já que é notória a vinculação desta com outras formas de delinquência, particularmente o crime organizado, os crimes contra a administração pública e a corrupção econômica, incluindo a lavagem de dinheiro.

Percebe-se, portanto, que o Ministério Público desempenha papel primordial no combate à corrupção, seja na esfera administrativa, cível ou criminal. Contraditoriamente, porém, o Parquet não foi citado em nenhum momento nos artigos que tratam especificamente do acordo de leniência. Os Procuradores/Promotores só foram lembrados quando a lei determinou que fossem avisados para acompanharem o caso, em busca de “eventuais delitos”.

A busca de elementos probatórios em macrocrimes, como a corrupção, decorre notadamente dos acordos de leniência formulados essencialmente para se obter a identificação dos demais envolvidos na infração e a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração (art. 16, I e II da Lei nº 12.846/13). Retirar o Ministério Público da formulação do programa de leniência de cada delator representa violação à teoria dos poderes implícitos.

Segundo leciona Pedro Lenza (2011, p 774), a teoria dos poderes implícitos, fundamento do reconhecimento do poder investigatório do Parquet, consiste na atribuição implícita ao órgão estatal dos meios necessários para a efetiva e completa realização de uma competência explicitamente atribuída pelo texto constitucional, observando-se sempre a proporcionalidade e a razoabilidade.

Tratando-se o acordo de leniência de um instrumento voltado à viabilização das investigações da corrupção e ilícitos correlatos, é imperiosa a efetiva intervenção do Ministério Público na sua celebração, pois os resultados daí advindos subsidiarão a atuação ministerial nas esferas cível, administrativa e criminal, quando houver a omissão dos outros legitimados legais.

Como bem explicam Fidalgo e Canetti (2014, p. 225), o acordo de leniência “se fundamenta em uma análise de custo-benefício entre a aplicação das sanções tradicionais e a viabilização da persecução criminal e administrativa, considerando, ainda, o real propósito do direito sancionador”.

Destarte, para atingir os seus objetivos o acordo de leniência deve preestabelecer os riscos e os incentivos em seus termos, os quais são definidos por Amadeu de Souza Ferreira Neto (2012, p. 145) da

seguinte forma: “a) elementos de risco, que são (a.1) probabilidade de detecção pelas autoridades e (a.2) severidade da punição e (b) elementos de incentivo, que são (b.1) imunidade da punição e (b.2) transparência”.

A atratividade do programa de leniência está diretamente relacionada ao grau de transparência e à previsibilidade dos benefícios e das consequências conferidas ao agente que reporta voluntariamente a infração.

A ausência da participação ministerial na celebração do acordo de leniência acarreta grande deformação ao sistema à medida que a implementação desse instrumento fica sob a gerência de órgão subordinado ao Executivo, dotando-o de grande poder de barganha, além de prejuízos à economicidade dos recursos públicos e à segurança jurídica.

O acordo celebrado unilateralmente pela CGU pode gerar um desequilíbrio na balança dos custos-benefícios, ante o risco de prevalecerem motivações de ordem governamental em detrimento da efetiva repressão à corrupção. Assim, em prol do impulsionamento da economia e da continuidade de obras públicas, por exemplo, ideais legítimos quando desvinculados do cenário da corrupção, pode-se conceder uma redução da penalidade maior que a cabível, desproporcional aos resultados obtidos pelo acordo para as investigações (documentos e informações).

A celebração dos acordos e a concessão de benefícios pressupõem o preenchimento de requisitos legais (arts. 16, caput e §§§ 1º, 2º e 3º) que devem ser submetidos ao controle de legalidade exercido pelo Parquet, a fim de sanear as irregularidades e garantir a segurança jurídica.

Para prevenir e combater eficazmente a corrupção, é imprescindível um enfoque amplo e multidisciplinar, já que um ilícito administrativo pode também repercutir nas esferas cível e criminal.

Nesse sentido, o art. 30 da Lei Anticorrupção destaca que a aplicação das sanções previstas neste diploma não afeta os processos de responsabilização e a aplicação de penalidades decorrentes de: i)

ato de improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429/92; ii) atos ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666/93 ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, instituído pela Lei nº 12.462/11.

A maior parte das infrações previstas na Lei nº 12.846/13, por exemplo, são tipificadas como ato de improbidade administrativa e, considerando que a adesão ao programa de leniência pressupõe a admissão de ter praticado o ato ímprobo, nos próprios termos do acordo devem ser previstos os benefícios concedidos ao agente que reportou a infração e as sanções aplicadas, com efetiva participação do Ministério Público.

O ajuizamento da ação de improbidade administrativa poderia se destinar aos casos de aplicação das sanções mais gravosas não previstas na Lei Anticorrupção (como a perda da função pública e a perda dos direitos políticos), ou quando imprescindível a imposição da sanção de proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, já que o Parquet não está obrigado a requerer todas as sanções cumuladas (art. 12 da Lei nº 8.429/92), quando, então, provavelmente também não haverá a voluntariedade do agente em delatar a infração.

Afora tais casos, não se cogita a ocorrência de transação, acordo ou conciliação com o direito coletivo, mas sim a implementação do interesse público através de via alternativa, de forma mais eficiente e econômica, à semelhança do que ocorre com o compromisso de ajustamento de conduta. Como bem ressaltam OLIVEIRA e NEVES (2014, p. 199), “não se pode perder de vista que a sanção não é um fim em si mesmo, mas um instrumento de restauração ou compensação dos danos ocasionados pelo ilícito praticado”.

Destarte, a responsabilização da pessoa jurídica não isenta a responsabilização da pessoa física na esfera criminal, já que a pessoa jurídica se expressa por meio de das escolhas e decisões de seus representantes legais. Assim, o acordo de leniência firmado na esfera administrativa, desde que conte com a participação do Ministério

Público e a homologação judicial, poderá ser utilizado como prova emprestada no processo criminal, à semelhança das delações, evitando-se dispêndio de recursos para realizar novas atividades probatórias.

Diante da interdisciplinaridade dos atos de corrupção, certo é que, para extrair valor probatório do acordo de leniência na Lei nº 12.846/13 e aproveitá-lo fora do âmbito administrativo, faz-se necessária a concessão de algum benefício em favor da pessoa física ao reporte voluntário da infração, o que não foi previsto pelo texto legal. Embora haja previsão semelhante na Lei nº 12.850/13, nem sempre a pessoa jurídica e os seus dirigentes serão, ou terão condições de provar que são, integrantes de uma organização criminosa.

Depreende-se, assim, a importância de ampliar o alcance dos programas de leniência e validá-los para além do âmbito administrativo, de forma a garantir a segurança em relação aos futuros efeitos do acordo firmado, a celeridade à repressão da corrupção e seus desdobramentos, a fim de evitar julgamentos conflitantes e favorecer um juízo de razoabilidade e proporcionalidade das sanções aplicadas. Todos esses objetivos serão alcançados abrindo a mesa de negociações para a efetiva participação do Ministério Público, assim como já ocorre nas leis que preveem a delação premiada.

Com o escopo de reparar a omissão legal, tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº 105/2015 propondo que “o Ministério Público participe de todo o procedimento previsto na Lei Anticorrupção, visando à apuração de ilícitos contra a Administração Pública e à reparação de seus danos. (BRASIL, 2015).

5. Da conclusão

A corrupção atualmente é um fenômeno globalizado que requer meio de repressão específico ao seu *modus operandi*.

Diante da necessidade de combater a assoladora corrupção no Brasil, atendendo aos reclamos das manifestações populares ocorridas em 2013, foi editada a Lei nº 12.846/13 que, além de prever

a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas por atos lesivos praticados em seu interesse, trouxe o acordo de leniência como instrumento mais eficaz de investigação para se obter documentos e informações com vistas a reprimir os atos de corrupção.

Entretanto, o alcance da finalidade da Lei nº 12.846/2013 – combater a corrupção no âmbito administrativo e judicial – passa pela efetiva participação do Ministério Público nas etapas de elaboração e pactuação do acordo de leniência, o que, infelizmente, não foi previsto, ficando a cargo exclusivamente da Controladoria-Geral da União, subordinada ao Executivo. Diferentemente do acordo de leniência, a delação premiada requer a imprescindível participação do Ministério Público, seguida da homologação judicial.

O Ministério Público, cujas prerrogativas foram reformuladas pela Constituição de 1988, tem o poder-dever de controlar e fiscalizar a administração pública para garantir seu funcionamento de forma eficiente e proba, bem como os atos administrativos para que guardem observância aos princípios constitucionais e, por fim, atuar na persecução penal na defesa dos bens mais caros à sociedade.

Considerando que o Parquet desempenha papel primordial no combate à corrupção, seja na esfera administrativa, cível ou criminal, é imperiosa a sua participação na mesa de negociações quando da celebração do acordo de leniência previsto na Lei nº 12.846/13, inclusive para exercer o controle de legalidade sobre os requisitos legais de participação do programa e dos benefícios concedidos (art. 16, caput e §1º).

A Atuação do Ministério Público traz mais legitimidade, previsibilidade e segurança jurídica na discussão dos termos do acordo de leniência e espera-se que a omissão legal seja suprida pela aprovação do Projeto de Lei nº 105/2015 que atualmente tramita no Senado Federal.

REFERÊNCIAS

ABRÃO. Guilherme Rodrigues. O acordo de leniência no direito penal. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/_imprime.php?jur_id=9724>. Acesso em: 25 jun.2015.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Relatório da Comissão Especial Destinada a Proferir Parecer ao Projeto de Lei nº 6.826/10. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=970659&filename=Parecer-PL682610-14-03-2012>. Acesso em: 29 jun. 2015.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado, nº 105 de 2015. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=120017>. Acesso em: 24 jun.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 576155, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 12/08/2010, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-226 DIVULG 24-11-2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>>. Acesso em: 30 jun.2015.

CARVALHO. Paulo Roberto Galvão de. Legislação anticorrupção no mundo, análise comparativa entre a lei anticorrupção brasileira, o foreign corrupt practices act Norte-Americano e o bribery act do Reino Unido. Lei anticorrupção. Salvador: JusPodivm. 2014.

COELHO, Fábio Ulhôa. Direito antitruste brasileiro: Comentários à Lei n. 8.884/94. São Paulo: Saraiva, 1995.

FIDALGO, C.B.; CANETTI, R.C. Os acordos de leniência na lei de combate à corrupção: lei anticorrupção. Salvador: JusPodivm, 2014.

FERREIRA NETO. Amadeu de Souza. Programa de leniência e a lei 12.529/2011: avanços e desafios. Revista IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, vol. 22, jul. 2012.

GAVRONSKI, A.A.; MENDONÇA, A.B. Manual do procurador da república: teoria e prática. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAZZILLI, Hugo Nigro. O Ministério Público e a defesa do regime democrático. Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/mpedemocracia.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

Mensagem do Secretário-Geral da ONU, Ban Ki-Moon, sobre o Dia Internacional Contra a Corrupção (2009). Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2009/12/09-mensagem-do-secretario-geral-da-onu-ban-ki-moon-sobre-o-dia-internacional-contra-a-corrupcao.html>>. Acesso em: 01 jul. 2015.

MORAIS, Carlos Otaviano Brenner de. Acordo de leniência e delação premiada. Disponível em: <<http://wp.clicrbs.com.br/opiniaozh/2014/12/15/artigo-acordo-de-leniencia-e-delacao-premiada/>>. Acesso em: 27 jun. 2015.

OLIVEIRA, R. C. R.; NEVES, D. A. A. O Sistema Brasileiro de Combate à Corrupção e a Lei 12.846/13: lei anticorrupção. Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 17, n. 65, mai.- ago. 2014.

O Ministério Público no processo civil: aspectos da preclusão

Emerson Garcia¹

Resumo

A instrumentalidade do processo e a correlata necessidade de estabilização social exigem que a relação processual tenha o seu evoluir marcado por referenciais de racionalidade e eficiência, com especial preocupação em relação à celeridade dos atos a serem praticados. Um dos principais institutos utilizados com esse objetivo é a preclusão. O objetivo deste estudo é o de analisar se a perda de uma faculdade processual, nas hipóteses catalogadas no universo normativo e dogmático, apresenta alguma peculiaridade no que diz respeito aos membros do Ministério Público. Afinal, a independência funcional permite o surgimento de divergências de posicionamento no âmbito da mesma relação processual.

Palavras-chaves: *Preclusão; Ministério Público; Independência funcional; Atuação; Dogmática.*

¹ Pós-doutorando, Doutor e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em Education Law and Policy pela European Association for Education Law and Policy (Antuérpia – Bélgica) e em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Consultor Jurídico da Procuradoria Geral de Justiça e Diretor da Revista de Direito. Consultor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Membro da American Society of International Law e da International Association of Prosecutors (Haia – Holanda).

Resumen

El instrumento del proceso y la necesidad relacionada con la estabilidad social requiere que la relación procesal tiene su evolucionador marcada por la referencia de la racionalidad y eficiencia, con especial preocupación por la velocidad de los actos que se deben realizar. Uno de los principales institutos utilizados para este fin es el impedimento. El objetivo de este estudio es analizar la pérdida de un colegio de procedimiento, en los casos catalogados en el universo normativo y dogmática presenta alguna peculiaridad en lo que se refiere a los fiscales. Después de todo, la independencia funcional permite la aparición de diferencias de posicionamiento dentro de la misma interfaz de procedimiento.

Palabras clave: *Preclusión; Ministerio Público; Independencia funcional; Actuación; Dogmática.*

1. Introdução

Referenciais argumentativos pautados na instrumentalidade do processo, na sua razoável duração ou, mesmo, na concepção mais ampla de eficiência da atividade jurisdicional, são simplesmente indissociáveis de qualquer abordagem realizada no âmbito do direito processual. O objetivo, tanto no plano científico como no pragmático, é o de permitir que a relação processual evolua de modo racional, sem percalços ou retrocessos, sempre, como ressaltado por Guasp (1961, p. 26), com “economia de dinheiro, de tempo e de trabalho”. Com isso, além do melhor aproveitamento dos recursos humanos e materiais disponíveis, é atribuída a necessária celeridade à relação processual, de modo a assegurar a tutela dos direitos envolvidos com a maior presteza possível. Afinal, na síntese de R. Barbosa (1988, p. 47), “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

Existem inúmeros institutos processuais destinados à materialização desses objetivos. Um deles é a preclusão. Esse

significante foi empregado por Chiovenda (1969, v.3, p. 156), sob inspiração das fontes latinas que tratavam da poena praecclusi, com a ressalva de que o direito contemporâneo prescinde da concepção de pena. Trata-se, na síntese do jurista italiano (1969, v.1, p. 372; 1969, v. 3, p. 156; 1993, p. 230 e ss.), da “perda de uma faculdade processual”, que decorre da operatividade dos limitadores fixados em lei.² O principal desses limitadores, cuja funcionalidade básica é a de assegurar a ordenação e a marcha do processo, consiste na previsão de prazos processuais, que não de ser observados sob pena de perda da faculdade de praticar o ato no âmbito da relação processual. O célebre autor italiano ainda acrescenta que a preclusão pode ocorrer em dois momentos distintos, sendo a sentença o marco divisório da sua ocorrência. Antes da sentença, indica a impossibilidade de serem introduzidos novos elementos de cognição, de serem formulados pedidos, apresentadas exceções ou impugnadas decisões. Após a sentença, a preclusão impede a rediscussão da causa, pondo termo às irresignações recursais. A partir daí, tem-se o surgimento da coisa julgada (material), qualidade que, na construção de Liebman (1984, p. 50 e ss.), orna os efeitos da sentença (rectius: declaratórios, constitutivos etc.) e cuja violabilidade, mesmo pela lei, não deve ser admitida, consubstanciando um direito fundamental. Essa construção teórica, como ressaltado por Vincre (2010, p. 202), faz que o exaurimento, por uso ou desuso, dos meios de impugnação ordinária, resulte em estabilidade e irretratabilidade do procedimento, constituindo a essência da cosa giudicata materiale que se formará.³

2 Há quem prefira considerar a preclusão como a perda de um *potere processuale* (Cf. DIANA, 2011, p. 415). Apesar da distinção semântica entre poder e faculdade, é factível a existência de uma conexão existencial entre ambos. O poder denota a aptidão, a faculdade o animus que direciona o seu exercício. Somente tem a faculdade, vale dizer, a capacidade decisória a respeito da prática, ou não, de um ato, quem tem o poder, vale dizer, a aptidão para praticá-lo.

3 No direito alemão, a coisa julgada (Rechtskraft – ZPO, § 322) é limitada ao “objeto em controvérsia” (Streitgegenstand), delineado pelos limites estabelecidos pelo autor na petição inicial. Não inclui questões preliminares, como a validade de um contrato em uma ação de cobrança, ressalvada a possibilidade de uso da ação declaratória (ZPO, § 256, 2), nem quaisquer questões factuais que tenham servido de base à argumentação do juízo. Esse sistema, como ressaltado

A preclusão, de modo simples e objetivo, assegura a finitude da relação processual, sendo “detectável de ofício pelo juiz” (PICARDI, 2010, p. 298). Não é por outra que se projeta sobre todos os atores dessa relação, dentre os quais está o Ministério Público. Apesar dessa constatação, mais que singela, diga-se de passagem, há uma ordem de considerações, associada às garantias

por Mehren (2003, p. 211-212), adota uma concepção restrita de coisa julgada, com a vantagem de produzir poucas controvérsias sobre os efeitos preclusivos do julgamento. A desvantagem, por sua vez, reside na possibilidade de renovação de demandas com bases fáticas e jurídicas bem similares às anteriores. Sobre a coisa julgada na sentença arbitral (Schiedsspruch), vide Bosch (1991, p. 35 e ss.); e, no plano das decisões administrativas, vide o clássico Bernatzik (1885, p. 83 e ss.). No direito norte-americano, quando o assunto é decidido em um julgamento final de mérito, torna-se precluso de duas maneiras distintas: impede um segundo processo sobre a mesma solicitação (claim), denominada preclusão da solicitação (claim preclusion), e também preclui a rediscussão das questões de direito ou de fato já decididas e adjudicadas, sendo conhecida, nesse caso, como preclusão da questão (issue preclusion). Ambas formam a res judicata. A claim preclusion, que somente alcança as partes no processo anterior, impede a formulação de requerimentos ou de defesas que foram apresentados ou poderiam ter sido apresentados, tendo por objetivo assegurar a eficiência do sistema. A issue preclusion, que pode ser suscitada, em situações específicas, por quem não foi parte no julgamento anterior, alcança as questões tidas como necessárias no referido julgamento, quer sejam centrais, quer não. Enquanto a claim preclusion obsta o prosseguimento da segunda causa em sua integralidade, a issue preclusion pode produzir esse efeito apenas em relação a algumas de suas partes. Em tempos antigos, com pequenas reminiscências nos dias de hoje, a res judicata designava, apenas, a claim preclusion. A issue preclusion, por sua vez, era designada pelo termo (collateral) estoppel. Cf. The Oxford Companion to American Law (2002, p. 440); Sisk e Nonne (2006, p. 410-411); Oakley e Amar (2009, p. 252) e Subrin e Woo (2006, p. 259-273). No direito brasileiro, o NCPC, em seu art. 503, caput, dispõe que “a decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida”, mas admite, em situações específicas, que a coisa julgada também alcance as questões prejudiciais. O art. 504 acresce que os motivos da sentença e a verdade dos fatos não fazem coisa julgada. J. Barbosa (1972, p. 14 e ss.) há muito observara que as questões de fato e de direito, suscitadas ou suscitáveis à época da relação processual, são alcançadas pela eficácia preclusiva do julgado, sendo consideradas “implicitamente decididas pela sentença que transita em julgado”. Nesse sentido, aliás, dispõe o art. 508, verbis: “[transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido”. Por fim, a título de mera curiosidade, não pode passar despercebida a interessante técnica conceitual adotada pelo NCPC em seu art. 337, § 4º: “há coisa julgada quando se repete ação que já foi decidida por decisão transitada em julgado”. Em outras palavras, há coisa julgada quando a decisão anterior fez coisa julgada...

constitucionais asseguradas à Instituição e aos seus membros, que deve ser compreendida com os olhos voltados à segurança e à ordem processual que a preclusão busca assegurar. Essas considerações decorrem do princípio da independência funcional, consagrado no art. 127, § 1º, da Constituição de 1988.

A independência funcional, em seus contornos mais basilares, permite que os membros do Ministério Público atuem livremente, somente rendendo obediência à sua consciência e à ordem jurídica, não estando vinculados ao entendimento externado por outros membros da Instituição ou às recomendações expedidas pelos seus órgãos superiores, em matérias relacionadas ao exercício de suas atribuições institucionais. Essa garantia, em rigor lógico, permite que um membro do Ministério Público divirja, na mesma relação processual, do entendimento exteriorizado pelo seu antecessor. Portanto, é perfeitamente possível que um membro ofereça denúncia pela prática de uma infração penal e membro diverso venha a postular a absolvição ou, mesmo, que um deles postule a absolvição em sede de alegações finais e o outro interponha recurso contra a sentença absolutória.

A questão que se põe é saber se, em algum momento, a independência funcional pode apresentar zonas de tensão com o instituto da preclusão, bem como qual deve ser a melhor maneira de superar situações dessa natureza. É justamente esse o objetivo de nossas breves considerações, que utilizarão como norte o novel Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que cognominaremos de NCPC.

2. A preclusão e os seus aspectos estruturais

A preclusão é instituto de contornos essencialmente processuais, vale dizer, manifesta-se no âmbito de uma relação processual⁴ e pode eventualmente assumir relevância no plano

4 Sobre a distinção existente entre a preclusão e institutos como prescrição, de-

substancial, ao contribuir para o surgimento da coisa julgada material.⁵ A perda ou a extinção da faculdade de praticar um ato

cadência, preempção, contumácia e nulidade, ver BARBOSA, A. (1992, p.115-137).

5 No direito francês, Jeuland e Charbonneau (2010, p. 173 e ss.) consideram prazo de forclusion, do latim *exclusio a foro*, como aquele assim qualificado pela lei e que produz o efeito de excluir uma relação jurídica, o que decorre da própria etimologia do vocábulo, que significa “trancar do lado de fora”. “Prazo pré-fixado” (*delaix préfix*), por sua vez, é aquele assim considerado pela doutrina ou pela jurisprudência. Os autores ainda ressaltam as perplexidades que decorrem das tentativas de distinguir esses prazos da *prescription*. Observam, em primeiro lugar, que a pertinência de um prazo à categoria da *forclusion* depende, inicialmente, de previsão legal, daí decorrendo um regime específico. É o que faz o Código Comercial (art. L. 622-24 e R. 622-24), quando impõe ao credor o prazo de dez dias, a contar da publicação da decisão de abertura do processo coletivo, para habilitar o seu crédito. No silêncio do legislador, cabe ao juiz identificar a natureza do prazo; o mais comum é que o considere um prazo pré-fixado. Ainda sob a ótica da sistemática de habilitação de crédito, os autores observam que a jurisprudência considera que o prazo de 6 (seis) meses, de que dispõe o credor para pleitear sejam afastados os efeitos da *forclusion* e reconhecida a existência do seu crédito, é um prazo pré-fixado. Em relação à interpretação do Código do Consumidor (art. L. 311-17, antigo art. 27 da Lei nº 78-22, de 10 de janeiro de 1978), a Corte de Cassação considerou que o prazo de 2 (dois) anos para pleitear o pagamento de uma obrigação era um prazo de prescrição e não um prazo pré-fixado, antes que o legislador intervesse para qualificar esse prazo como de *forclusion*, o que foi feito pelas Leis nº 89-421 e 89-1010, que acresceram ao referido preceito a expressão “à peine de *forclusion*”. Apesar disso, a jurisprudência frequentemente o qualifica como um prazo pré-fixado. Em razão dessa visível confusão conceitual, a doutrina tem proposto a supressão da noção de prazo pré-fixado. Vide, por exemplo, Bénabent (2007, p. 1800 e ss.). O instituto, no entanto, não é noviço. O Código de Processo Civil de 1806 já o previa. Em seu art. 756 declarava *forclos*, para os credores, a faculdade de impugnar a ordem judicial de colocação provisória de bens caso não o fizessem no prazo de um mês. Em julgado de 4 de janeiro de 1826, a *Cour de Douai* considerou a *forclusion* “uma simples pena procedimental”, acrescentando, forte na doutrina de Ferrière e Boutaric, que o seu efeito “é de que o juiz tem a faculdade de julgar o processo tal qual se encontra, sem diminuir em nada o direito das partes” (1826, p. 238-239). O Novo Código Civil francês não colaborou para a superação desse quadro, dispondo, em seu art. 2.220, que “*les délais de forclusion ne sont pas, sauf dispositions contraires prévues par la loi, régis par le présent titre*”. Em outras palavras, apesar de, a rigor, não pertencerem ao direito substancial, podem vir a ser nele incluídos. Na medida em que os prazos de *forclusion* não permanecem adstritos a uma relação processual, não se identificam com os prazos de preclusão. Em verdade, ora se assemelham, ora se distinguem. Na tentativa de estabelecer uma distinção, observam Jeuland e Charbonneau (2010, p. 173 e ss.) que os prazos de *forclusion*, diversamente ao que se verifica com a prescrição, regida pelo direito civil, são mais curtos e inalteráveis, ainda que a jurisprudência, vez ou outra, estabeleça exceções a essa regra. Além disso, não se submetem aos caprichos da vontade, como a prescrição. A *forclusion*, portanto, não pode ser afastada por vontade dos interessados. O instituto também é singelamente con-

processual, como ressaltado por Chiovenda (1969, v. 3, p. 156), decorre da inobservância da ordem estabelecida em lei para o seu exercício, da incompatibilidade com um ato já praticado ou do fato de o ato já ter sido praticado de determinada maneira,⁶ que indicam, respectivamente, as preclusões temporal, lógica e consumativa.

A preclusão temporal tanto pode decorrer da inobservância de um prazo peremptório como da sucessão legal de atos e fatos. Sob essa última ótica, Liebman (1985, p. 236) ressaltava a “falta do exercício do direito no momento oportuno, quando a ordem legalmente estabelecida para a sucessão das atividades processuais importar em uma consequência grave”. Essa última figura, embora se aproxime da preclusão decorrente da fluência de prazos peremptórios, apresenta contornos um pouco distintos, surgindo quando o processo avança para uma fase distinta. Em outras palavras, não decorre propriamente do decurso do tempo, mas, sim, de ato ou fato do processo que marca a superação de fase anterior.⁷

ceituado como a “perda da faculdade de fazer valer um direito, pela expiração do prazo” (LAROUSSE, 1997, p. 639).

6 A doutrina italiana, de modo geral, não destoa dessa sistematização. Vide Diana (2011, p. 415- 416).

7 Exemplo dessa última figura é o disposto no art. 329 do NCPC, segundo o qual “o autor poderá: I - até a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente de consentimento do réu; II - até o saneamento do processo, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, com consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultado o requerimento de prova suplementar”. Não há exatamente um prazo para a citação e o saneamento do processo, mas, presentes esses atos processuais, não é dado ao autor praticar atos próprios de uma fase anterior. Lacerda (1990, p. 157 e ss.), ainda sob a égide do CPC de 1939, ressaltava, sob a ótica do “despacho saneador”, de contornos ordinatórios, em que somente interessa ao processo, ou decisórios, em que se projeta sobre as planos processual e substancial, que a incidência da preclusão é resultado da confluência do sistema romano e germânico. O primeiro, humanitário e prosélito da justiça, permitia que todas os pronunciamentos do juiz no curso da lide, as interlocuciones, fossem reapreciados na sentença; o segundo, autômato e formalista, entendia que toda questão processual e substancial era decidida por sentença, daí decorrendo uma pluralidade de sentenças na mesma relação processual. Da confluência de ambos, surge o entendimento de que as interlocutórias seriam recorríveis e tornar-se-iam imutáveis, ao menos as interlocutoriae vim definitivae habentes. Sobre a eficácia preclusiva da decisão declaratória de sa-

É intuitivo que a preclusão, enquanto exigência sistêmica do próprio direito processual, não demanda previsão expressa, com essa configuração semântica, nas leis que disponham sobre a temática. Trata-se, em verdade, de efeito correlato às ações ou omissões dos atores processuais. O que se mostra imprescindível é a existência de comandos que estabeleçam prazos peremptórios e delimitem fases processuais, daí se obtendo, por mera inferência lógica, a preclusão temporal. No que diz respeito às preclusões lógica e consumativa, sua existência decorre da própria racionalidade do sistema.

A racionalidade, enquanto atributo inerente e indissociável do ser humano, aponta, em seus contornos mais amplos, para a aptidão de conhecer e entender, a partir de relações lógicas, aspectos abstratos ou concretos das ideias universais objeto de apreciação. Em seus contornos mais estritos, está atrelada a um especial modo de conhecer e entender, que se afeiçoa aos padrões comportamentais adotados em certas esferas da vida humana. Sempre que o comportamento adotado se ajusta a esses padrões, diz-se que ele é racional. No primeiro caso, a racionalidade assume contornos nitidamente instrumentais, viabilizando a obtenção do resultado. No segundo, é vista como atributo do resultado, qualificando-o positivamente. Se o processo possui uma funcionalidade instrumental e a relação processual deve ser, por imperativo constitucional,⁸ célere e finita, a existência da preclusão torna-se racionalmente justificável, estando ínsita na própria estruturação do sistema processual. O sistema processual, como ressaltado por A. Barbosa (1966, p. 22 e ss.), pode ser estruturado em torno de distintas causas de preclusão, “mas nunca prescindir do instituto processual em apreço”.

Em qualquer caso, como lembrou Picardi (2010, p. 299), a aplicação do instituto da preclusão deve privilegiar os cânones constitucionais da ampla defesa, do contraditório e da razoável

neamento, vide, ainda, Tucci (1989, p. 19 e ss.).

8 CR/1988, art. 5º, LXXVIII

duração do processo, instaurado para fazer valer em juízo algum direito. Conclui, acertadamente, que uma interpretação constitucionalmente correta, inspirada na razoabilidade e na economia processual, aconselha que esse instituto, sempre que possível, não seja interpretado de maneira excessivamente rígida.

O NCPC faz menção expressa à preclusão em oito preceitos: (1) art. 63, § 4º - o réu deve alegar a abusividade da cláusula de eleição de foro na contestação; (2) art. 104, caput – advogado sem procuração pode ser admitido a postular em juízo para evitar a preclusão; (3) art. 209, § 2º - atos processuais praticados na presença do juiz poderão ser armazenados em meio exclusivamente eletrônico e eventuais contradições na transcrição deverão ser suscitadas, oralmente, no momento da realização do ato; (4) art. 278, caput – a nulidade deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos; (5) art. 278, parágrafo único – não se aplica a preclusão nas nulidades que o juiz deva decretar de ofício nem quando a parte provar legítimo impedimento; (6) art. 293 – o réu poderá impugnar o valor da causa em preliminar de contestação; (7) art. 507 – é vedado à parte discutir no curso do processo questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão; (8) art. 1009, § 1º - questões apreciadas em decisões não impugnáveis via agravo de instrumento não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação. Como se percebe, as situações jurídicas que mereceram contemplação expressa no NCPC estão afetas à preclusão temporal.

A preclusão, como se disse, alcança todos os atores do processo, o que, por óbvio, inclui o órgão jurisdicional.⁹ Como estamos perante uma exigência sistêmica, não faria sentido admitirmos a ruptura da racionalidade que deve nortear a relação processual justamente por quem deve conduzi-la a bom termo.

⁹ Nesse sentido: Theodoro Júnior (2001, p. 11 e ss.). Sobre a preclusão dos poderes do juiz no processo penal, seara em que prepondera a verdade real e a indisponibilidade dos interesses envolvidos, vide Vilhena (2007, p. 73 e ss.) e Gomes e Bianchini (2003, p. 458 e ss.).

Apesar disso, é factível que o órgão jurisdicional não é alcançado pela preclusão da mesma maneira que os demais atores do processo. Afinal, prazos peremptórios, ainda que venham a existir, jamais lhe serão aplicados de maneira idêntica àquela inerente às partes e ao Ministério Público. É igualmente factível que o órgão jurisdicional possa apresentar alterações de entendimento no curso da relação processual ou, mesmo, retratar-se de decisões anteriores, quando o sistema o permita, o que torna sobremaneira difícil que a preclusão lógica se projete sobre ele com todo o seu potencial expansivo.¹⁰ Por fim, a preclusão consumativa necessariamente se torna operativa sempre que o sistema não admita a retratação de uma decisão, o que é típico das situações em que o processo é extinto com a prolação de sentença.¹¹

Na medida em que a preclusão é vista como um instituto inerente à própria sistemática processual, o que exige a sua aplicação a todos os atores do processo, resta verificar se há alguma peculiaridade em relação ao Ministério Público, quer quando atue como órgão agente, quer como órgão interveniente.

10 De acordo com o art. 505 do NCPC: “Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo: I - se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; II - nos demais casos prescritos em lei”. Theodoro Júnior (2011, p. 11 e ss.), ao discorrer sobre os limites da preclusão pro judicato, ressalta que a decisão, a respeito de questão relacionada a matéria disponível e que não foi objeto de recurso, não pode ser reformada pelo juiz (v.g.: denegação de requerimento de produção de provas). Em se tratando de matéria indisponível, como as condições para o legítimo exercício do direito de ação e os pressupostos processuais, a decisão poderá ser reexaminada.

11 O NCPC admite que o juiz, em sendo interposto o recurso de apelação, venha a retratar-se da sentença que indeferiu a petição inicial (art. 331, caput) ou julgou liminarmente improcedente o pedido (art. 332, § 3º). Também caberá a retratação da sentença que tenha extinto o processo sem resolução do mérito (art. 485, § 7º). Na medida em que umas das causas de extinção do processo sem resolução do mérito é justamente o indeferimento da petição inicial (485, I), é evidente que o art. 331, caput não precisaria existir, pois se encontra abrangido pelo comando mais amplo do art. 485, § 7º.

3. A atuação do Ministério Público como órgão agente ou interveniente e a independência funcional

A Constituição de 1988, no § 1º do seu art. 127, enunciou, como “princípios institucionais do Ministério Público”, “a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional”.¹² A independência orna tanto a Instituição como os seus membros, permeando toda e qualquer atividade de cunho funcional que venha a ser desenvolvida. Trata-se de importante garantia institucional,¹³ que busca assegurar o exercício independente de suas relevantes funções. Representa uma proteção adequada contra as retaliações passíveis de serem sofridas sempre que contrariados os detentores do poder, político ou econômico, os adeptos do tráfico de influência e a criminalidade organizada.

Como já tivemos oportunidade de afirmar, o princípio da independência funcional permite que os membros do Ministério Público atuem livremente. Além disso, impede a sua responsabilização pelos atos praticados no estrito exercício de suas funções. Sua relevância é tamanha que a Constituição de 1988, em seu art. 85, II, considerou crime de responsabilidade do Presidente da República a prática de atos que atentem contra o livre exercício do Ministério Público.

Como ressaltado por López (2001, p. 155), é graças à independência funcional que os membros do Ministério Público “podem, ao mesmo tempo, estar integrados em uma organização rigidamente hierarquizada e conservar uma ampla margem de liberdade nas decisões jurídicas cotidianas, que não podem ser revistas por seus superiores”.

12 No mesmo sentido: Lei nº 8.625/1993, art. 1º, parágrafo único; e Lei Complementar nº 75/1993, art. 4º.

13 Sobre a *ratio essendi* das garantias institucionais, inseridas no plano dos direitos-garantia, insuscetíveis de supressão via reforma constitucional, vide Bonavides (2006, p. 537).

De modo correlato à independência funcional, tem-se o princípio da unidade, típico dos modelos, como o francês, em que o Procurador-Geral pode estabelecer comandos que direcionarão a atuação funcional dos integrantes da carreira¹⁴. Trata-se, aliás, de princípio inerente aos sistemas hierarquizados. A sua adoção, pela Constituição brasileira, denota o emprego de um modelo híbrido: o Ministério Público é visto como uma instituição única, o que gera reflexos na atuação dos seus membros, que não devem ser concebidos em sua individualidade, mas, sim, como presentantes e integrantes de um só organismo. Ainda que os membros do Ministério Público assumam posições divergentes em relação ao mesmo fato, tal, à luz do princípio da independência funcional, em nada afeta a unidade da Instituição.¹⁵

A hibridizade do modelo constitucional há de gerar reflexos na seara processual. Assim, ainda que o Ministério Público seja concebido como uma instituição una, fazendo que os pronunciamentos exarados por cada um dos seus presentantes sejam reconduzidos a uma origem comum, a independência funcional permite que esses pronunciamentos sejam divergentes entre si.¹⁶ E os limites dessa divergência são estabelecidos, em primeiro lugar, pelo referencial mais amplo de indisponibilidade do interesse, o que impede a desistência de pretensões, inaugurais ou recursais, postas em momento anterior por outro membro do Ministério Público. Em segundo lugar, atua o instituto da preclusão, isso com algumas peculiaridades dignas

14 Vide Rassat (1967, p. 83-84).

15 Vide Garcia (2015, p. 125-133).

16 Coura e Fonseca (2015, p. 141), em interessante construção teórica, associam os princípios da unidade e da independência funcional, respectivamente, à segurança do Estado de Direito e ao pluralismo típico da democracia. Defendem que a aceitação de posições conflitantes, na mesma relação processual, pressupõe a demonstração de justificativas interna e externa relacionadas às peculiaridades do caso. A existência de justificativas, em verdade, parece figurar como postulado de racionalidade do sistema, direcionando a realização dos juízos de valor por ele autorizados justamente com base na independência funcional. A justificativa, portanto, é móvel, não limitador. Sua ausência, em verdade, denota o arbítrio do pronunciamento ministerial e afasta a própria ratio essendi do princípio da independência funcional.

de nota. Afinal, o Ministério Público há de ser visto, na relação processual, de maneira bem distinta daquela afeta aos litigantes privados. Ainda que a ordem jurídica assegure a igualdade entre os litigantes, a Instituição é constitucionalmente vocacionada à “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis¹⁷ e, como se disse, não pode dispor dos interesses envolvidos.

A posição processual do Ministério Público tem sido tradicionalmente descrita com o emprego das expressões latinas *dominus litis* e *custos legis*, que indicam, respectivamente, a atuação como órgão agente ou como órgão interveniente. A respeito da primeira expressão, escrevemos¹⁸ que “[a] expressão *dominus litis* significa “senhor da lide”, sendo utilizada nas hipóteses em que o Ministério Público ocupa o polo ativo da relação processual, em especial nas lides de natureza penal. Não obstante a literalidade da expressão, a atuação do Ministério Público é, em regra, regida pelos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade, não podendo a Instituição dispor livremente das ações que tenha proposto”. Em relação à segunda, ressaltamos que, “[quanto ao designativo *custos legis*, indica ele a função de “guardião da lei”, que seria exercida pelo Ministério Público sempre que, em razão da qualidade da parte ou da natureza da matéria, atuasse como órgão interveniente em uma relação processual. Uma vez mais, não deve o operador do direito ficar adstrito à literalidade da expressão latina, pois a função de “guardião da lei” deve ceder espaço a uma atribuição mais ampla: a de guardião da ordem jurídica e do regime democrático. A atuação do Ministério Público deve ser direcionada à consecução das regras e dos princípios inerentes ao sistema, sendo legítimo que, em dado momento, insurja-se contra preceito legal incompatível com as normas de estamento superior em que deveria auferir seu fundamento de validade (v.g.: incompatibilidade entre a lei e a Constituição)”. O NCPC, ao dispor

17 CR/1988, art. 127, caput; Lei nº 8.625/1993, art. 1º; e NCPC, art. 176.

18 GARCIA, 2015, p. 268-269.

sobre a atuação do Ministério Público como órgão interveniente, fez menção, em seu art. 176, à sua condição de “fiscal da ordem jurídica”.

É plenamente possível, na atuação como órgão agente ou interveniente, que haja posicionamentos sucessivos e conflitantes, exarados por membros diversos ou pelo mesmo membro do Ministério Público, o que aumenta a importância das reflexões em torno da preclusão.

Principiando a análise pela preclusão temporal, observa-se não existirem maiores dúvidas, em linha de princípio, a respeito da sua incidência sobre os membros do Ministério Público. Afinal, são justamente os prazos processuais que asseguram o caráter finito do processo. O NCPC, em seu art. 178, dispôs que o Ministério Público seria “intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam: I - interesse público ou social; II - interesse de incapaz; III - litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana”. O seu parágrafo único ainda acresceu que “[a] participação da Fazenda Pública não configura, por si só, hipótese de intervenção do Ministério Público”. Ao atuar como órgão interveniente, “terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo” e “poderá produzir provas, requerer as medidas processuais pertinentes e recorrer”, tal qual dispõe o art. 179 do NCPC.

Ainda sob a ótica dos prazos, o art. 180 do NCPC dispõe que a Instituição “gozará de prazo em dobro para manifestar-se nos autos, que terá início a partir de sua intimação pessoal”. De acordo com o § 1º, ao fim desse prazo, “sem o oferecimento de parecer, o juiz requisitará os autos e dará andamento ao processo”. Acresça-se que, quando a lei estabelecer prazo específico para o Ministério Público, não haverá, a teor do § 2º, contagem em dobro.

Quando o Ministério Público atua como órgão agente, é intuitivo que tratamentos específicos, distintos daqueles afetos às partes em geral, demandam previsão expressa na ordem jurídica, sem olvidar a necessidade de estarem embasados em argumentos racionalmente demonstráveis, isso sob pena de romperem com qualquer referencial

de isonomia. Assim, uma vez transcorrido um prazo processual, a preclusão há de operar-se em toda a sua plenitude.

Já em relação à atuação como órgão interveniente, deve ser devidamente considerada a natureza da atividade desenvolvida pelo Ministério Público. Não que isso autorize a paralisação ou o retroceder da relação processual. Pelo contrário, a relação processual deve continuar comprometida com o objetivo de celeridade, mas o zelo pela juridicidade, sopro anímico da intervenção do Ministério Público, deve permanecer. Por essa razão, entendemos que o órgão jurisdicional deve extrair, do art. 180, § 2º, do NCPC, que trata da requisição dos autos ao fim do prazo de 30 (trinta) dias, um conteúdo normativo compatível com as finalidades que justificam a sua própria existência. E, nesse particular, entendemos que o parecer, encaminhado pelo membro do Ministério Público após o decurso do referido prazo, mas em momento anterior à prática de qualquer ato que inaugure uma fase processual subsequente, deve ser considerado pelo órgão jurisdicional, o que não afasta, obviamente, a possibilidade de serem provocadas as instâncias correccionais da Instituição. E isso por duas razões básicas: (1ª) o trâmite da relação processual não sofrerá qualquer percalço; (2ª) a preeminência da ordem jurídica será fortalecida com a atuação do Ministério Público.

Além dos prazos processuais, o Ministério Público será igualmente alcançado pelo avanço da relação processual, de modo que manifestações extemporâneas não podem fazer que o processo retroaja as fases anteriores.

No que diz respeito à preclusão consumativa, também parece relevante distinguirmos as situações em que o Ministério Público atua como órgão agente ou como órgão interveniente. Tratando-se de órgão agente, não há espaço para maiores divagações. Ajuizada uma ação ou interposto um recurso não há espaço para a sua alteração fora das hipóteses autorizadas pela lei processual (v.g.: alteração da causa de pedir, independentemente do consentimento do réu, antes da estabilização subjetiva da demanda, o que ocorre com a citação – NCPC, art. 329, I). Em se tratando de atuação como órgão

interveniente, devem ser separadas as situações em que é identificado o fim de uma fase processual (v.g.: parecer final, com ulterior encaminhamento dos autos ao órgão jurisdicional para a prolação de sentença), daquelas que surgem no curso de uma fase processual (v.g.: promoção do Ministério Público em que requer “as medidas processuais pertinentes”, na forma do art. 179 do NCPC). Nesse último caso, cremos que uma promoção pode destoar de outra, ofertada em momento anterior, pelo mesmo membro do Ministério Público ou por membro diverso. As promoções, aliás, são normalmente exaradas durante a fase de instrução, sendo comum que, longe de se excluir, complementem-se.

Por fim, a preclusão lógica, concebida de maneira individualizada e sem qualquer liame com a preclusão consumativa, raramente será aplicada ao Ministério Público. Essa constatação decorre do princípio da independência funcional, que assegura, a cada membro da Instituição, a possibilidade de formular juízos valorativos e de conduzir-se de acordo com eles. Situações dessa natureza têm sido rotineiramente analisadas pelos Tribunais Superiores, que admitem, por exemplo, a possibilidade de um membro do Ministério Público (a) recorrer de sentença de impronúncia, quando o juiz embasou-se no pronunciamento de outro membro do Ministério Público, que se posicionara nesse sentido;¹⁹ (b) recorrer de sentença homologatória de transação, formulada por outro membro do Ministério Público com base na Lei nº 9.099/1995;²⁰ (c) recorrer de sentença absolutória quando o seu antecessor, em alegações finais, opinou pela absolvição;²¹ e (d) identificar a presença de crime de ação penal pública e oferecer a respectiva denúncia, apesar de o seu antecessor ter entendido que a persecução penal estava condicionada ao oferecimento

19 STF, Pleno, RE nº 590.908 RG/AL, rel. p/acórdão Min. Marco Aurélio, j. em 03/11/2011, DJe de 11/06/2012.

20 STJ, 1ª Turma, HC nº 77.041/MG, rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 26/05/1998, DJ de 07/08/1998.

21 STJ, 5ª Turma, HC nº 171.306/RJ, rel. Min. Gilson Dipp, j. em 20/10/2011, DJe de 04/11/2011.

de representação.²² A nosso ver, situações dessa natureza estão cobertas pela independência funcional, não havendo que se falar em ausência de interesse processual, na hipótese de recurso interposto contra decisão que acolhera pronunciamento de outro membro do Ministério Público.

O Superior Tribunal de Justiça reconheceu, com base no art. 577, parágrafo único, do Código de Processo Penal, a ausência de interesse recursal, por parte do Ministério Público, para impugnar acórdão que concedera habeas corpus, impetrado pela própria Instituição, com o objetivo de trancar procedimento investigativo.²³ Com a vênia devida, cremos que o interesse processual, de estatura infraconstitucional, não pode sobrepor-se ao princípio constitucional da independência funcional. Além disso, a unidade do Ministério Público não se presta a suprimir os juízos de valor realizados por cada membro concebido em sua individualidade. O Tribunal também decidiu que a apresentação de petição, por membro do Ministério Público, na qual declinava a sua renúncia ao direito de recorrer, atraia a preclusão lógica, de modo que o seu sucessor não poderia interpor o recurso cabível por falta de interesse.²⁴ Pelas razões já expostas, o entendimento parece inadequado, isso com a agravante de ter sido reconhecida a possibilidade de o membro do Ministério Público renunciar a uma faculdade processual, de modo a dar por encerrada a respectiva fase processual. Renúncia dessa natureza não é instrumento apto a subtrair da Instituição a integralidade do prazo recursal que lhe pertence, o que pode prestar-se a fins escusos e moralmente reprováveis. Basta pensarmos no membro do Ministério Público que está prestes a iniciar o seu período de férias e renúncia ao prazo recursal para impedir que o seu sucessor venha a recorrer em causa de seu “interesse”.

22 STF, 2ª Turma, RHC nº 66.944/ES, rel. Min. Djaci Falcão, j. em 18/11/1988, DJ de 02/12/1988.

23 5ª Turma, REsp. nº 1.182.985/PR, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 18/06/2013, DJe de 25/06/2013.

24 STJ, 6ª Turma, ED no HC nº 227.658/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 03/05/2012, DJe de 14/05/2012.

Conclusão

Tanto a preclusão, enquanto instituto destinado a assegurar a ordem e a celeridade da relação processual, como o Ministério Público, estrutura de poder que deve permanecer ao lado da sociedade e, não raro, insurgir-se contra o próprio poder, hão de ser compreendidos de modo a não serem desvirtuados de suas finalidades existenciais. Para que esse objetivo seja alcançado, devemos lembrar das reflexões de Sartre (1948), quando dizia que “todos os meios são bons quando são eficazes”. A preclusão e o Ministério Público não são fins em si mesmos. São meios destinados à realização de fins de indiscutível relevância no ambiente sociopolítico. Compreendê-los, de modo a justificar a sua existência e potencializar os benefícios que trazem consigo, pressupõe o reconhecimento dessa premissa. Posições extremadas, marcadas por preconceitos e pela incapacidade de adaptação aos circunstancialismos do caso concreto, tendem a ser injustas e pouco eficazes.

Referências

BARBOSA, Antônio Alberto Alves. Preclusão e Coisa Julgada, in Revista dos Tribunais nº 365, p. 22 mar. 1966.

_____. Da Preclusão Processual Civil. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

BARBOSA, José Carlos Moreira. A eficácia preclusiva da coisa julgada material, in Revista dos Tribunais nº 441, p. 14, jul. 1972.

BARBOSA, Rui. Oração aos Moços. 2ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1985.

BÉNABENT, Alain. Sept clefs pour une réforme de la prescription extinctive, in Dalloz, nº 26, p. 1800, 5 jul. 2007.

BERNATZIK, Edmund. Rechtsprechung und Materielle Rechtskraft. Wien: Prinon, 1885.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 18ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BOSCH, Wolfgang. Rechtskraft und Rechtshängigkeit im Schiedsverfahren. Tübingen: Mohr Siebeck, 1991.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil (Istituzioni di Diritto Processuale Civile), vols. 1 e 3. Trad. de MENEGALE, J. Guimarães. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1969.

_____. Cosa giudicata e preclusione, in Saggi di diritto processuale civile, vol. 3. Milano: Giuffrè Editore, 1993, p. 230.

CONTI, Carlotta. La preclusione nel processo penale. Milano: Giuffrè Editore, 2014.

COURA, Alexandre de Castro e FONSECA, Bruno Gomes Borges da. Ministério Público Brasileiro entre unidade e independência. São Paulo: LTR, 2015.

DIANA, Antonio Gerardo. Il procedimento di cognizione ordinária. Itália: Wolters Kluwer, 2011.

FELIX, Robert L. e WHITTEN, Ralph U.. American Conflicts Law: Cases and Materials. 5ª ed. USA: LexisNexis, 2010.

GAMBINERI, Beatrice. Giudizio di Rinvio e Preclusione di Questioni. Milano: Giuffrè Editore, 2008.

GARCIA, Emerson. A unidade do Ministério Público: essência, limites e relevância pragmática, in Boletim de Direito Administrativo Ano XXVIII, nº 9, p. 1033, set. de 2012.

_____. Ministério Público. Organização, Atribuições e Regime Jurídico. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

GOMES, Luiz Flávio e BIANCHINI, Alice. Efeitos da Preclusão Pro Judicato no Processo Penal, in Revista dos Tribunais, vol. 810, p. 458, abril de 2003.

GUASP, Jaime. Derecho Procesal Civil. 2ª ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1961.

JEULAND, Emmanuel e CHARBONNEAU, Cyrille. Réalité des Délais de Forclusion (ou Préfix), in Centre de Droit des Obligations et Science en Droit et Economie des Assurances. La Prescription Extinctive. Etudes de Droit Comparé. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant S.A., 2010, p. 173.

JURISPRUDENCE GÉNÉRALE DU ROYAUME, en matière civile, commerciale et criminelle. Paris: Bureau de la Jurisprudence Générale ou Jornal des Audiences, 1826.

LACERDA, Galeno. Despacho Saneador. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1990.

LAROUSSE. Dictionnaire Encyclopédique Illustré pour la maîtrise de la langue française, la culture classique et contemporaine. Paris: Larousse, 1997.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e autoridade das sentenças e outros escritos sobre a coisa julgada. Tradução de BUZAID, Alfredo & AIRES, Benvindo. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. Manual de Direito Processual Civil (Manuale di Diritto Processuale Civile), vol. 1. Trad. de DINAMARCO, Cândido Rangel. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

LÓPEZ. Alberto Manuel López. El Ministerio Fiscal Español. Principios Orgánicos y Funcionales. Madrid: Editorial Colex, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do Processo de Conhecimento. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEHREN, Arthur Taylor Von. Theory and Practice of Adjudatory Authority in Private International Law: A Comparative Study os the Doctrine, Policies and Practices of Common and Civil Law Systems. General Course of Private International Law (1966). The Hague: Kluwer Law International, 2003.

OAKLEY, John B. e AMAR, Vikram D.. *American Civil Procedure: A Guide to Civil Adjudication in US Courts*. The Hague: Kluwer Law International, 2009.

PICARDI, Nicola. *Manuale del Processo Civile*. Milano: Giuffrè Editore, 2010.

RASSAT, Michèle-Laure. *Le Ministère Public entre son Passé et son Avenir*. Paris: L.G.D.J, 1967.

SARTRE, Jean Paul. *Les Mains Sales. Piece en Sept Tableaux*. Paris: Galliard Press, 1948.

SISK, Gregory C. e NOONE, Michael F.. *Litigation with the Federal Government*. USA: The American Law Institute, 2006.

SUBRIN, Stephen N. e WOO, Margaret Y. K.. *Litigation in American Civil Procedure in Context*. New York: Aspen Publishers, 2006.

THE OXFORD COMPANION TO AMERICAN LAW. (Org.) HALL, Kermit L. New York: Oxford University Press, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A Preclusão no Processo Civil, in *Revista dos Tribunais*, vol. 784, p. 11, fevereiro de 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Sobre a Eficácia Preclusiva da Decisão Declaratória de Saneamento, in *Revista dos Tribunais*, vol. 640, p. 19, fevereiro de 1989.

VILHENA, Leonardo da Silva. *Preclusão para o Juiz no Processo Penal*. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

VINCRE, Simonetta. *Profili delle controversie sulla distribuzione del ricavato (art. 512 C.P.C.)*. Itália: Wolters Kluwer, 2010.

VOLPINO, Diego. *L'oggetto del giudicato nell'esperienza americana*. Itália: Wolters Kluwer, 2007.

O Ministério Público e o papel de fiscal da ordem jurídica no CPC / 2015

Humberto Dalla Bernardina de Pinho¹

Resumo

O texto aborda o perfil do Ministério Público no Novo CPC, a partir de sua função de fiscal da ordem jurídica. São examinados os dispositivos genéricos que informam a intervenção do Parquet, como também as normas específicas. Por fim, são identificadas as principais questões teóricas e o posicionamento mais recente dos Tribunais Superiores sobre a matéria.

Palavras-chave: Ministério Público. Novo CPC. Fiscal.

Resumen

En este trabajo se aborda el perfil del Ministerio Público en el Nuevo CPC, de su función fiscal del sistema legal. dispositivos genéricos que informan a la intervención de la televisión, así como las normas específicas se examinan. Por último,

¹ Professor titular na Universidade Estácio de Sá e Professor Associado na UERJ. Mestrado e Doutorado pela UERJ e Pós-doutorado pela Uconn Law Scholl. Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. É diretor acadêmico da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Professor visitante da Uconn Law Scholl, EMERJm FGV e ENAM, entre outras. É examinador da cadeira de direito processual civil do Exame da Ordem da OAB/FGV- Projetos.

se identifican las principales cuestiones teóricas y la última posición de los tribunales superiores en la materia .

Palabras clave: *Ministerio Público. New CPC. Fiscal.*

1. Introdução

Neste texto vamos examinar os dispositivos do Novo CPC que tratam do Ministério Público, atualizando e aprofundando texto escrito há três anos, e focando, agora, na função de fiscal da ordem jurídica (PINHO, 2013, p. 75-98).

A fim de estabelecer a delimitação objetiva da abordagem, optamos por estudar apenas os artigos que se encontram na Parte Geral do CPC/2015, dividindo a abordagem quanto aos artigos genéricos, ou seja, os que estão inseridos no capítulo do Ministério Público, e aos específicos, assim entendidos aqueles que fazem parte de outros capítulos e que tratam de uma função peculiar do MP.

Incidentalmente, apresentaremos algumas questões doutrinárias e indicaremos a posição dos Tribunais sobre as mesmas.

2. Perfil constitucional do Ministério Público

O texto constitucional contempla a organização do Ministério Público na Seção I (Do Ministério Público) do Capítulo IV (Das Funções Essenciais à Justiça) do Título IV (Da Organização dos Poderes).

O art. 127 assim dispõe:

“Art. 127 – O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”;

Primeiramente, devemos observar que, conforme a própria definição dada pelo legislador, o Ministério Público é uma Instituição.

Não tem personalidade jurídica, embora seja dotado de legitimidade para propor medidas administrativas e judiciais.

É oportuno salientar que o art. 127, caput, se subdivide em duas partes: uma, correspondente ao conceito da Instituição e outra, aos seus objetivos funcionais ou institucionais.

No tocante à primeira parte, ou seja, o conceito, devem ser feitas algumas observações.

Quando o art. 127 da Constituição da República de 1988 utiliza a expressão “instituição permanente”, cria uma cláusula pétrea, que não pode ser suprimida pelo poder constituinte derivado (art. 60, §4º, da Carta).

Já no concernente à expressão “essencial”, significa dizer que o Parquet é um dos atores fundamentais na administração da justiça, sendo detentor de prerrogativas e permissões legais aptas a viabilizar a sua participação nos processos de sua atribuição.

A atuação do Ministério Público como *custos legis*, ou seja, fiscal da lei, encontra assento constitucional neste referido artigo que faz menção à defesa da ordem jurídica. Já a atuação do Parquet em todos os processos de natureza eleitoral está fundamentada na defesa do regime democrático, também contido nesse dispositivo.

A participação do Ministério Público pode se dar de duas formas no processo: através de sua atuação ou por meio de sua intervenção. A participação seria, portanto, gênero que comportaria em si duas espécies (ROCHA, 1973, p. 03- 14).

Fala-se em atuação quando o MP age como parte no processo promovendo a ação. A intervenção refere-se às hipóteses em que o Ministério Público funciona como fiscal da lei, como *custos legis* em uma ação que foi proposta por outrem.

Modernamente vem se entendendo que, mesmo nas hipóteses em que o Ministério Público participa do processo como parte, ele também o faz como fiscal da lei. A participação do MP como parte não acarreta a impossibilidade de, simultaneamente, agir o Parquet como fiscal da lei.

Hoje, portanto, não é mais possível considerar-se qualquer participação do Ministério Público apenas como parte em um processo. Na verdade, é certo que todas as vezes em que o Ministério Público atuar como órgão agente, ele estará atrelado à sua função fiscalizadora, até mesmo por obediência ao objetivo precípuo que lhe é atribuído pelo art. 127, caput, da Constituição Federal (PINHO, 2012, p. 329).

No art. 127, §1º, da Carta Magna estão elencados os princípios institucionais do Ministério Público: princípios da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional.

Prever, como princípio institucional, a unidade, também chamado de princípio da coesão vertical, significa dizer que o Ministério Público é uma instituição única, abstratamente considerada, na qual os seus membros oficiam nos processos em nome da instituição a que são ligados, conforme a teoria do órgão desenvolvida no âmbito do direito administrativo.

O princípio da indivisibilidade ou princípio da coesão horizontal é decorrência lógica do princípio da unidade, e consiste na possibilidade de os membros da instituição se substituírem sem que haja prejuízo para a mesma ou para a sociedade.

O terceiro e último princípio institucional é o da independência funcional. Segundo este, os membros do Parquet têm que atuar apenas de acordo com dois parâmetros: a lei e sua consciência.

É importante salientar a conclusão de que, em virtude de tal princípio, estamos diante de agentes políticos, pois só estes gozam de independência funcional.

3. O Ministério Público fiscal da lei no CPC de 1973

Vista a amplitude das normas constitucionais relativas ao Ministério Público, passa-se a examinar alguns dispositivos alocados no Código de Processo Civil de 1973.

No desempenho de suas funções, pode o MP atuar como parte ou como fiscal da correta aplicação da lei, embora essa função fiscalizatória sempre tenha despertado algum desconforto na doutrina especializada².

Em regra, no processo civil, seus membros atuarão como fiscais da lei³ nas hipóteses do art. 82 do CPC:

2 Nesse passo, Calamandrei, já em sua época, advertia: “Mas no processo civil, em que normalmente a legitimação para acionar e para contradizer compete aos particulares, é mais difícil definir qual possa ser a posição do Ministério Público como parte pública colocada também, e não com exclusão, das partes privadas, às quais estão reservadas neste processo as posições primárias e predominantes. Não obstante, se olharmos bem, a razão primordial em virtude da qual em certos casos introduz a lei o Ministério Público como parte pública no processo civil, não é distinta daquela pela qual nos ordenamentos penais o sistema da acusação privada tem cedido inteiramente o terreno ao da acusação – função do Ministério Público no processo civil – pública exercitada pelo Ministério Público; efetivamente como a substituição da ação pública à ação privada no processo penal tem sido sugerida pelo interesse público em que a observância das normas de direito penal não se remeta à iniciativa dos particulares nem se deixe a mercê de seus interesses individuais, assim no processo civil a participação do Ministério Público tem a finalidade de suprir a não iniciativa das partes privadas ou de controlar sua eficiência, sempre que, pela especial natureza das relações controvertidas, possa temer o Estado que o estímulo do interesse individual, ao qual está normalmente encomendado o ofício de dar impulso à justiça civil, possa ou faltar totalmente ou se dirigir a fins distintos do da observância da lei. Tanto no processo penal como no civil, então, a presença do Ministério Público responde em substância a um interesse público da mesma natureza: fazer que, frente aos órgãos julgadores que para manter intata sua imparcialidade e, pelo tanto, sua indiferença inicial, não podem menos de ser institucionalmente inertes, se despregue em forma correspondente aos fins públicos da justiça a função estimuladora das partes”. (CALAMANDREI, 1999, p. 335-336). Entretanto, este mesmo autor afirma que o interesse público que motiva a intervenção do Ministério Público não é a tutela social, mas sim a tutela da legalidade dentro do ordenamento jurídico, razão pela qual não é ele o titular daquele interesse público, restringindo-se a velar pela sua correta tutela. Daí afirmar, “que o Ministério Público é o encarregado de vigiar pela observância do direito objetivo em todos aqueles casos em que a iniciativa dos interessados não é suficiente garantia de dita observância: o qual acontece, em geral, em todas as causas sobre relações não disponíveis, mas pode acontecer também, excepcionalmente, em causas a respeito de relações disponíveis, segundo se vê através do último apartado do art. 70, segundo o qual o Ministério Público pode intervir, não só nas categorias de causas determinadas pela lei, senão em toda outra causa em que ele contemple um interesse público” (CALAMANDREI, 1999, p. 42).

3 Conforme o art. 82, CPC, o MP deve intervir obrigatoriamente nos processos em que haja interesse de incapaz, nos concernentes ao estado da pessoa, poder familiar, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência, litígios que envolvam posse da terra rural. Todavia esse rol não é taxativo, como se observa pelo disposto no art. 1.105, CPC, que regula os processos de jurisdição voluntária. Mais

Art. 82 – Compete ao Ministério Público intervir:

I – nas causas em que há interesses de incapazes;

II – nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade;

III – nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.

Nos termos do art. 83, intervindo como fiscal da lei, o Ministério Público:

a) terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo;

b) poderá juntar documentos e certidões, produzir prova em audiência e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade.

Quando a lei considerar obrigatória a intervenção do Ministério Público, a parte deve promovê-la, sob pena de nulidade do processo. Esta é a regra do art. 84 do CPC, que deve ser combinado com o art. 246 que diz ser nulo o processo, quando o Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deveria intervir.

Por outro lado, sua atuação como parte ocorrerá nas hipóteses de ajuizamento da ação, quando a lei assim o permitir (como no caso da ação civil pública, regulamentada pela Lei nº 7.347/85, da ação de investigação de paternidade, regulamentada pela Lei nº 8.560/92, e tantas outras mais).

O art. 81 determina que o MP exercerá o direito de ação nos casos previstos em lei, cabendo-lhe os mesmos poderes e ônus aplicáveis às partes. Assim como os juízes, o membro do MP deve observar as regras de impedimento e suspeição, previstas nos art. 134 e 135 do CPC.

O art. 85 dispõe que o órgão do Ministério Público será civilmente responsável quando, no exercício de suas funções, proceder

a frente falaremos mais sobre esse ponto, ao abordar a Recomendação nº 16 do CNMP.

com dolo ou fraude. Ademais, pode o MP interpor recurso, mesmo nas causas em que funcione como fiscal da lei (art. 499, §2º, CPC), ainda que não haja recurso voluntário das partes (Verbete de Jurisprudência predominante nº 99 do STJ).

Tem, ainda, legitimidade para ajuizar ação rescisória quando não foi ouvido no processo em que sua intervenção era obrigatória ou quando a sentença é fruto de colusão entre as partes com o fim de fraudar a lei (art. 487, inciso III, CPC).

4. O Ministério Público fiscal da ordem jurídica no CPC de 2015

O novo Código de Processo Civil alterou topograficamente as disposições gerais sobre o Ministério Público, para tratá-lo em um novo título, após os auxiliares da Justiça, e antes da Defensoria Pública, já que no código de 73 seu tratamento era em local diverso, logo após o título das partes e de seus procuradores.

Contudo, algumas regras específicas sofreram grande alteração. Neste item do trabalho, primeiro abordaremos as disposições genéricas, ou seja, aquelas que se encontram entre os artigos 176 a 181 do NCPC, para, então, examinar os dispositivos específicos, que se encontram espalhados pelo texto.

4.1. Dispositivos genéricos

Os arts. 176⁴ e 177⁵ do novo Código reforçam a dicção do art. 127 da Constituição Federal. Tratam da atuação do Ministério Público em todos os graus, e remetem, ainda, ao art. 129, §1º da Constituição, ao afirmar que o direito de ação do Parquet deve ser exercido de acordo com suas atribuições institucionais.

4 Art. 176. O Ministério Público atuará na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis.

5 Art. 177. O Ministério Público exercerá o direito de ação em conformidade com suas atribuições constitucionais.

O art. 178 trata das hipóteses de intervenção do MP como fiscal da ordem jurídica, que estavam antes previstas no art. 82 do CPC. São elas, além das que já estão previstas na lei ou na Constituição Federal:

1. nas causas que envolvam interesse público ou social;
2. nas causas que envolvam interesse de incapaz;
3. nas causas que envolvam litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana;

De se observar que a observação inserida na cabeça do dispositivo deixa claro que o rol é exemplificativo e não taxativo.

Por outro lado, o NCPC resolve a controvérsia sobre a intervenção ou não do MP em todas as causas de jurisdição voluntária. O novo art. 721 determina que o MP só intervirá caso configurada ao menos uma das hipóteses do art. 178.

No caso do inciso II, foi retirada a expressão "estado das pessoas", inicialmente prevista durante o processo legislativo. Nesse sentido, atente-se para a redação do art. 698 que trata da intervenção do MP nas ações de família⁶.

Também está superada a discussão sobre a natureza da intervenção do MP quando estiver configurado interesse de incapaz. O Promotor que funcionar no caso será, ao mesmo tempo deverá velar pelos interesses daquele, e fiscalizar a ordem jurídica. Nesse sentido a jurisprudência do STJ⁷ já tem se consolidado no caso das ações de interdição.

6 Art. 698. Nas ações de família, o Ministério Público somente intervirá quando houver interesse de incapaz e deverá ser ouvido previamente à homologação de acordo.

7 DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO DEFENSOR DO INTERDITANDO. Nas ações de interdição não ajuizadas pelo MP, a função de defensor do interditando deverá ser exercida pelo próprio órgão ministerial, não sendo necessária, portanto, nomeação de curador à lide. Estão legitimados para requerer a interdição somente os pais ou tutor, o cônjuge ou parentes próximos do interditando ou, ainda, em caráter subsidiário, o MP (art. 1.177 e 1.178 do CPC), sendo esta a única hipótese em que se exige a nomeação de curador à lide, a fim de ensejar o contraditório. Nessa perspectiva, verifica-se que a designação de curador especial tem por pressuposto a presença do conflito de interesses entre o incapaz e o responsável pela defesa de seus interesses no processo judicial. Assim, na hipótese de encontrar-se o MP e o suposto incapaz em polos opostos da ação, há intrínseco conflito de interesses a exigir a nomeação

Na mesma linha de raciocínio da Recomendação do CNMP, entendeu-se que não se justifica a intervenção do MP apenas pelo estado da pessoas e que isso seria um resquício do ordenamento pré Constituição de 1988. A circunstância que justificaria a intervenção do MP seria, tão somente, a presença de um incapaz⁸ num dos pólos da relação processual⁹.

ao interditando de curador à lide, nos termos do art. 1.179 do CPC, que se reporta ao art. 9º do mesmo Código. Todavia, proposta a ação pelos demais legitimados, caberá ao MP a defesa dos interesses do interditando, fiscalizando a regularidade do processo, requerendo provas e outras diligências que entender pertinentes ao esclarecimento da incapacidade e, ao final, impugnar ou não o pedido de interdição, motivo pelo qual não se faz cabível a nomeação de curador especial para defender, exatamente, os mesmos interesses pelos quais zela o MP. A atuação do MP como defensor do interditando, nos casos em que não é o autor da ação, decorre da lei (art. 1.182, § 1º, do CPC e art. 1.770 do CC) e se dá em defesa de direitos individuais indisponíveis, função compatível com as suas funções institucionais (art. 127 da CF). Resp 1.099.458- PR, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 2/12/2014, DJe 10/12/2014. (Informativo nº 553 do STJ).

8 Mesmo nesses casos, o STJ vem atenuando o rigor da sanção do art. 246 do CPC quando não há a intervenção no momento próprio. Veja-se, nesse sentido: INCAPAZ. PARQUET. INTERVENÇÃO. PREJUÍZO. COMPROVAÇÃO. Na hipótese dos autos, o Ministério Público (MP) estadual interpôs recurso de apelação para impugnar sentença homologatória de acordo firmado entre as partes – uma delas, incapaz – em ação expropriatória da qual não participou como custos legis. Nesse contexto, a Turma entendeu que a ausência de intimação do Parquet, por si só, não enseja a decretação de nulidade do julgado, sendo necessária a efetiva demonstração de prejuízo para as partes ou para a apuração da verdade substancial da controvérsia jurídica, segundo o princípio *pas de nullités sans grief*. Ressaltou-se que, mesmo nas hipóteses em que a intervenção do Parquet é obrigatória, como no caso, visto que envolve interesse de incapaz, seria necessária a demonstração de prejuízo para reconhecer a nulidade processual. Na espécie, o MP não demonstrou ou mesmo aventou a ocorrência de algum prejuízo que legitimasse sua intervenção. Consignou-se, ademais, que, no caso, cuidou-se de desapropriação por utilidade pública, em que apenas se discutiam os critérios a serem utilizados para fixação do montante indenizatório, valores, inclusive, aceitos pelos expropriados, não se tratando de desapropriação que envolvesse interesse público para o qual o legislador tenha obrigado a intervenção do MP. Assim, não havendo interesse público que indique a necessidade de intervenção do Ministério Público, como na espécie, a intervenção do Parquet não se mostra obrigatória a ponto de gerar nulidade insanável. Precedentes citados do STF: RE 96.899-ES, DJ 5/9/1986; RE 91.643-ES, DJ 2/5/1980; do STJ: REsp 1.010.521-PE, DJe 9/11/2010, e REsp 814.479-RS, DJe 14/12/2010. REsp 818.978-ES, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 9/8/2011. (Informativo nº 480 do STJ).

9 Contudo, é preciso registrar que a jurisprudência parece, por vezes, vacilante. Em situação envolvendo idosos, apesar do espírito da Lei nº 10.741/03, os Tribunais Superiores vem limitando a legitimidade do MP. Por outro lado, em se tratando de menor com pretensão alimentícia, reforça-se a regra do art. 201, inciso III

Por fim, no inciso III foi inserida a hipótese de intervenção quando houver conflito coletivo de terra urbana.

do ECA, apesar da possível colidência com a norma inscrita no art. 129, inciso IX da Carta de 1988, como se pode ver dos precedentes adiante referidos: BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. IDOSA. INTERVENÇÃO. MP. Discute-se no Resp. a obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público (MP) em processos em que idosos capazes sejam parte e postulem direito individual disponível. Nos autos, a autora, que figura apenas como parte interessada no Resp., contando mais de 65 anos, ajuizou ação contra o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) para ver reconhecido exercício de atividade rural no período de 7/11/1946 a 31/3/1986. A sentença julgou improcedente o pedido e o TJ manteve esse entendimento. Sucede que, antes do julgamento da apelação, o MPF (recorrente), em parecer, requereu preliminar de anulação do processo a partir da sentença por falta de intimação e intervenção do Parquet ao argumento de ela ser, na hipótese, obrigatória, o que foi negado pelo TJ. Daí o REsp do MPF, em que alega ofensa aos arts. 84 do CPC e 75 da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso). Destacou o Min. Relator que, no caso dos autos, não se discute a legitimidade do MPF para propor ação civil pública em matéria previdenciária; essa legitimidade, inclusive, já foi reconhecida pelo STF e pelo STJ. Explica, na espécie, não ser possível a intervenção do MPF só porque a parte autora é idosa, pois ela é dotada de capacidade civil, não se encontra em situação de risco e está representada por advogado que interpôs os recursos cabíveis. Ressalta ainda que o direito à previdência social envolve direitos disponíveis dos segurados. Dessa forma, não se trata de direito individual indisponível, de grande relevância social ou de comprovada situação de risco a justificar a intervenção do MPF. Diante do exposto, a Turma negou provimento ao recurso. Resp. 1.235.375-PR, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 12/4/2011. (Informativo STJ 469). ALIMENTOS. LEGITIMIDADE. MP. O menor que necessita dos alimentos em questão reside com sua genitora em comarca não provida de defensoria pública. Contudo, é certo que o MP tem legitimidade para propor ações de alimentos em favor de criança ou adolescente, independentemente da situação em que se encontra ou mesmo se há representação por tutores ou genitores (art. 201, III, da Lei n. 8.069/1990 – ECA). Já o art. 141 desse mesmo diploma legal é expresso ao garantir o acesso da criança ou adolescente à defensoria, ao MP e ao Judiciário, o que leva à conclusão de que o MP, se não ajuizasse a ação, descumpriria uma de suas funções institucionais (a curadoria da infância e juventude). Anote-se que a Lei de Alimentos aceita a postulação verbal pela própria parte, por termo ou advogado constituído nos autos (art. 3º, § 1º, da Lei n. 5.478/1968), o que demonstra a preocupação do legislador em garantir aos necessitados a via judiciária. A legitimação do MP, na hipótese, também decorre do direito fundamental de acesso ao Judiciário (art. 5º, LXXIV, da CF/1988) ou mesmo do disposto no art. 201 do ECA, pois, ao admitir legitimação de terceiros para as ações cíveis em defesa dos direitos dos infantes, reafirma a legitimidade do MP para a proposição dessas mesmas medidas judiciais, quanto mais se vistas as incumbências dadas ao parquet pelo art. 127 da cf/1988. A alegação sobre a indisponibilidade do direito aos alimentos não toma relevo, visto não se tratar de interesses meramente patrimoniais, mas, sim, de direito fundamental de extrema importância. Precedentes citados: Resp 510.969- PR, DJ 6/3/2006, e RHC 3.716- PR, DJ 15/8/1994. Resp. 1.113.590- MG, Rel. MIN. Nancy Andrichi. Julgado em 24/8/2010. (Informativo STJ nº 444).

Observe-se que o art. 554, § 1º determina a intimação do MP nas ações possessórias nas quais figure no polo passivo grande número de pessoas¹⁰.

O parágrafo único do art. 178 reforça a ideia, já assentada em sede doutrinária e jurisprudencial, no sentido de que a participação da Fazenda Pública, por si só, não configura hipótese de intervenção do Ministério Público.

Assim, o exame da presença do interesse público deve ser feito caso a caso, de acordo com as particularidades da espécie.

O art. 179 atualiza, sem grande modificação de conteúdo, a redação do art. 83 do CPC / 73, e prevê duas regras para a intervenção do MP:

- a) ter vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo;
- b) poder produzir provas, requerer as medidas processuais pertinentes e recorrer.

O art. 180 trata do prazo para manifestação. Após anotar que o MP detém prazo em dobro para se manifestar, o legislador fixa com clareza, suprindo lacuna existente no ordenamento anterior, a partir de que momento se considera efetivada a intimação pessoal.

Aqui o Código nos remete ao art. 183, § 1º, que, ao tratar da contagem de prazo da Fazenda, cujos advogados também detém a prerrogativa da intimação pessoal, estabelece que essa será concretizada por meio de carga, remessa ou meio eletrônico.

Percebe-se, então, que se o MP participa do processo como parte, ele detém o prazo em dobro para se manifestar. E aí, cada ato do processo tem seu prazo previsto (com regra geral, o novo Código procura uniformizar os prazos, de forma que quase todos são de 15 dias).

¹⁰ Art. 554. (...) § 1º No caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, serão feitas a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos demais, determinando-se, ainda, a intimação do Ministério Público e, se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública.

Caso o MP esteja participando como fiscal da ordem jurídica, ou seja, não foi ele quem propôs a demanda, mas sua intervenção é obrigatória por força da presença de uma das hipóteses do art. 178, seu prazo é de trinta dias.

A fixação desse prazo está afinada com a garantia da duração razoável do processo, prevista em sede constitucional no art. 5º, inciso LXXVIII, e reproduzida no novo Código no art. 4º.

Findo o prazo, sem manifestação, seguindo-se a tendência já adotada no parágrafo único do art. 12 da Lei nº 12.016/2009 (Lei do Mandado de Segurança), o art. 180, § 1º determina que o juiz requisitará os autos e dará andamento ao processo.

Nesse caso, podemos presumir que o legislador compreende a falta de manifestação como entendimento do MP no sentido de que sua intervenção não é necessária.

Outra questão que merece uma reflexão mais aprofundada é a do inciso I do art. 178, que dispõe que o Ministério Público intervirá nos casos de interesse público ou social.

Temos aqui, em verdade, duas questões. A primeira diz respeito às eventuais discordâncias entre o Juiz e o Membro do MP quanto à necessidade ou não de intervenção. A solução que existe hoje, ou seja, interposição de agravo, não será mais viável no Novo CPC, em razão da drástica redução das hipóteses de cabimento desse recurso, que deve estar expressamente ressaltadas no art. 1.015.

Por outro lado, também não parece razoável fazer uso do mandado de segurança, eis que não estaria configurado o direito líquido e certo *in casu*.

Melhor seria, a nosso ver, trazer para o CPC a solução que já existe hoje nas Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos Estaduais e da União (artigo 26, inciso VIII da Lei nº 8.625/93, e artigo 6º, inciso XV da Lei Complementar nº 75/93), no sentido de que a intervenção¹¹

¹¹ Mesmo aqueles que reconhecem ao Poder Judiciário a titularidade para aferição da presença ou não do interesse público no caso concreto, são forçados a concluir no sentido de que “não há meios para se coagir o órgão ministerial a participar, de forma que a sua decisão pela negativa vale como palavra final quanto à inexistência de interesse público”. (MACHADO, 1998, p. 389).

deve se dar nos casos em que o Membro do MP visualizar¹² o interesse público.

Mas ainda que adotada tal solução, cairíamos num segundo problema: a discricionariedade e a independência funcional de cada Membro fariam com que não houvesse um padrão, um parâmetro de intervenção, o que geraria instabilidade e insegurança no exercício das funções do Ministério Público.

Com efeito, as expressões “interesse público” e “interesse social” se inserem na tipologia dos conceitos jurídicos indeterminados.

Para tentar, de alguma forma, trazer maior objetividade à questão, em abril de 2010, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Recomendação nº 16, e com isso buscou também uniformizar a intervenção do MP no processo civil¹³.

Interessante observar os *consideranda*¹⁴ adotados no introito do ato administrativo normativo, que apesar de estabelecer uma série de

12 Aragão, em célebre passagem, assenta que “o Juiz ou o Tribunal não são senhores de fixar a conveniência ou a intensidade e profundidade da atuação do Ministério Público. Este é que mede e a desenvolve. A não ser assim, transformar-se-ia o Ministério Público, de fiscal do Juiz na aplicação da Lei, em fiscalizado dele no que tange à sua própria intervenção fiscalizadora”. (ARAGÃO, 1998, p. 284).

13 CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECOMENDAÇÃO nº 16, de 28 de abril de 2010, publicada no DJU, seção única, 16.06.2010, p. 08). Dispõe sobre a atuação dos membros do Ministério Público como órgão interveniente no processo civil. Disponível em : <<http://www.cnmp.gov.br>>. Acesso em: abril de 2014.

14 “CONSIDERANDO a necessidade de racionalizar a intervenção do Ministério Público no Processo Civil, notadamente em função da utilidade e efetividade da referida intervenção em benefício dos interesses sociais, coletivos e individuais indisponíveis;

CONSIDERANDO a necessidade e, como decorrência, a imperiosidade de (re) orientar a atuação ministerial em respeito à evolução institucional do Ministério Público e ao perfil traçado pela Constituição da República (artigos 127 e 129), que nitidamente priorizam a defesa de tais interesses na qualidade de órgão agente;

CONSIDERANDO a justa expectativa da sociedade de uma eficiente, espontânea e integral defesa dos mesmos interesses, notadamente os relacionados com a hipossuficiência, a probidade administrativa, a proteção do patrimônio público e social, a qualidade dos serviços públicos e de relevância pública, a infância e juventude, as pessoas portadoras de deficiência, os idosos, os consumidores e o meio ambiente;

CONSIDERANDO a iterativa jurisprudência dos Tribunais pátrios, inclusive sumuladas, em especial dos Egrégios Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça;

critérios objetivos, ressalva que deve ser respeitada a independência funcional dos membros da Instituição, razão pela qual o ato é expedido sem efeito vinculativo.

Nesse sentido, a Recomendação elenca as hipóteses nas quais, em regra, é desnecessária¹⁵ a intervenção do MP.

Por fim, o art. 181 repete a previsão do art. 85 do CPC / 73, trazendo as hipóteses de responsabilidade do membro do Parquet, quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções.

Observe-se que o legislador acrescentou o termo "regressivamente", esclarecendo importante questão que havia ficado obscura no ordenamento anterior. Com efeito, em sede constitucional, o art. 37, § 6º estabelece que a responsabilidade civil do funcionário público é regressiva¹⁶.

Desta forma, me parece claro que, a partir de agora, aquele que se sentir prejudicado pela atuação de um Membro do MP, e reputar que a conduta se deu por dolo ou fraude, deve acionar o Estado, que, por sua vez, deterá direito de regresso contra o agente.

4.2 Dispositivos específicos

Passaremos a examinar, a partir de agora, alguns dispositivos que regulam a atividade do MP na Parte Geral do Novo CPC, e que se encontram dispersos ao longo do texto.

CONSIDERANDO a exclusividade do Ministério Público na identificação do interesse que justifique a intervenção da Instituição na causa;" (Resolução CNMP nº 16/10)

15 "Art. 5º. Perfeitamente identificado o objeto da causa e respeitado o princípio da independência funcional, é desnecessária a intervenção ministerial nas seguintes demandas e hipóteses:

16 "Responsabilidade objetiva do Estado por atos do Ministério Público (...). A legitimidade passiva é da pessoa jurídica de direito público para arcar com a sucumbência de ação promovida pelo Ministério Público na defesa de interesse do ente estatal. É assegurado o direito de regresso na hipótese de se verificar a incidência de dolo ou culpa do preposto, que atua em nome do Estado." (AI 552.366-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 6-10-2009, Segunda Turma, DJE de 29-10-2009.) Vide: RE 551.156- AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 10-3-2009, Segunda Turma, DJE de 3-4-2009.

4.2.1 Arguição de incompetência relativa pelo MP

Art. 65. Prorrogar-se-á a competência relativa se o réu não alegar a incompetência em preliminar de contestação.

Parágrafo único. A incompetência relativa pode ser alegada pelo Ministério Público nas causas em que atuar.

Com a nova regra, fica claro que o MP pode suscitar ambas as formas de incompetência, e independentemente da modalidade de sua participação no processo (ou como parte e fiscal da lei, ou apenas como fiscal da ordem jurídica). Obviamente, intervindo como fiscal, não ofertará contestação e, nesse caso, a incompetência deverá ser suscitada em sua manifestação (cota ou parecer).

Apesar da redação do dispositivo, uma controvérsia certamente surgirá em breve. E se o Promotor não suscita em sua primeira manifestação? Haveria também, aqui, a ocorrência da prorrogação da competência, fazendo-se uma interpretação sistemática com a regra do caput? Arrisco uma resposta afirmativa, eis que o parágrafo único que cuida da participação do MP está diretamente ligado ao que está determinado na cabeça do artigo.

Mas poderíamos, ainda, ir mais longe. E se a hipótese é de incompetência relativa, o réu não alega na contestação, e o MP a enfrenta em sua primeira manifestação, assim que tem vista dos autos?

Por questão de coerência, penso que deve o juiz acolher a promoção do MP e determinar a remessa dos autos ao juízo competente, eis que legislador, ao permitir que o Promotor "fiscal da ordem jurídica" suscite tal questão, acabou criando hipótese de legitimação concorrente. Assim, a inércia de um legitimado não deve impedir que a providência seja efetivada por outro, a menos que haja exceção no texto legal, o que não me parece ser o caso.

4.2.2 Curadoria Especial e Intervenção do MP

Art. 72. O juiz nomeará curador especial ao:

I – incapaz, se não tiver representante legal ou se os interesses deste colidirem com os daquele, enquanto durar a incapacidade;

II – réu preso revel, bem como ao réu revel citado por edital ou com hora certa, enquanto não for constituído advogado.

Parágrafo único. A curatela especial será exercida pela Defensoria Pública, nos termos da lei.

O art. 72 trata da curadoria especial e corresponde ao atual art. 9º do CPC / 73. Não há diferença quanto às hipóteses de cabimento, sendo certo que o novo CPC criou limites para as hipóteses dos dois incisos (“enquanto durar a incapacidade”, no inciso I, e “enquanto não for constituído advogado”, no inciso II), e há uma definição sobre quem deve exercer esse papel, no parágrafo único do art. 72.

Como cediço, o curador especial é uma figura *suis generis* que intervém no feito a pedido do juiz, para garantir os princípios da ampla defesa e do contraditório sempre que, por conta de determinados incidentes processuais, uma das partes fica em situação de inferioridade. É um corolário da igualdade no sentido material, e que se manifesta apenas nas estritas hipóteses previstas pelo Código.

Pela nova redação do parágrafo único do art. 72, a curadoria especial deve ser exercida por defensor público ou por advogado dativo, na ausência do primeiro. Este dispositivo está em consonância com o art. 4º, inciso XVI da Lei Complementar nº 80/94, com redação dada pela Lei Complementar nº 132/09.

Numa primeira leitura, parece não haver qualquer dificuldade na compreensão e interpretação deste dispositivo. Ocorre que, na prática, algumas questões têm surgido, sobretudo nos casos em que a Defensoria Pública requer sua intervenção no feito, invocando condição de curador especial, mesmo quando a hipótese não está expressamente prevista no art. 9º do CPC, e o MP já está intervindo no feito regularmente.

Isso ocorreu num passado recente, em alguns procedimentos na área da infância e juventude no Estado do Rio de Janeiro, e provocou algumas consequências processuais danosas às partes.

Nesse sentido, é preciso que fique claro que as hipóteses de curadoria especial são exaustivas, e dependem, necessariamente, de provocação judicial. Não custa lembrar que o processo envolve apenas as partes interessadas. Terceiros e outras figuras vêm ao processo apenas em hipóteses pré-definidas pelo legislador, cabendo ao juiz avaliar a sua aplicabilidade ao caso concreto.

Nem mesmo o Ministério Público, diante de seu gigante papel constitucional, pode intervir aleatoriamente em qualquer feito, sob pena de desvirtuar o modelo legal e causar um desequilíbrio naquela demanda.

Imagine o caos que se instalaria se o MP resolvesse intervir em determinados processos, sob o pretexto da ampliação do alcance da expressão interesse público contida no inciso III deste dispositivo.

De se notar, ainda, que a curadoria especial não é uma forma de intervenção de terceiros, e muito menos se assemelha à assistência. E ainda que se buscasse uma eventual interpretação analógica, seria necessário demonstrar interesse jurídico no feito e obter a concordância do assistido, demonstrando que sua intervenção é positiva, ou seja, vai contribuir para a melhoria da qualidade da prestação jurisdicional, e não gerar confusão, incidentes desnecessários, ou mesmo uma superposição de papéis constitucionais que devem ser mantidos separados.

Ao contrário do que pode parecer inicialmente, neste caso, o fato de haver duas instituições tutelando o mesmo interesse não significa uma proteção maior. Isto porque o processo é algo complexo por natureza. Quanto mais pessoas são integradas à relação processual, mais atos são necessários, e maior é a quantidade de recursos, providências e incidentes cabíveis.

O abuso do instituto leva, portanto, às interferências indevidas, quer na seara da advocacia privada, quer no âmbito de atuação do Ministério Público.

Não se pode esquecer que o art. 134 da Constituição desenha as atribuições da Defensoria Pública de forma a não colidir e muito menos invadir a esfera de atribuições das demais instituições.

A título de exemplo, citamos a discussão sobre a extensão da legitimidade da Defensoria Pública para as ações coletivas, fruto da Lei nº 11448/07. A questão permaneceu controversa durante dois anos, tendo dado azo, inclusive, a propositura de uma ADIN no STF; só foi pacificada com a LC 132/09, que no art. 4º, incisos VII e VIII, limitou o uso dos processos coletivos às hipóteses do art. 5º, inciso LXXIV da Constituição da República, observado o interesse de grupo de pessoas hipossuficientes¹⁷.

Talvez seja a hora de se amadurecer a necessidade de um mecanismo que recoloca a curadoria especial dentro dos limites buscados originalmente pelo legislador, pois, caso tais práticas continuem, o abuso da curadoria especial, ao invés de contribuir para a efetivação de um processo justo, levará à embates institucionais e prejudicará, justamente, aquele que se pretendia, inicialmente, auxiliar.

Na linha do que está sendo ponderado aqui, o Relatório¹⁸ da Câmara dos Deputados inseria um § 2º no art. 72 do então P.L. 8.046/10. Na versão final do novo CPC tal dispositivo foi suprimido.

Contudo, não obstante a omissão legal, a questão restou pacificada no âmbito da jurisprudência. Nesse sentido, colhemos precedente do STJ¹⁹ de março de 2012, que examina a questão com

17 Para maiores informações sobre essa questão, remetemos o leitor a PINHO (2007, p. 137- 154).

18 A Justificativa apresentada no relatório é a seguinte: “A desnecessidade da nomeação do curador especial nessas hipóteses está no fato de que o Ministério Público é a parte no processo é já possui atribuição constitucional para a tutela dos direitos do incapaz. A nomeação de curador especial seria desnecessária e inútil. A lacuna legislativa sobre essa questão vem afetando inúmeros processos, com nítidos prejuízos para a tutela de crianças e adolescentes, tendo havido edição de enunciados jurisprudenciais pelos Tribunais de Justiça dos Estados do Rio Grande do Sul e do Rio de Janeiro, estando a matéria sob apreciação do Superior Tribunal de Justiça, com decisões majoritárias no sentido da proposta ora formulada”.

19 DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. AÇÃO AJUIZADA PELO MP. DEFENSORIA PÚBLICA. INTERVENÇÃO. A Turma firmou entendimento de que é desnecessária a intervenção da Defensoria Pública como curadora especial

clareza e precisão, bem como recente posicionamento doutrinário (DIDIER Jr. e GODINHO, 2014, p. 45).

4.2.3 Nulidade pela falta de intervenção do MP

Art. 279. É nulo o processo quando o membro do Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir.

§ 1º Se o processo tiver tramitado sem conhecimento do membro do Ministério Público, o juiz invalidará os atos praticados a partir do momento em que ele deveria ter sido intimado.

§ 2º A nulidade só pode ser decretada após a intimação do Ministério Público, que se manifestará sobre a existência ou a inexistência de prejuízo.

Embora o art. 246 do CPC / 73 sempre tenha sido usado para ilustrar hipótese de nulidade absoluta, a jurisprudência há muito vinha relativizando o vício, exigindo a demonstração efetiva de prejuízo para o reconhecimento do vício.

Agora parece que o texto do novo Código vai dar uma nova feição ao instituto, prestigiando o MP, deverá ser intimado a fim

do menor na ação de destituição de poder familiar ajuizada pelo Ministério Público. Na espécie, considerou-se inexistir prejuízo aos menores aptos a justificar a nomeação de curador especial. Segundo se observou, a proteção dos direitos da criança e do adolescente é uma das funções institucionais do MP, consoante previsto nos arts. 201 a 205 do ECA. Cabe ao referido órgão promover e acompanhar o procedimento de destituição do poder familiar, atuando o representante do Parquet como autor, na qualidade de substituto processual, sem prejuízo do seu papel como fiscal da lei. Dessa forma, promovida a ação no exclusivo interesse do menor, é despicienda a participação de outro órgão para defender exatamente o mesmo interesse pelo qual zela o autor da ação. Destacou-se, ademais, que não há sequer respaldo legal para a nomeação de curador especial no rito prescrito pelo ECA para ação de destituição. De outra parte, asseverou-se que, nos termos do disposto no art. 9º do CPC, na mesma linha do parágrafo único do art. 142 do ECA, as hipóteses taxativas de nomeação de curador especial ao incapaz só seriam possíveis se ele não tivesse representante legal ou se colidentes seus interesses com os daquele, o que não se verifica no caso dos autos. Sustentou-se, ainda, que a natureza jurídica do curador especial não é a de substituto processual, mas a de legitimado excepcionalmente para atuar na defesa daqueles a quem é chamado a representar. Observou-se, por fim, que a pretendida intervenção causaria o retardamento do feito, prejudicando os menores, justamente aqueles a quem se pretende proteger. Precedente citado: Ag 1.369.745-RJ, DJe 13/12/2011.REsp 1.176.512-RJ, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 1º/3/2012. (Informativo STJ 492).

de que se manifeste sobre eventual prejuízo advindo de sua não intervenção no passado.

O Relatório apresentado pela Câmara dos Deputados previa, ainda, a inserção de um § 3º no texto, tratando da possibilidade de suprimento do vício pela manifestação de seu próprio órgão que atua em sede recursal, o que também é admitido em sede jurisprudencial. Contudo, essa última previsão foi excluída da versão final do Código.

De certa forma, o dispositivo é coerente. Embora caiba ao MP decidir em que hipóteses deve intervir (art. 26, inciso VIII da Lei nº 8.625/93), parece realmente um exagero criar uma presunção absoluta de que a falta de intervenção gera, automaticamente e por si só, vício que contamina todo o ato e demanda a sua anulação, sem possibilidade sanatória.

O dispositivo também vem ao encontro da ideia, já referida anteriormente, de se reduzir as hipóteses de intervenção do Ministério Público nos processos cíveis.

Conclusões

Nesse momento final, não obstante as inovações técnicas propostas e comentadas, gostaria de chamar a atenção para a questão da racionalização da intervenção do Ministério Público nos feitos cíveis.

Sem querer repetir tudo o que já foi dito nas linhas acima, e ao mesmo tempo, sem pretender esgotar o assunto, tenho para mim que este é o ponto central da questão.

Se, de um lado, se fala na necessidade de trabalhar com filtros ao Acesso à Justiça, de se sumarizar a tutela, sobretudo nos casos de demandas repetitivas, de se criar precedentes de observância obrigatória e de se limitar o acesso aos Tribunais Superiores, também no âmbito do Ministério Públicos deve haver o amadurecimento das reais prioridades da instituição, sempre tendo em vista a mais ampla proteção ao interesse público.

Em tempos de neoconstitucionalismo e pós modernidade as instituições têm que rever seus próprios alicerces, se reinventar, auscultar a opinião pública, discutir aberta, pública e amplamente sua natureza e função, e, por fim, orientar a sua atuação para o futuro.

Num passado positivista, com instituições estatais imponentes e sujeitas a pouco controle, e ainda com a sociedade civil desorganizada e fraca, realmente era necessário ter um Ministério Público com amplo espectro de intervenções em feitos cíveis. Se a regra era a observância estrita do texto legal, por certo deveríamos ter um órgão que fiscalizasse se todas as leis estavam sendo devidamente cumpridas.

Nos dias atuais, contudo, observa-se que as próprias estruturas governamentais já tem se reestruturado, por bem ou por mal. Temos conselhos de fiscalização, ouvidorias, instâncias administrativas e judiciais de controle, e a opinião pública tem cada vez mais vez e voz.

Ainda sim, é certo que ainda há muito a ser feito, e nosso ordenamento ainda precisa de um fiscal.

Contudo, parece haver um consenso, tanto dentro como fora do Ministério Público, que neste momento a sociedade precisa mais de um órgão agente do que de um interveniente. Há maior demanda de ações a serem tomadas do que simplesmente de uma postura fiscalizatória do que já está sob o crivo do Judiciário.

Se ainda há tanto a se fazer nas áreas do meio ambiente, consumidor, improbidade administrativa, crime organizado, infância e juventude, idosos, portadores de deficiências e violência doméstica, o caminho é a racionalização das funções interventivas a fim de possamos nos focar nos pontos em que os direitos de primeira e segunda dimensão ainda não estão suficientemente protegidos.

Desse modo, o NCPC mantém, com alguns pequenos ajustes, a regra genérica da intervenção do MP, mas não especifica, a fundo, as hipóteses.

Bem andou o legislador, pois esta matéria não é afeta ao objeto do novo Código. Ao mesmo tempo, essa opção legislativa preserva a independência funcional da Instituição, eis que cabe ao

CNMP, ouvidos todos os órgãos de classe (como aliás tem sido feito), disciplinar de forma minudente tais situações.

Mesmo assim, o ato normativo expedido pelo CNMP não deve ser dotado de caráter vinculativo, vez que impende respeitar a independência funcional individual de cada promotor.

Os membros, por sua vez, num primeiro momento devem seguir a orientação do CNMP, prestigiando o Princípio da Unidade. Contudo, caso verifiquem que, naquele caso concreto, diante de uma situação peculiar, devem adotar outra postura, poderão tranquilamente fazê-lo, desde que fundamentem seu ponto de vista, mais uma vez em nome da coesão institucional.

Referências

ARAGÃO, Moniz de. Comentários ao Código de Processo Civil. v. 2. 9ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CALAMANDREI, Piero. Eles, os Juízes, Vistos por nós, os Advogados. 7ª ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1992.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. O Ministério Público no Processo Civil e Penal - Promotor Natural - Atribuição e Conflito, Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. A Atuação do Ministério Público na Área Cível. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

DIDIER Jr., Fredie; GODINHO, Robson Renault. Questões atuais sobre as posições do Ministério Público no processo civil brasileiro. Revista de Processo. vol. 237, nov. /2014.

FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo (Coord.). Ministério Público - Instituição e Processo. São Paulo: Atlas, 1997.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. Princípios Institucionais do Ministério Público. Rio de Janeiro: s/ editora, 1996.

GRECO, Leonardo. Instituições de Direito Processual Civil. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Funções Institucionais do Ministério Público. São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, 1991.

_____. O Acesso à Justiça e o Ministério Público. São Paulo: Saraiva, 1998.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Justiça no Limiar do Novo Século. In Temas de Direito Processual, Quarta Série. São Paulo: Saraiva, 1994.

PACHECO, José da Silva. Evolução do Processo Civil Brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Direito Processual Civil Contemporâneo. Vol. 1. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012.

_____. Princípios Institucionais do Ministério Público – Legislação Compilada. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. A Legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações civis públicas, In Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, vol. 22, 2007, pp.137/154.

_____. A Importância da Atuação Extrajudicial do Ministério Público na Tutela do Interesse Coletivo. In Boletim Informativo MP em ação, ano 1, nº 3, p. 04, novembro de 2000, editado pelo Centro de Estudos Jurídicos do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

_____. Comentários ao novo CPC. Disponível em: <<http://humbertodalla.blogspot.com>> . Acesso em: abril de 2012.

_____. A Feição do Ministério Público no Projeto do Novo CPC, In Revista da Associação Mineira do Ministério Público, vol. 27, 2013, pp. 75/98.

ROCHA, Clóvis Paulo da. O Ministério Público como Órgão Agente e como Órgão Interveniente no Processo Civil, In Revista do Ministério Público da Guanabara, vol. 17, 1973.

SAUWEN FILHO, João Francisco. Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SILVA, Ovídio Batista da. GOMES, Fabio Luiz. Teoria Geral do Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

VIGILAR, José Marcelo Menezes. MACEDO Jr, Ronaldo Porto (org.). Ministério Público II – Democracia, São Paulo: Atlas, 1999.

ZANON, Nicolò. Pubblico Ministero e Costituzione. Milano: Cedam, 1996.

O controle social da Administração Pública por meio da Ouvidoria

Joventino Pereira da Costa Junior¹

Resumo

O presente trabalho tem como núcleo o questionamento relacionado à necessidade de as Ouvidorias, enquanto instrumento social de controle, terem um papel mais participativo na estrutura dos órgãos públicos. O objetivo geral foi verificar o modo de estruturação das ouvidorias no âmbito da Administração Pública que lhes garanta a devida autonomia. A relevância deste tema para a área de conhecimento das ciências sociais aplicadas reside na adoção, pela República Federativa do Brasil, do regime político-democrático, do qual os cidadãos participam direta ou indiretamente, por meio de seus representantes. A pesquisa teve caráter exploratório e qualitativo, adotando-se o procedimento bibliográfico e documental. As Ouvidorias têm sido um canal direto de comunicação posto à disposição dos administrados, mas com características de órgão subalterno. Assim, no decorrer da explanação do presente artigo, pretende-se demonstrar a imperatividade de este órgão da Administração Pública encontrar-se na cúpula das Instituições, viabilizando uma atuação além do usual recebimento de manifestações dos

¹ Técnico Ministerial – Assistência Administrativa no Ministério Público do Estado do Tocantins. Bacharel em Direito pela Fundação Universidade Federal do Tocantins. E-mail: jjunior.costa@hotmail.com

cidadãos e devido encaminhamento para setores competentes, buscando, além disso, dar-lhe prerrogativas para intervir diretamente nas decisões fundamentais e importantes da própria Administração Pública, legitimada para tanto pela própria vontade do povo. O amadurecimento do Estado Democrático de Direito, restabelecido pela Constituição Cidadã promulgada em 1988, teve como consequência, perceptível no decorrer de pouco mais de duas décadas, a consolidação dos princípios e práticas democráticas. Portanto, o fortalecimento de canais e instrumentos diretos de comunicação com o povo, tais como as Ouvidorias, somente tem razão de ser quando tais ferramentas venham efetivamente concretizar as mudanças de paradigmas no íntimo da Administração Pública.

Palavras-chave: *Ouvidorias; Paradigmas; Estrutura; Constituição; Democracia.*

Resumen

El texto tiene como eje reflejar sobre la importancia de las “Ouvidorias” como los sectores de verificación y control del cumplimiento de las prácticas de los organismos públicos. El objetivo general fue verificar la estructura de las “Ouvidorias” por lo que depende de la Administración Pública para garantizarles su propia autonomía. Las “Ouvidorias” son un canal directo de comunicación entre el cuerpo subordinado con los responsables de la gestión en la Administración Pública. En el este texto se demuestra la imperiosa necesidad de este órgano de la administración pública para reunirse en la cumbre de las instituciones, lo que permite un rendimiento más allá de las manifestaciones habituales de recepción de los ciudadanos y por referencia a los sectores correspondientes, buscando, además que se le dan poderes para intervenir directamente en las decisiones importantes y fundamentales de la propia Administración Pública. La maduración del Estado Democrático de Derecho, hacia la Constitución Federal promulgada en 1988, poco más de dos décadas tiene

como resultado la consolidación de los principios y prácticas democráticas. El fortalecimiento de los canales y herramientas de comunicación directa con las personas, sólo tiene razón de ser cuando las “Ouvidorias” se den cuenta de una manera efectiva del cambio de paradigma en las estructuras de la Administración Pública.

Palabras clave: *Ouvidorias; Paradigmas, Estructura; Constitución; Democracia.*

Introdução

No momento em que a Constituição Federal consagra o Brasil como um Estado Democrático de Direito, o exercício das atividades estatais não pode desconsiderar as características advindas desse modelo constitucional, devendo, portanto, ser baseado nos princípios democráticos que o norteiam.

Disso resulta que a sujeição das atividades administrativas do Poder Público ao mais amplo controle possível é imprescindível, haja vista também o fato do titular do patrimônio público ser o povo e não a própria Administração.

Assim, enquanto gestora da coisa pública deve a Administração pautar a totalidade de suas ações pela mais ampla forma de transparência, visando sempre possibilitar ao titular da coisa pública (diga-se, o povo), em qualquer momento, ter condições de verificar a eficiência da gestão e, mais ainda, influir e determinar os rumos a serem tomados pelo Estado.

Em que pese à dificuldade de uma sistematização do tema “controle da administração pública”, por falta de diplomas legais unificados, é certo que há um esforço dos atores centrais do Estado Brasileiro em instituir e dar continuidade à evolução dos instrumentos para o efetivo e importante controle da máquina pública, inclusive em sFede constitucional, como pode ser observada com a criação e regulamentação do Conselho Nacional

de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, materializadas pela Emenda Constitucional 45/2004.

Nesse diapasão, a recente disseminação e estruturação das Ouvidorias nos mais diversos Órgãos da Administração Pública, alcançando todos os “Poderes do Estado”, vai ao encontro dessa perspectiva de estabelecimento de meios de controle estatal e de sua paulatina evolução.

2. Brasil: um Estado Democrático de Direito

Para que um Estado possa ser considerado Democrático de Direito é imprescindível, primeiramente, que todo poder emane do povo, bem como que a proteção e garantia dos direitos fundamentais sejam uma questão primordial, como meio de proteção e respeito aos cidadãos. (BULOS, 2008).

A positivação desse modelo político revela um conceito novo, na medida em que há um processo dialético entre eles e não a mera junção formal do princípio de Estado de Direito e do Estado Democrático, como bem observado pelo professor Cunha Júnior (2014, p.420):

Efetivamente, o Estado Democrático de Direito é princípio fundamental que reúne os princípios do Estado de Direito e do Estado Democrático, não como simples reunião formal de seus respectivos elementos, tendo em vista que revela um conceito novo que os supera, mas como providência de transformação do status quo e garantia de uma sociedade pluralista, livre, justa e solidária, em que todo o poder emana do povo e seja exercida em benefício do povo, com o reconhecimento e a afirmação dos direitos humanos fundamentais que possam realizar, na sua plenitude, a dignidade da pessoa humana.

Assim, extrai-se que o Estado Democrático de Direito é construído sobre o conceito de soberania popular, uma vez que a base da Democracia está relacionada à noção de governo do povo, pelo povo e para o povo.

3. Soberania popular e a administração pública

A Constituição da República Federativa do Brasil consagra o princípio da soberania popular ao descrever logo em seu primeiro artigo, o qual trata dos fundamentos do Estado-Nação, que todo poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes eleitos.

A República Federativa do Brasil adotou, portanto, uma democracia representativa, que mistura as formas de representatividade com as de participação popular, cuja tendência segue para uma democracia participativa. O professor Cunha Júnior (2014, p. 421) conclui no mesmo sentido:

Quando a Constituição afirma que o povo exerce o seu poder por meio de representantes eleitos, ela explicita a Democracia representativa; contudo, quando indica que o povo exerce o seu poder diretamente, ela exprime a Democracia direta. Da junção da Democracia representativa e Democracia direta temos um modelo misto de Democracia semidireta, que nada mais é senão uma Democracia representativa com alguns institutos ou mecanismos de participação direta do povo na formação da vontade política nacional. Da Semidireta se desenvolve a chamada Democracia participativa.

Na condição de titular da soberania, o povo, no legítimo exercício da cidadania, busca formas mais efetivas de participação na escolha dos rumos traçados para o Estado, uma vez que sofrerá reflexos destas medidas.

O povo, enquanto titular do poder soberano delegado ao Estado, transfere a este a legitimidade para a organização e estruturação de instrumentos com vistas à satisfação dos anseios da comunidade, ou seja, do bem comum.

A administração é o instrumento de que dispõe o Estado para concretizar as opções políticas estatais decorrentes da atuação do governo legitimamente instituído pelo povo.

Para Meirelles (2010, p. 63), a Administração Pública deve ser conceituada com base nos seguintes critérios: o formal, que define a Administração como um conjunto de órgãos instituídos para a consecução dos objetivos do Governo; o material, que estabelece um conjunto de funções necessárias para os serviços públicos; e o operacional, que a define como o desempenho perene e sistemático, legal e técnico dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade. Nessa linha de raciocínio, pode-se afirmar, com base na doutrina de Meirelles, que a Administração Pública pode ser conceituada considerando-se tanto o aspecto formal – conjunto de órgãos, a estrutura estatal – quanto o material – a atividade administrativa exercida pelo Estado.

Sobre a atividade administrativa, Marinela (2012, p. 19) tece as seguintes considerações:

A atividade administrativa é a gestão de bens e interesses qualificados da comunidade, de âmbito federal, estadual e municipal, segundo os preceitos do Direito e da Moral, visando ao bem comum. Representa toda atividade desenvolvida pela Administração, protegendo os interesses da coletividade, e decorre do fato de o Brasil ser uma República, em que toda atividade desenvolvida deve privilegiar a coisa pública.

Portanto, a Administração exerce um múnus público com o fim de resguardar interesses de terceiros, quais sejam, da comunidade, do povo, e ao exercê-la deve ter sempre em mente a adstrição a um dever de defesa, conservação e aprimoramento dos bens, serviços e interesses da coletividade.

4. Controle da Administração pública

O ordenamento jurídico pátrio peca por não dispor de um diploma legal específico que discipline a questão do controle da administração pública, consequência previsível diante do fato de que

o próprio Direito Administrativo, entendido como um ramo do direito, para fins didáticos, não possui essa unidade.

O resultado prático dessa situação é a dificuldade de sistematização do tema por estar ele disperso em diversos diplomas legais e até mesmo na Constituição Federal, motivo pelo qual não é abordado em título ou mesmo capítulo específico.

De todo modo, a atividade administrativa do Poder Público está sujeita a um amplo controle porque, como já abordado, a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito, não podendo o Administrador, enquanto agente responsável por exteriorizar a vontade da Administração, conduzir a coisa pública ao seu bel prazer, às margens do interesse público e dos princípios constitucionais norteadores do Estado.

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2009, p. 739-740) pontuam que o controle da administração é corolário do fato de o povo ser o titular da coisa pública, vejamos:

(...) a ideia central, quando se fala em controle da administração pública, reside no fato de o titular do patrimônio público (material e imaterial) ser o povo, e não a administração pública, razão pela qual ela se sujeita, em toda a sua atuação, sem qualquer exceção, ao princípio da indisponibilidade do interesse público. Assim sendo, na qualidade de mera gestora da coisa alheia, sem que dela possa dispor, deve a administração pública pautar a integralidade de suas condutas pela mais ampla transparência, a fim de que o efetivo titular da coisa pública possa, a todo tempo, ter condições de verificar se esta – a coisa pública – está realmente sendo gerida de forma mais adequada ao interesse público.

Nesse sentido, para Marinela (2012, p.1011), por vivermos num Estado Democrático de Direito, no qual a coletividade é quem “sustenta” a Administração Pública, geralmente pelo pagamento de tributos, surge a necessidade de modos de controle do exercício de sua atividade, com a finalidade de sempre verificar se o “bem comum” está sendo perseguido.

Outrossim, a Jurisprudência tem sedimentado o entendimento relativo à possibilidade do controle da Administração, posto que o exercício do múnus público não pode ser desenvolvido ao arrepio de qualquer tipo de controle, como vemos a seguir:

ADMINISTRATIVO. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS - DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MANIFESTA NECESSIDADE. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENTES DO PODER PÚBLICO. NÃO Oponibilidade DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. NÃO HÁ OFENSA À SÚMULA 126/STJ. 1. **Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa.** Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente importantes. 2. Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. 3. In casu, não há impedimento jurídico para que a ação, que visa a assegurar o fornecimento de medicamentos, seja dirigida contra o Município, tendo em vista a consolidada jurisprudência do STJ: "o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros" (REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005). 4. Apesar de o acórdão ter fundamento constitucional, o recorrido interpôs corretamente o Recurso Extraordinário para impugnar tal matéria. Portanto, não há falar em incidência da Súmula 126/STF. 5. Agravo Regimental não provido. (STJ - AgRg no REsp: 1107511 RS 2008/0265338-9, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 21/11/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/12/2013) (grifo nosso)

De acordo com Di Pietro (2010, p. 728), o controle exercido sobre a administração visa resguardar a observância dos princípios sob os quais estão alicerçados o Estado, ou seja, o controle tem como finalidade:

(...) assegurar que a administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade; em determinadas circunstâncias, abrange também o controle chamado de mérito e que diz respeito aos aspectos discricionários da atuação administrativa.

Importante frisar que o controle da Administração não se confunde com o controle político do Estado, posto este tratar especificamente de questões originárias da teoria de separação dos poderes de Montesquieu, tendo como objetivo a preservação e o equilíbrio das instituições democráticas. O Controle político é matéria afeta ao Direito Constitucional e têm-se como exemplo a declaração do estado de defesa ou estado de sítio e a aprovação do orçamento.

4.1 Controle Legislativo

Controle legislativo ou parlamentar, segundo Meirelles (2010, p. 736), é aquele exercido pelos órgãos legislativos (Congresso Nacional, Assembleias Legislativas e Câmaras de Vereadores) ou por comissões parlamentares sobre determinados atos do Executivo na linha da legalidade e da conveniência pública, caracterizando-se, à primeira vista, como um controle eminentemente político, independente dos direitos individuais dos administrados, com o fim último de tutelar os superiores interesses do Estado e da comunidade.

Não obstante o exercício do controle político, o Legislativo é o titular do controle externo da Administração Pública, nos termos estabelecidos pela própria Constituição Federal, e realiza, com o auxílio do Tribunal de Contas, o controle contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial relativo à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas.

4.2 Controle Jurisdicional

Há, conforme apontado na doutrina, dois modelos tradicionalmente adotados quanto ao controle da atuação administrativa dos entes estatais, quais sejam: o sistema do contencioso administrativo (sistema francês) e o sistema de jurisdição una.

O ordenamento jurídico nacional adotou o sistema de jurisdição una, dando ao Poder Judiciário o monopólio da função jurisdicional e permitindo que seus julgados alcancem a lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais e coletivos, em consonância com o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional. (DI PIETRO, 2010, p.747)

O Controle jurisdicional da Administração Pública incide sobre os atos administrativos, os processos e os contratos administrativos, os atos materiais e até mesmo as omissões ou inércia da administração (MEDAUAR, 2010, p.406).

Desse modo, o Judiciário exerce o controle de legalidade, verificando a conformidade da atuação administrativa com os elementos de competência, finalidade e forma, e o controle de legitimidade, verificando se o motivo e o objeto estão em consonância com os princípios da própria administração, em especial os da razoabilidade e proporcionalidade.

Por outro lado, não cabe o controle judicial sobre o mérito administrativo, em respeito ao sistema constitucional de repartição de funções, pois a liberdade de escolha dada ao administrador, dentro de um juízo adequado, razoável e proporcional, é prerrogativa inerente a sua própria atividade.

O referido controle incide especificamente sobre a atividade administrativa do Estado, independentemente de qual “Poder” o esteja desempenhando. Alcança os atos administrativos do Executivo, bem como os atos do Legislativo e do próprio Judiciário, nos quais se desempenham a atividade administrativa de modo atípico. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 962)

4.3 Controle Administrativo

Controle administrativo, nas lições doutrinárias de Di Pietro, “é o poder de fiscalização e correção que a Administração Pública (em sentido amplo) exerce sobre sua própria atuação, sob os aspectos de legalidade e mérito, por iniciativa própria ou mediante provocação” (2010, p. 730).

Na linha de pensamento de José dos Santos Carvalho Filho, é aquele “exercido pelo Executivo e pelos órgãos administrativos do Legislativo e do Judiciário para o fim de confirmar, rever ou alterar condutas internas, tendo em vista aspectos de legalidade ou de conveniência para a administração” (2009, p. 899).

Não se deve olvidar que a própria Administração Pública, por meio da autotutela, realiza o controle intrínseco, permitindo-lhe rever os seus próprios atos, anulando-os quando eivados de vícios, ou revogando-os quando inconvenientes e inoportunos. Esse entendimento está explicitado nas súmulas nº 346 e nº 473 do Supremo Tribunal Federal (STF). Por isso, o controle realizado pela própria administração é expressão da autotutela.

Podem-se citar como exemplo deste tipo de controle o processo administrativo, a ouvidoria, os recursos administrativos, o direito de petição.

5. A Ouvidoria

A noção de Ouvidoria é originada do termo ombudsman que surgiu na Suécia em 1809, cujo significado encerra-se na figura de “representante do povo”.

Em linhas gerais, a Ouvidoria tem por finalidade servir como um canal de comunicação entre o cidadão e a Administração Pública, buscando o aperfeiçoamento e a melhoria dos padrões de transparência, prestação e eficiência das atividades desenvolvidas pelo Estado com base na perspicaz provocação do cidadão.

No mesmo sentido, Lyra (2011, p.22) entende que o objetivo da ouvidoria pública é a eficiência e eficácia do serviço público, voltando sua atenção para o tratamento adequado e cortês dispensado ao cidadão.

Nesse ponto, visualiza o marco distintivo com a Ouvidoria na esfera privada, pois ali se pretende focar apenas a qualidade do serviço ou produto fornecido para não prejudicar a maximização do lucro e garantir a permanência do cliente.

A ouvidoria pública é um instrumento privilegiado para tornar mais efetiva a democracia, ao proporcionar ao cidadão uma participação ativa na escolha do que será objeto das políticas públicas, razão pelo qual o órgão tem uma atuação modificadora e contribui para o fortalecimento da cidadania, entendida esta não como o simples ato do exercício do sufrágio, no momento da votação nas eleições, mas como a participação diária no funcionamento estatal (LYRA & CARDOSO, 2011, p. 24-25).

Nessas circunstâncias, a Ouvidoria estaria legitimada a ir de encontro ao próprio gestor, se necessário, pois o exercício de suas funções extrapolaria a noção daquelas atribuídas a um servidor comum, constituindo-se como um mandatário da cidadania e dispondo de autonomia.

Em comentários tecidos sobre o ombudsman, Gallo (on line) aborda que esta se trata de uma criação sueca, ocorrida em 1809, com o objetivo de impedir abusos praticados contra cidadãos por servidores públicos, havendo atualmente vários tipos de ombudsman naquele país.

Aguiar² relembra, ainda, que o tribuno da plebe em Roma, no qual atuavam os auxiliares do imperador persa denominados de “Olho do Rei”, pode ser considerado como o antecedente da ideia de ombudsman.

Já nas lições de José Afonso da Silva (2010, p. 675), os Institutos do Ombudsman e da Ouvidoria são antevistos como mecanismos, ou instrumentos, de participação popular, conforme transcrição a seguir:

2 Cf. AGUIAR. Ana Cláudia Allet. O Ombudsman e a Realidade Brasileira. Revista de informação legislativa, v.30, nº 117, p. 145-154, jan./mar. De 1993. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176091>>. Acesso em: 20-05-2014.

O princípio da participação do usuário na Administração Pública foi agora introduzido pela EC 19/98, com o novo enunciado do § 3º do art. 37, que vamos apenas reproduzir, porque a efetivação do princípio depende de lei. Diz o texto: ‘A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública’”.

Entretanto, no Brasil, a expressão ombudsman emprega-se mais usualmente no setor privado, enquanto a denominação Ouvidoria é preponderantemente utilizada no setor público.

5.1 A posição da Ouvidoria na estrutura da administração

As Ouvidorias Públicas são, ao lado de outros canais, a exemplo da Lei de Acesso à Informação, exemplos de instrumentos institucionais e jurídicos que buscam concretizar o princípio da democracia participativa.

As Ouvidorias Públicas brasileiras têm como característica principal o fato de serem órgãos integrantes da estrutura da Administração e exercerem suas ações de modo a funcionarem como um elo entre o cidadão e o Poder Público destinado ao controle dos serviços prestados aos administrados, limitadas, em regra, ao ato de encaminhamento de manifestações direcionadas aos órgãos ali referidos (reclamação, elogio, pedido de informação, denúncia, dentre outros).

Estudo realizado pela Controladoria-Geral da União (CGU), em parceria com a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), em 2011 – com a finalidade de “traçar um panorama da arquitetura organizacional e dos modelos de gestão das Ouvidorias do Poder Executivo Federal”, cuja base de

pesquisa concentrou-se na relação de ouvidorias de órgãos e entidades do Poder Executivo Federal (Ministérios, Agências Reguladoras, Bancos, Instituições de Ensino e Hospitais Públicos) – identificou, entre outras questões, que as ouvidorias, em grande parte, não possuem instrumentos normativos que as regulamentam e em sua grande maioria estão vinculadas ao órgão máximo da instituição.³

Outrossim, os estudos apontaram a ausência de consenso, entre as próprias ouvidorias analisadas, quanto à definição da finalidade da Ouvidoria, prevalecendo a finalidade de busca pela “melhoria do desenvolvimento e o controle dos serviços prestados”.

O cargo de Ouvidor comumente é criado seguindo a natureza comissionada, ou seja, de livre nomeação e exoneração, o que por não garantir a estabilidade necessária a esse agente público, acaba comprometendo sua autonomia e liberdade. Nesse contexto e a título exemplificativo, os cargos de Ouvidor-Geral do Estado do Tocantins e Ouvidor-Geral do Município de Palmas são de provimento comissionado.

Além disso, as Ouvidorias são colocadas como órgãos subalternos e auxiliares, vinculadas administrativamente a um órgão superior, a quem deve se submeter em razão do princípio da hierarquia, viga mestra responsável pela unidade na Administração Pública.

Tal circunstância pode ser facilmente notada nas normas regulamentadoras deste órgão em diversas instituições públicas. Cita-se, a título ilustrativo, a resolução⁴ do Conselho Universitário (Consuni)

3

• 59,3% dos ouvidores entendem que o principal objetivo da Ouvidoria é “a melhoria do desenvolvimento e o controle dos serviços prestados”, 38,5% entendem que é “atender/receber reivindicações/manifestações dos cidadãos” e 35,2% entendem que o principal objetivo é “ser canal de interlocução com a sociedade/instituição”;

• 46% das ouvidorias não possuem instrumentos normativos; aproximadamente, 30% foram criadas há menos de cinco anos e apenas 3% tem mais de 15 de anos de existência; 77% estão vinculadas ao órgão máximo da instituição e do restante, apenas 3% não está subordinada a nenhum tipo de hierarquia institucional; e 32,8% possuem orçamento próprio;

4 Cf. UNIÃO. Fundação Universidade Federal do Tocantins. Resolução do Con-

nº 20/2009, que regulamentou a Ouvidoria no âmbito da Fundação Universidade Federal do Tocantins, in verbis:

O Art. 1º - A Ouvidoria de Serviços Públicos da UFT, **vinculada organizacionalmente à Reitoria, é um órgão de assessoramento administrativo** no que concerne à comunicação com a comunidade visando o aperfeiçoamento das ações institucionais. (on line, grifo nosso)

Percebe-se que as Ouvidorias ainda não estão estruturadas de forma adequada, são subordinadas a outros órgãos e, ao final, servem ao gestor como instrumento de modernização e melhoria de processos, ficando em segundo plano a defesa dos direitos do cidadão.

Como bem observado por Lyra (2004), a não incorporação das ouvidorias no texto constitucional deixou o ordenamento jurídico pátrio sem um referencial de modelo às ouvidorias públicas. Isto explica, segundo este autor, a heterogeneidade dessa instituição no país e o caráter meramente informal de sua existência, apenas como órgãos de fato ou, então, criados por resoluções ou portarias.

Portanto, a Ouvidoria ainda não mereceu papel de destaque dentro da estrutura das Instituições Públicas, fato que precisa ser transformado a fim de dar-lhe prerrogativas para concretizar os anseios da comunidade que provoca sua atuação.

5.2 A Ouvidoria como instrumento efetivo de controle social

A efetividade das Ouvidorias Públicas, no atual modelo de gestão, ainda é uma incógnita, visto que estas ainda não estão consolidadas na Administração pública e que falta familiaridade do próprio cidadão

selho Universitário (CONSUNI) nº 20/2009. Dispõe sobre a criação e instalação da Ouvidoria de Serviços Públicos da UFT. Disponível em: <http://download.uft.edu.br/?d=ce8df226-63c6-4c5c-94da-61de7c972347:20_2009_ouvidoria_uft_criacao_3074.pdf>. Acesso em: 21-05-2014.

para manuseio desse instrumento, uma vez que este não possui a devida preparação para acesso das ferramentas postas à disposição.

Nesse sentido, a efetividade das ações das ouvidorias não prescinde de sê-las autônomas e democráticas, tendo por finalidade geral a defesa dos direitos dos cidadãos. Somente com a disseminação da concepção destes órgãos como um meio de controle social das atividades exercidas pelos administradores públicos é que se conseguirá alavancar o seu papel institucional.

Esse canal de controle social, portanto, necessita de requisitos próprios para o alcance de sua finalidade. Para tanto, no ato normativo de sua criação ou outro congênere, tais órgãos devem ser dotados de requisitos políticos e administrativos que permitam uma atuação livre (CARDOSO, 2012).

O requisito de índole política trata, portanto, da autonomia da Ouvidoria e envolve principalmente a escolha do Ouvidor e sua forma de vinculação institucional. No plano ideal, o Ouvidor não deveria estar subordinado a nenhum outro agente e seria escolhido por um colegiado independente. Outrossim, teria, ainda, atribuição de mandado, com poderes e liberdade para persuadir o próprio dirigente do ente estatal (CARDOSO, 2012).

No que tange aos requisitos de ordem administrativa, Cardoso (2012) afirma que é fundamental para o exercício autônomo das Ouvidorias a observância dos seguintes aspectos: prazo de resposta às interpelações do ouvidor, sob pena de responsabilidade; sigilo aos usuários; acesso irrestrito às informações de que necessita para o encaminhamento das demandas; publicidade das suas atividades por meio de relatórios, nos veículos de maior circulação da instituição; autonomia financeira para obter recursos necessários ao seu funcionamento; e poder investigatório.

Considerando o potencial das Ouvidorias Públicas para serem o principal canal permanente de controle da Administração por parte dos administrados (diga-se, o povo), de quem o poder soberano emana, não há dúvidas de que estes órgãos devem ser estruturados de forma a

deixarem de ser algo em potencial para culminar em ato, conforme as lições do filósofo grego Aristóteles.

De fato, os requisitos apresentados por Antônio Cardoso são elementares e, com base na teoria dos poderes implícitos, cuja origem remonta à Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no precedente *McCulloch vs. Maryland*, no ano de 1819, ao conceder uma função a determinado órgão ou instituição, também lhe confere, implicitamente, os meios necessários para a consecução desta atividade.

Legitimados pelo povo e servindo ao povo, a Ouvidoria deve assumir um dos papéis principais na articulação das políticas públicas, na definição do caminho a ser seguido pelo Estado, o que fortaleceria indubitavelmente o Estado Democrático de Direito, pois, por exemplo, um “simples” cidadão, com uma manifestação “simples” poderia, por intermédio dessa ferramenta, provocar uma mudança significativa na atividade administrativa, desde que, é claro, a Ouvidoria tivesse papel de destaque na estrutura do Poder Público.

Portanto, para alcançar essa finalidade, resta cristalina a necessidade de impulsionar a Ouvidoria, enquanto o órgão de controle que garanta ao cidadão a inserção em uma efetiva democracia participativa, a ter status de órgão superior e autônomo no âmbito do corpo administrativo de todos os “Poderes”, garantida, inclusive, em sede legislativa para impedir eventual retrocesso.

Têm-se exemplos desse ideal de elevação do patamar da Ouvidoria a um órgão de relevância no âmbito de determinadas entidades, dos quais podemos citar a Ouvidoria do Ministério Público do Estado do Amapá⁵ e a Ouvidoria do Município de Santo André, no Estado de São Paulo.

5 Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Amapá. (Lei Complementar nº 079, de 27 de junho de 2013).

Art. 6º- São Órgãos da Administração Superior do Ministério Público:

I- a Procuradoria-Geral de Justiça;

II- o Colégio de Procuradores de Justiça;

III- o Conselho Superior do Ministério Público;

IV- a Corregedoria-Geral do Ministério Público;

V- a Ouvidoria do Ministério Público.

Quanto à Ouvidoria do Município de Santo André, merece destaque o que foi conceituado pelo professor Lyra (2004) como a materialização do controle extraorgânico, na medida em que o Ouvidor, estranho os quadros do funcionalismo municipal, é escolhido pelas entidades mais representativas da sociedade⁶, não tendo qualquer vínculo com os poderes municipais.⁷

6 Lei Municipal nº 8.706, de 22 de dezembro de 2004.

Art. 14. O Ouvidor será eleito dentre pessoas residentes no município de Santo André há pelo menos 1 (um) ano, com notória idoneidade, para um mandato de 2 (dois) anos, por um Colegiado de 17 (dezesete) membros, com a seguinte composição:

I -1 (um) representante indicado em consenso pelas entidades de Santo André filiadas ao Fórum da Cidadania do ABC;

II -1 (um) representante indicado pela ACISA – Associação Comercial e Industrial de Santo André;

III -1 (um) representante indicado pelo CIESP – Centro das Indústrias do Estado de São Paulo – Regional de Santo André;

IV -1 (um) representante indicado pela CUT – Central Única dos Trabalhadores;

V -1 (um) representante indicado pela Força Sindical;

VI -1 (um) representante indicado pelos sindicatos com base territorial no município de Santo André, não filiados a centrais sindicais;

VII -1 (um) representante indicado pelas entidades ligadas a classes profissionais, com base territorial no município de Santo André;

VIII -1 (um) representante indicado pela OAB – Ordem dos Advogados do Brasil – Subseção Santo André;

IX -1 (um) representante indicado pela Federação das Sociedades Amigos de Bairro de Santo André;

X -1 (um) representante indicado pelo Setor Acadêmico de Santo André;

XI -1 (um) representante indicado pelo Conselho Municipal do Orçamento de Santo André;

XII -1 (um) representante indicado pelo Conselho Municipal da Cultura de Santo André;

XIII -1 (um) representante indicado pelo Conselho Municipal da Educação de Santo André;

XIV -1 (um) representante indicado pelo Conselho da Saúde do Município de Santo André;

XV -1 (um) representante indicado pelo Conselho Municipal de Gestão e Saneamento Ambiental de Santo André;

XVI -1 (um) representante indicado pelos Conselhos Municipais de Assistência Social dos Direitos da Criança e do Adolescente e dos Direitos da Pessoa com Deficiência de Santo André;

XVII -1 (um) representante indicado por entidades cuja finalidade seja desenvolver atividades ligadas ao esporte, comprovadamente estabelecidas e em plena atividade no município de Santo André há pelo menos 1 (um) ano

7 Lei Municipal nº 8.706, de 22 de dezembro de 2004. Art. 13. (...) § 3º É vedada a nomeação aos cargos de Ouvidor, Adjunto de Ouvidor e Coordenadores de Programa I de pessoas ligadas ao Prefeito, Vice-Prefeito, detentores de cargos com

O município de Santo André é um dos que compõe o berço do sindicalismo, no famoso ABC paulista, de onde surgiram vários líderes sociais, inclusive um Presidente da República. Compreensível, portanto, a audácia do instrumento legislativo que culminou na implantação e estruturação da Ouvidoria Pública daquele município.

Conforme disposição legal, as manifestações serão analisadas pelo órgão, que poderá, dentre outras medidas, realizar inspeções para melhor posicionamento nos casos suscitados pelo cidadão; indicar pontos de melhoria a serem encaminhados à Administração Pública Municipal quando forem detectadas falhas sistemáticas em determinada prestação de serviço; bem como recomendar a adoção de medidas que alterem os processos de trabalho considerados inadequados e proceder à abertura de processo disciplinar.

Por isso, é fundamental a figura de um Ouvidor com prerrogativas próprias dos agentes ocupantes de cargos da cúpula da Administração, com poder de influir nas decisões principais do Poder Público, extraindo sua legitimidade de atuação do anseio popular, materializada nas manifestações individualizadas dos “cidadãos comuns”.

6. Considerações finais

O povo é o titular da soberania. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes ou diretamente, nos termos definidos no ordenamento jurídico. Isso resulta na ideia de que toda a ação estatal deve obediência ao reclame popular, ou seja, submissão do Estado ao interesse público (diga-se, interesse dos cidadãos coletivamente considerados).

A atividade administrativa do Estado somente se legitima quando exercida em observância ao interesse público, razão pela qual o próprio titular desse interesse tem o poder-dever de fiscalizar e avaliar o correto cumprimento dos ditames sociais.

nível de Secretário Municipal e Vereadores por laços de casamento, afinidade e parentesco em linha reta e/ou colateral, ou transversal, até o 2º grau civil.

A República Federativa do Brasil, por constituir-se em um Estado Democrático de Direito, tem evoluído paulatinamente na questão que trata do controle da Administração Pública pela própria população. Atualmente, são vários os instrumentos positivados e postos à disposição do cidadão para interferir nos rumos a serem seguidos e nas metas a serem alcançadas pela Administração Pública.

Nesse seguimento é que se insere a Ouvidoria, a qual tem ganhado robustez e espaço na história recente de nosso Estado Democrático de Direito.

Entretanto, não basta a existência meramente formal dessa ferramenta que veio com o objetivo de servir de mecanismo de melhoria dos serviços públicos. É preciso ir além e impulsioná-la ao ápice da estrutura das Instituições, dando-lhe paridade com os demais órgão de administração superior. Somente dessa forma esse importante instrumento de controle social poderá efetivamente traduzir a necessidade reprimida do cidadão comum em ganho para a coletividade.

Referências

AGUIAR. Ana Cláudia Allet. O Ombudsman e a Realidade Brasileira. Revista de informação legislativa, v.30, nº 117, p. 145-154, jan./mar. De 1993. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176091>>. Acesso em: 20 de maio 2014.

ALEXADRINO, Marcelo e Paulo, Vicente. Direito administrativo descomplicado. 17. ed. São Paulo: Método, 2009.

AMAPÁ. Lei complementar nº 079: publicada em 27 de junho de 2013. Diário Oficial do Estado do Amapá, Macapá, AP, 27 de junho de 2013. Disponível em: <http://www.al.ap.gov.br/ver_texto_lei.php?iddocumento=45181>. Acesso em: 21 de maio 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº1107511 RS 2008/0265338-9. Agravante: Município de Pelotas. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: HERMAN BENJAMIN. Brasília, 21

de novembro de 2013. DJe: 06/12/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200802653389&dt_publicacao=06/12/2013>. Acesso em: 15 de maio de 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 de maio 2014.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. Diagnóstico das Ouvidorias do Poder Executivo Federal. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Eventos/2012_OGU_IIReuniaoGeral/arquivos/Sumario_Executivo_Relatorio_Diagnostico_das_Ouvidorias.pdf>. Acesso em: 21 de maio 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARDOSO, Antônio Semeraro Rito. Ouvidoria do Banco Central do Brasil: uma leitura crítica. In: CARDOSO, Antonio Semeraro Rito; LYRA, Rubens Pinto (Orgs). Modalidades de Ouvidoria Pública no Brasil: 3ª Coletânea. João Pessoa: Ed. UFPB, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

CUNHA JUNIOR. Dirley da. Curso de direito constitucional. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GALLO, Carlos Alberto Provenciano. O Ouvidor-Geral e o Ombudsman: Duas Instituições Distintas. Revista de informação legislativa, v. 23, nº 92, p. 257-26, out./dez. 1986. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181853>>. Acesso em: 20 de maio 2014.

LYRA, Rubens Pinto. Ouvidorias Públicas e Privadas: Análise Comparativa. In: LYRA, Rubens Pinto e CARDOSO, Antônio Semeraro Rito (Orgs.). Novas Modalidades de Ouvidoria Pública no Brasil. João Pessoa: Ed. Universitária da UFPB, 2011.

_____. Rubens Pinto. Ouvidor: o defensor dos direitos na administração pública brasileira. In: CARDOSO, Antonio Semeraro Rito e LYRA, Rubens Pinto (Orgs.). Autônomas x obedientes: a ouvidoria pública em debate. João Pessoa: Ed. UFPB, 2004.

MARINELA, Fernanda. Direito administrativo. 6 ed. Niteroi: Impetus, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SANTO ANDRÉ. Lei nº 8.706: publicada em 23 de dezembro de 2004. Diário do Grande ABC, Santo André, SP, 22 de dezembro de 2004.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

UNIÃO. Fundação Universidade Federal do Tocantins. Resolução do Conselho Universitário (CONSUNI) nº 20/2009. Dispõe sobre a criação e instalação da Ouvidoria de Serviços Públicos da UFT. Disponível em: <http://download.uft.edu.br/?d=ce8df226-63c6-4c5c-94da-61de7c972347:20_2009_ouvidoria_uft_criacao_3074.pdf>. Acesso em: 21 de maio 2014.

TOCANTINS. Ministério Público do Estado do Tocantins. Resolução nº 02/2009/CPI, de 06 de abril de 2009. Dispõe sobre a regulamentação da Ouvidoria do Ministério Público do Estado do Tocantins. Disponível em: <<https://athenas.mpto.mp.br/athenas/static/web/ouvidoria/files/base-legal.pdf>>. Acesso em: 21-05-2014.

O saneamento básico e a atuação do Ministério Público do Tocantins

Marli Teresinha dos Santos¹

Jair Kennedy Felix Monteiro²

Resumo

O objetivo deste artigo é analisar a implantação, no Estado do Tocantins, da Política Nacional de Saneamento Básico, instituída pela Lei nº 11.445/2007 e seu Decreto regulamentador nº 7.217/2010. A legislação estipula que saneamento básico é o conjunto dos serviços de abastecimento de água, esgotamento sanitário, gestão de resíduos sólidos e drenagem urbana. O planejamento, a regulação, a fiscalização e o controle social são elementos essenciais para que a política seja executada. As principais deficiências identificadas estão na regulação, fiscalização e controle social. No que tange ao planejamento, dos 139 municípios do Estado do Tocantins, 74 enviaram o Plano Municipal de Saneamento Básico (PMSB) ao Ministério Público. As principais lacunas identificadas nesses planos estão ligadas ao estabelecimento de objetivos e metas de curto e médio prazos; à disponibilização de orientações

1 Jornalista, Mestre em Recursos Rurais e Política Ambiental pela Universidade de Londres e Doutora em Desenvolvimento Sustentável pela Universidade de Brasília (UnB). Analista Ministerial Especializado em Jornalismo (MPE- TO).

2 Economista. Especialista em Gestão Financeira. Analista Ministerial Especializado em Ciências Econômicas (MPE- TO).

gerais e específicas para cada órgão (ou prestador dos serviços) responsável pela implementação do saneamento básico; à identificação dos impactos decorrentes do saneamento nas condições de vida, utilizando sistema de indicadores sanitários, epidemiológicos, ambientais e socioeconômicos; à elaboração de estudos comprovando a viabilidade técnica e econômico-financeira do serviço de prestação universal e integral dos serviços; à não criação de um Comitê Consultivo e, finalmente, foram identificadas falhas ligadas à realização de prognóstico com projeção para o horizonte proposto pelo plano, além da ausência de planejamento na área de drenagem urbana.

Palavras-chave: *Saneamento Básico; Planos Municipais; Tocantins.*

Resumen

El objetivo de este trabajo es analizar la aplicación en el Estado de Tocantins, de la Política Nacional de Saneamiento, estipulada por la Ley n ° 11.445 / 2007 y su Decreto reglamentario n ° 7.217 / 2010. La legislación estipula que el saneamiento es el conjunto de servicios de suministro de agua, saneamiento, gestión de residuos sólidos y drenaje urbano. Planificación, regulación, supervisión y control social son elementos esenciales de la política para ser ejecutados. Las principales deficiencias detectadas son en la regulación, la supervisión y el control social. En la planificación, de los 139 municipios del Estado de Tocantins, 74 enviaron el Plan Municipal de Saneamiento (PMSB) al fiscal. Las principales deficiencias identificadas en estos planes están relacionados con el establecimiento de objetivos y metas a corto y medio plazo; el logro de los lineamientos generales y específicos para cada órgano (o el proveedor de servicios) responsable de la implementación de servicios básicos de saneamiento; la

identificación de los impactos de los problemas de saneamiento en las condiciones de vida, mediante el sistema de indicadores de salud, epidemiológica, ambiental y socioeconómico; la preparación de estudios que demuestren la viabilidad técnica y económica del servicio de prestación de servicios universal e integral; Se identificaron no la creación de un Comité Asesor y en última instancia, las fallas relacionadas con la consecución de pronóstico con proyección hacia el horizonte propuesto por el plan. Un defecto importante es la falta de planificación en el área de drenaje urbano.

Palabras clave: *Saneamiento básico; Planes Municipales; Tocantins.*

1. Introdução

As definições de saneamento básico para as políticas públicas apresentam contornos diferentes a depender da época, das condições econômicas, sociais e culturais de cada povo. No Brasil, o tema vem sendo tratado ao longo do tempo como ações em infraestrutura, como direito à saúde pública e a Lei 11.445/2007 o assume também como um direito social. Porém, a ideia de saneamento básico como direito social não é unânime (BORJA e MORAES, 2008).

A política nacional frisa que o saneamento é de titularidade municipal, uma vez que os serviços de saneamento básico são de interesse local e o poder local tem a competência para organizá-los e prestá-los e a gestão do serviço é pública, posto que os serviços de saneamento básico são, por sua natureza, públicos, prestados sob regime de monopólio, essenciais e vitais para a vida humana, em face da sua capacidade de promover a saúde pública e o controle ambiental. Finalmente, a legislação afirma que o serviço exige articulação ou integração institucional, para evitar a fragmentação de ações e de recursos financeiros, visto

que o saneamento básico tem interface com as áreas de saúde pública, desenvolvimento urbano, habitação, meio ambiente e recursos hídricos, dentre outras.

O presente texto é o desmembramento das ações do Ministério Público do Estado do Tocantins, por meio do Centro de Apoio Operacional de Urbanismo, Habitação e Meio Ambiente (Caoma), com base nas análises da Lei 11.445/2007 e do seu decreto regulamentador (Decreto 7.217/2010) – que estabelecem as diretrizes nacionais para o saneamento básico – e sua aplicação na região tocantinense.

O trabalho teve início com a solicitação de informações às instituições que atuam na gestão do saneamento básico no Tocantins. O Caoma agregou o conteúdo oriundo dessas informações, e dos dados solicitados aos gestores, no período de 2014 -2015, às análises realizadas, desde 2010, com as vistorias nos locais de depósito de lixo dos 139 municípios tocantinenses.

2. Da definição de saneamento básico na Lei 11.445/2007

Saneamento básico tem conceito amplo e larga abrangência. No entanto, no artigo 3º da Lei 11.445/2007 verifica-se:

I - saneamento básico: conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de:

a) abastecimento de água potável: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição;

b) esgotamento sanitário: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente;

c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos: conjunto de atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de

coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final do lixo doméstico e do lixo originário da varrição e limpeza de logradouros e vias públicas;

d) drenagem e manejo das águas pluviais urbanas: conjunto de atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de drenagem urbana de águas pluviais, de transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas nas áreas urbanas.

A Lei nº 11.445/2007 e o seu Decreto regulamentador estabelecem que os elementos essenciais para que os quatro serviços do saneamento básico - abastecimento de água, esgoto sanitário, gestão de resíduos sólidos e drenagem urbana - sejam implementados são o planejamento, a regulação, a fiscalização e o controle social. É nesses elementos que o Ministério Público deve focar seu trabalho com o objetivo de garantir que os municípios do Estado do Tocantins implementem ações que garantam a prestação de serviço com qualidade, a preços justos e orientando-se pelos princípios básicos da universalidade, integralidade e equidade.

A política de saneamento básico apresenta treze princípios, definidos no art. 2º da Lei 11.445/2007, dentre eles a universalização do acesso aos serviços, a integralidade, a eficiência e sustentabilidade econômica, o controle social e segurança e a qualidade e regularidade da prestação dos serviços. No entanto, quando se analisa a legislação como um todo, o saneamento básico também exige que seja respeitado o princípio da igualdade, que diz respeito a direitos iguais, independentemente de etnia, credo, situação socioeconômica. Considera-se que todos os cidadãos têm direitos iguais no que se refere ao acesso a serviços de saneamento básico de boa qualidade (BORJA e MORAES, 2008).

2.1. Os quatro elementos essenciais: planejamento, regulação, fiscalização e controle social

O Decreto nº 7.217/2010, regulamentador da Lei 11.445/2007, no seu art.2º, considera o planejamento como:

as atividades atinentes à identificação, qualificação, quantificação, organização e orientação de todas as ações, públicas e privadas, por meio das quais o serviço público deve ser prestado ou colocado à disposição de forma adequada.

O principal instrumento do planejamento é o Plano Municipal de Saneamento Básico (PMSB), que deve possuir um conteúdo mínimo (art.25 do Decreto 7.217/2010), composto por: diagnóstico com indicadores; metas de curto, médio e longo prazos; programas, projetos e ações necessárias para atingir os objetivos e as metas; ações para situações de emergência e contingência e mecanismos e procedimentos para avaliação sistemática da eficiência e eficácia das ações programadas.

Conforme o inciso II do art. 2º do Decreto 7.217/2010, regulação é:

todo e qualquer ato que discipline ou organize determinado serviço público, incluindo suas características, padrões de qualidade, impacto socioambiental, direitos e obrigações dos usuários e dos responsáveis por sua oferta ou prestação e fixação e revisão do valor de tarifas e outros preços públicos, para atingir os objetivos do art. 27.

O serviço de regulação pode ser executado diretamente pelo titular, ou seja, pela Prefeitura ou entidade contratada. Cabe à entidade reguladora e fiscalizadora dos serviços a responsabilidade de verificar o cumprimento dos planos de saneamento por parte dos prestadores de serviços, na forma das disposições legais, regulamentares e contratuais. A entidade reguladora pode ser uma agência reguladora, consórcio público de regulação, autoridade regulatória, ente regulador, ou qualquer outro órgão ou entidade de direito público que possua competências próprias de natureza regulatória, independência decisória e não acumule funções de prestador dos serviços regulados.

O inciso III do art. 2º do decreto 7.217/2010 define fiscalização como:

atividade de acompanhamento, monitoramento, controle ou avaliação, no sentido de garantir o cumprimento de normas e regulamentos editados pelo poder público e a utilização, efetiva ou potencial, do serviço público.

O município tem o dever de definir o ente responsável pela regulação e pela fiscalização. A fiscalização, no caso dos municípios do Tocantins que possuem termo de cooperação assinado com a ATR, está sendo realizada pelo ente regulador. No entanto, o próprio município pode definir como fará a fiscalização, que, inclusive, pode ser feita diretamente por ele. De uma forma geral, a regulação e a fiscalização possuem as mesmas exigências, incluindo a necessidade de normatização pelo titular e pelo ente regulador, e a de publicidade.

O inciso VI do art. 2º do Decreto 7.217/2010 define controle social como:

conjunto de mecanismos e procedimentos que garantem à sociedade informações, representações técnicas e participação nos processos de formulação de políticas, de planejamento e de avaliação relacionados aos serviços públicos de saneamento básico.

Como sugestão, o Decreto 7.217/2010 indica que o controle social poderá ser instituído mediante a adoção de alguns mecanismos como debates e audiências públicas, consultas públicas, conferências das cidades ou participação de órgãos colegiados de caráter consultivo na formulação da política de saneamento básico e na sua avaliação. Em consonância com o princípio da transparência das ações e do controle social, as propostas dos planos e os estudos que os fundamentam devem ser amplamente divulgados, inclusive com a realização de audiências ou consultas públicas (parágrafo 5º do art. 19, do capítulo IV da Lei 11.445 de 2007). O art. 51 da referida lei determina que nas consultas e audiências públicas deverá estar previsto o recebimento de sugestões e críticas e a análise e opinião de órgão colegiado,

quando da sua existência. A divulgação do plano e dos estudos deve se dar por meio da disponibilização integral de seu teor a todos os interessados, inclusive por meio da internet.

O controle social via órgão colegiado não exige a criação de um ente específico para analisar a política de saneamento básico, assim, as funções e competências dos órgãos colegiados a que se refere o inciso IV do art. 34 do Decreto 7.217/2010 poderão ser exercidas por outro órgão colegiado já existente a exemplo do conselho municipal de meio ambiente, com as devidas adaptações da legislação. Esse órgão colegiado terá assegurado o acesso a quaisquer documentos e informações produzidos pela entidade reguladora ou de fiscalização, além de ter acesso a estudos elaborados pelo titular ou concessionária.

E o mais importante, o parágrafo 6º do art. 34 diz que a prefeitura que não criar órgão colegiado ou adaptar a lei para regulamentar os órgãos existentes até o dia 31 de dezembro de 2014 não poderá receber recursos federais para saneamento básico.

2.2. Das realidades, informações e indicações realizadas pelo Caoma/MP

Os planos de saneamento passam a ser instrumento importante não só para o planejamento e avaliação da prestação dos serviços como também para aquisição de financiamentos. Isso porque, segundo a Lei nº. 11.445/07, a alocação de recursos federais será feita em conformidade com as diretrizes e objetivos da Política Nacional de Saneamento Básico estabelecidos nos seus art. 48 e 49 e com os planos de saneamento básico. Ou seja, os planos passam a ser um referencial para a obtenção de recursos. Tanto é que o parágrafo 2º do artigo 26 do decreto 7.217/2010, modificado pelo decreto 8.629 de 2015, determina que após 31 de dezembro de 2017, a existência de plano de saneamento básico, elaborado pelo titular dos serviços, será condição para o acesso a recursos orçamentários da União.

Para a elaboração do plano, é recomendável que a Prefeitura Municipal forme uma equipe composta, preferencialmente, por representantes e técnicos responsáveis pelos serviços de saneamento básico. Caso a Prefeitura não disponha dessa capacidade técnica para elaborar o plano, poderá buscar auxílio. No entanto, ela não deve abrir mão da condução/direção do processo.

Para a elaboração e implantação do plano, é importante que o município crie: 1) um Grupo Executivo, composto por técnicos e consultores das secretarias municipais responsáveis pelos serviços de saneamento básico e das que tenham interface com esses serviços, bem como por professores, pesquisadores e estudantes da(s) universidade(s) que possam vir a se inserir no processo; 2) Comitê Consultivo, instância formada por representantes (autoridades e/ou técnicos) das instituições do Poder Público municipal, estadual e federal/nacional relacionadas com o saneamento ambiental.

Além dessas representações, esse Comitê deverá contar com os membros do Conselho Municipal de Saneamento Ambiental, de Saúde, de Meio Ambiente, caso existam, e de representantes de organizações da Sociedade Civil (entidades do Movimento Social, entidades sindicais e profissionais, grupos ambientalistas, entidades de Defesa do Consumidor, dentre outras), ou seja, um Comitê Consultivo formado por técnicos da prefeitura e também da sociedade que tenham conhecimento da área.

O Grupo Executivo ficará responsável pela elaboração do PMSB ou pela condução da contratação de terceiros para a sua elaboração. Ao Comitê Consultivo caberá apresentar sugestões e realizar análise crítica do processo de elaboração dos planos e também dos resultados apresentados, sem poder deliberativo.

A experiência dos últimos anos na elaboração de planos de saneamento básico municipais no Brasil e os estudos técnicos da área sugerem cinco etapas principais para que esse elemento essencial da política de saneamento, que é o planejamento, seja

construído e implementado em nível local. Abaixo as cinco etapas sugeridas:

<p>1a Etapa – Fundamentos</p> <ul style="list-style-type: none"> • Definir princípios, diretrizes e conceitos básicos do plano à luz da Lei nº. 11.445/2007. • Elaborar diagnóstico da situação atual da prestação dos serviços de saneamento básico, identificando as carências e determinando a demanda reprimida e futura. • Estabelecer objetivos e metas de curto, médio e longo prazos para a universalização dos serviços de saneamento básico, considerando a integralidade das ações, a prestação dos serviços de forma equânime, regular e de qualidade. • Realizar orientações gerais e específicas para cada órgão/prestador dos serviços responsáveis ou relacionados com o saneamento básico. • Identificar os impactos da situação de saneamento nas condições de vida, utilizando sistema de indicadores sanitários, epidemiológicos, ambientais e socioeconômicos e apontando as causas das deficiências detectadas. • Desenvolver estudo comprovando a viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação universal e integral dos serviços. • Discutir as diretrizes do plano em reunião pública do <i>Comitê Consultivo</i> com participação dos diversos setores da sociedade. • Realizar prognóstico com avaliação das condições atuais e projeção para o horizonte proposto pelo plano, considerado o Plano Diretor Urbano, caso exista. 	<p>2a Etapa - Propostas</p> <ul style="list-style-type: none"> • Apresentar as conclusões da primeira etapa ao <i>Comitê Consultivo</i> em reunião pública para crítica e encaminhamento de propostas. • Realizar proposições contemplando os seguintes itens: <ul style="list-style-type: none"> - Diretrizes para a ação municipal (obras, serviços e ações intersetoriais relacionadas aos serviços de saneamento básico). - Estrutura administrativa para a gestão dos serviços de saneamento, envolvendo planejamento, regulação, fiscalização, prestação dos serviços e avaliação das ações, com definição de competências. - Sistema de avaliação permanente e integrado ao sistema de planejamento municipal. - Prioridades de investimentos com orientação para o cronograma de implantação. • Definir programas, projetos e ações necessárias para atingir os objetivos e as metas, de modo compatível com os respectivos planos plurianuais e com outros planos governamentais correlatos, identificando possíveis fontes de financiamento • Definir ações para emergências e contingências • Definir mecanismos e procedimentos para a avaliação sistemática da efetividade, eficiência e eficácia das ações programadas. • Discutir as proposições em reuniões públicas do <i>Comitê Consultivo</i>. • Realizar Audiência Pública, com a devida publicidade e disponibilização das peças do plano, para a população e segmentos organizados, com o objetivo de dirimir dúvidas, debater as críticas e as sugestões do Relatório Final do plano. • Realizar as alterações do plano à luz da Audiência Pública e encaminhar o plano ao Conselho Municipal de Saneamento Básico, caso exista, ou ao Poder Legislativo Municipal.
<p>3a Etapa – Aprovação</p> <ul style="list-style-type: none"> • Realizar discussão pelo Conselho Municipal de Saneamento Básico, ou similar, ou pelo Poder Legislativo Municipal. • Aprovar o plano pelo Conselho Municipal de Saneamento Básico, ou similar, ou pelo Poder Legislativo Municipal e, em caso deste, sanção da Lei pelo Prefeito Municipal. 	<p>4a Etapa - Institucionalização</p> <ul style="list-style-type: none"> • Elaborar resoluções do Conselho ou decretos regulamentadores. • Realizar as alterações administrativas necessárias para implementar o plano. • Realizar as previsões orçamentárias.
<p>5a Etapa - Implementação</p> <ul style="list-style-type: none"> • Implementar as ações propostas no plano. 	

Fonte: autor, com adaptação de BORJA e MORAES (2008).

No caso dos municípios do Tocantins que possuem seu plano Municipal de Saneamento Básico elaborado, o que se percebeu é que não foram cumpridos alguns pontos das cinco etapas. O nível de detalhamento do plano depende da capacidade técnica dos titulares dos serviços. No entanto, esses podem buscar apoio dos prestadores dos serviços, de uma Universidade Pública ou ainda um apoio financeiro de instituição pública para contratação de equipe técnica. No caso do Tocantins, os municípios receberam o plano pronto da Agência Tocantinense de Saneamento (ATS) e da Odebrecht Ambiental Saneatins. A fragilidade está no fato de os municípios serem lentos na internalização desses planos, o que gera um documento que muitas vezes não é implementado, nem regulado e nem fiscalizado.

Dos 139 municípios do Estado do Tocantins, 74 enviaram o Plano Municipal de Saneamento Básico (PMSB) elaborado ao Caoma. O Caoma não tem conhecimento de município do Estado do Tocantins que possua agência reguladora própria, o que se tem de informação é que a Agência Tocantinense de Regulação (ATR) possui termo de cooperação técnica assinado com 64 municípios, sendo 47 com o sistema de abastecimento de água operado pela Odebrecht Ambiental Saneatins e 17 com sistema operado pela Agência Tocantinense de Saneamento (ATS). O termo de cooperação tem como objeto a execução das atividades de regulação, controle e fiscalização dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário. Os serviços de gestão dos resíduos sólidos não são objeto do termo de cooperação.

Apesar de a ATR ter informado que atende 64 municípios, somente 31 termos de cooperação foram apresentados ao Caoma, sendo todos eles entre ATR e municípios com os serviços de água e esgoto realizados pela Odebrecht Ambiental Saneatins. O Quadro 1 apresenta o resumo da situação no Estado do Tocantins, quanto ao número de municípios que possuem PMSB, realizaram audiência pública, têm a Odebrecht Ambiental Saneatins ou a ATS como empresa concessionária e quantos têm a ATR como agência reguladora.

Quadro 1: Número de municípios com PMSB

Municípios que:	Quantidade	Contrato assinado
Possuem PMSDB	74	
Não informaram a existência ou não de PMSB	65	
Total	139	
Possuem PMSB e informaram realização de Audiência Pública	16	
Possuem PMSB e não informaram a realização de Audiência Pública	28	
Concessionária Odebrecht Ambiental Saneatins	47	47
Concessionária ATS	74	73
Autônomo		
Não informaram	18	
Total	139	
Informaram a ATR como Agência de Regulação	75	
Não informaram se possuem Agência de Regulação	75	
Termo de Cooperação assinado com ATR apresentado	31	
Termo de Cooperação não apresentado	33	

Fonte: texto adaptado pelos autores.

No Tocantins, 74 municípios afirmaram possuir Planos Municipais de Saneamento Básico (PMSB); desse total, somente 46 informaram a realização de audiência pública para discussão dos planos. Dos 139 municípios, 47 têm a Odebrecht Ambiental Saneatins como concessionária de água e esgoto e 74 têm a ATS como concessionária de água.

O titular do serviço de saneamento básico, que é o município, deve, segundo o art. 23 do Decreto 7.217 de 2010, definir o ente responsável pela regulação e fiscalização dos serviços de saneamento, bem como os procedimentos de sua atuação. E no caso do Tocantins, 75 municípios ainda não informaram a agência reguladora desses serviços.

A agência reguladora ou ente regulador deve, segundo o art. 27 do Decreto 7.217/2010:

- I - estabelecer padrões e normas para a adequada prestação dos serviços e para a satisfação dos usuários;
- II- garantir o cumprimento das condições e metas estabelecidas;
- III - prevenir e reprimir o abuso do poder econômico, ressalvada a competência dos órgãos integrantes do sistema nacional de defesa da concorrência; e
- IV- definir tarifas e outros preços públicos que assegurem tanto o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, quanto a modicidade tarifária e de outros preços públicos, mediante mecanismos que

induzam a eficiência e eficácia dos serviços e que permitam a apropriação social dos ganhos de produtividade.

O trabalho do ente regulador deve seguir os princípios da independência decisória, autonomia administrativa, orçamentária e financeira, transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões. O que se percebe na ATR é uma dificuldade para exercer seu papel de agência reguladora na sua plenitude por não possuir equipe técnica suficiente, orçamento adequado e ainda por não possuir todos os termos de cooperação técnica assinados com os municípios. Sem contar que os serviços de gestão de resíduos sólidos não são objeto dos termos de cooperação já assinados. Cada serviço público de saneamento básico (água, esgoto, resíduos sólidos) pode possuir regulação específica.

O Decreto 7.217/2010 estipula, em seu art. 39, as condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico:

- I - existência de plano de saneamento básico;
 - II-existência de estudo comprovando a viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação universal e integral dos serviços, nos termos do respectivo plano de saneamento básico;
 - III-existência de normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes da Lei nº 11.445, de 2007, incluindo a designação da entidade de regulação e de fiscalização; e
 - IV- realização prévia de audiência e de consulta públicas sobre o edital de licitação e sobre a minuta de contrato, no caso de concessão ou de contrato de programa.
- § 1º Para efeitos dos incisos I e II do caput, serão admitidos planos específicos quando a contratação for relativa ao serviço cuja prestação será contratada, sem prejuízo do previsto no § 2º do art. 25.
- § 2º É condição de validade para a celebração de contratos de concessão e de programa cujos objetos sejam a prestação de serviços de saneamento básico que as normas mencionadas no inciso III do caput prevejam:
- I-autorização para contratação dos serviços, indicando os respectivos prazos e a área a ser atendida;
 - II-inclusão, no contrato, das metas progressivas e graduais de expansão dos serviços, de qualidade, de eficiência e de uso racional

da água, da energia e de outros recursos naturais, em conformidade com os serviços a serem prestados;
III-prioridades de ação, compatíveis com as metas estabelecidas;
IV-hipóteses de intervenção e de retomada dos serviços;
V-condições de sustentabilidade e equilíbrio econômico-financeiro da prestação dos serviços, em regime de eficiência, incluindo:
a) sistema de cobrança e composição de taxas, tarifas e outros preços públicos;
b) sistemática de reajustes e de revisões de taxas, tarifas e outros preços públicos; e
c) política de subsídios; e
VI-mecanismos de controle social nas atividades de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços.

Quase a totalidade dos 47 contratos celebrados entre os municípios do Tocantins e a Odebrecht Ambiental foram assinados em data anterior ao Decreto 7.217 de 2010, outorgando à Saneatins por prazo de 30 anos a concessão para exploração dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário. No entanto, não se aplica o artigo 39 do Decreto 7.217/2010 aos contratos celebrados com fundamento no inciso IV do art.24 da Lei nº 8.666 de 1993, cujo objeto seja a prestação de quaisquer serviços de saneamento básico. O que é o caso de alguns contratos entre municípios do Tocantins e a Odebrecht Ambiental Saneatins.

2.3. Da situação dos Planos municipais a partir da análise do Caoma

- As cinco etapas recomendadas para a elaboração dos Planos Municipais, já mencionadas anteriormente não foram cumpridas no processo de construção dos documentos.
- Na primeira etapa, a de Fundamentos, as principais lacunas estão ligadas ao estabelecimento de objetivos e metas de curto e médio prazos; à realização de orientações gerais e específicas para cada órgão (ou prestador dos serviços) responsável pela implementação do saneamento básico; à identificação dos

impactos das questões de saneamento nas condições de vida, utilizando sistema de indicadores sanitários, epidemiológicos, ambientais e socioeconômicos; à elaboração de estudos comprovando a viabilidade técnica e econômico-financeira do serviço de prestação universal e integral dos serviços; à não criação de um Comitê Consultivo e, finalmente, foram identificadas falhas ligadas à realização de prognóstico com projeção para o horizonte proposto pelo plano.

- Nessa primeira etapa, outra falha muito importante é a ausência de planejamento na área de drenagem urbana.
- No que se refere à etapa 2, a de Propostas, as diretrizes para a ação municipal são pouco detalhadas, a estrutura administrativa para a gestão dos serviços é deficiente, o sistema de avaliação proposto é genérico e as prioridades de investimento não são claras. Outros problemas encontrados é que os programas e projetos e ações necessárias são mencionados, mas com poucas especificações e sem o comparativo com os planos plurianuais. Alguns planos foram submetidos a audiência pública, mas o retorno da contribuição da sociedade aos planos não foi publicizado.
- A etapa 3, a de Aprovação, não pôde ser avaliada pelo Caoma devido à dificuldade de contato com as Câmaras Municipais. Sabemos, no entanto, que em alguns casos os planos ainda não foram encaminhados às Câmaras de Vereadores ou mesmo apresentados aos Comitês Consultivos.
- Quanto à etapa 4, a de Institucionalização, não temos conhecimento, no caso do Tocantins, de que os municípios criaram os conselhos gestores ou instrumentalizaram os conselhos existentes, como os de Meio Ambiente, para regulamentar a implementação dos Planos Municipais de Saneamento Básico. Outra parte da institucionalização da política de Saneamento em nível municipal é a transparência administrativa em termos de definição de órgãos e instituições responsáveis pela implementação dos planos e também a

transparência orçamentária para a gestão da política de saneamento. A maioria dos municípios do Tocantins elaborou os planos de saneamento em 2013 para um horizonte temporal de 20 anos, porém esses documentos precisam ser revistos em quatro anos, ou seja, em 2017.

- Na etapa 5, a da Implementação, o trabalho do Ministério Público será fundamental na exigência da execução das ações para atingir as metas propostas e também na cobrança da previsão orçamentária municipal para a implementação dos planos. A maior parte dos planos prevê metas para longo prazo, 20 anos, mas não menciona o que será realizado em curto e médio prazos, o que pode acarretar problemas graves no futuro, como o não cumprimento da meta de longo prazo por não haver previsão orçamentária anualmente para a execução paulatina das ações.
- O termo de cooperação tem como objeto a execução das atividades de regulação, controle e fiscalização dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário. Os serviços de gestão dos resíduos sólidos não são objeto do termo de cooperação.
- O que se percebe na ATR é uma dificuldade para exercer seu papel de agência reguladora na sua plenitude por não possuir equipe técnica suficiente, orçamento adequado e ainda por não possuir todos os termos de cooperação técnica assinados com os municípios. Sem contar que os serviços de gestão de resíduos sólidos não são objeto dos termos de cooperação já assinados.
- Não foi informado ao Caoma se os municípios do Estado do Tocantins criaram órgão colegiado específico para tratar do tema saneamento básico ou se adaptaram a legislação para que outros conselhos municipais existentes, como o de meio ambiente, possam atuar como órgão colegiado para este fim.
- O parágrafo 6º do art. 34, do Decreto 7.217/2010 diz que a prefeitura que não criar órgão colegiado ou adaptar a lei para

órgãos existentes até o dia 31 de dezembro de 2014 não poderá receber recursos federais para saneamento básico.

- Além dos quatro elementos essenciais da política de saneamento básico, outro fator a ser cobrado pelo Ministério Público é a validade dos contratos entre entes concessionários e o titular do serviço. O Decreto 7.217/2010 define, em seu art.39, quatro condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico.
- Quase a totalidade dos 47 contratos celebrados entre os municípios do Tocantins e a Odebrecht Ambiental Saneatins foram assinados em data anterior ao Decreto 7.217 de 2010, outorgando à Saneatins, por um prazo de 30 anos, a concessão para exploração dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário. No entanto, não se aplica o artigo 39 aos contratos celebrados com fundamento no inciso IV do art.24 da Lei nº 8.666 de 1993, cujo objeto seja a prestação de quaisquer serviços de saneamento básico. O que é o caso de alguns contratos entre municípios do Tocantins e a Odebrecht Ambiental Saneatins.
- Nos 74 municípios que têm como concessionária dos serviços de água e esgoto a Agência Tocantinense de Saneamento (ATS), os contratos de concessão foram assinados em 1999 entre Saneatins e município e tiveram um aditivo em 2011 repassando o serviço da Saneatins para a ATS. O aditivo de 2011 deveria conter as exigências mínimas para a vigência de um contrato de concessão estipuladas no artigo 39 do Decreto 7.217/2010, o que não se verifica.
- Dezoito municípios não tem contrato de concessão para os serviços de saneamento básico informados ao Caoma.
- Dos 139 municípios do Estado, 86 elaboraram, em separado do PMSB, seu Plano de Gerenciamento de Resíduos Sólidos (PMGRS), o que é permitido e incentivado pela legislação vigente.

3. Conclusão

No geral, o trabalho do Caoma permitiu especificar, em parecer analítico individualizado, por município e por comarca, as medidas a serem tomadas para sanar as deficiências na implementação da política nacional de saneamento básico.

Aos municípios é possível recomendar:

- Elaborar imediatamente o PMSB, no caso daqueles municípios que ainda não o fizeram, apresentando o conteúdo mínimo exigido na legislação e seguindo no mínimo as cinco etapas mencionadas anteriormente.
- Complementar os planos já elaborados com os dados referente à drenagem urbana.
- Complementar os planos já concluídos de forma a suprir as lacunas ligadas a ausência de estabelecimento de objetivos e metas de curto e médio prazos; à ausência de realização de orientações gerais e específicas para cada órgão (ou prestador dos serviços) responsável pela implementação do saneamento básico; à ausência de identificação dos impactos das questões de saneamento nas condições de vida, utilizando sistema de indicadores sanitários, epidemiológicos, ambientais e socioeconômicos; à elaboração de estudos comprovando a viabilidade técnica e econômico-financeira do serviço de prestação universal e integral dos serviços;
- Criar Comitê Consultivo para a elaboração do plano e para acompanhar a sua implementação.
- Incorporar as contribuições das audiências públicas nos planos.
- Sanar as falhas ligadas à realização de prognóstico com projeção para o horizonte proposto pelo plano.
- Complementar os planos de forma a sanar itens como diretrizes para a ação municipal pouco detalhadas, a estrutura administrativa para a gestão dos serviços deficientes, sistema de avaliação genérico e as prioridades de investimento não claras.

- Definir nos Planos Plurianuais e na Lei Orçamentária os programas, projetos e ações necessários para a implantação do PMSB e remeter a Lei Orçamentária ao MP para acompanhamento.
- Submeter os planos à aprovação das Câmaras Municipais, validando os mesmos por meio de lei municipal.
- Criar órgão colegiado para dar suporte à gestão da política municipal de saneamento ou instrumentalizar os conselhos existentes, como os de Meio Ambiente, para regulamentar a implementação dos Planos Municipais de Saneamento Básico.
- Implantar sistema de transparência administrativa em termos de definição de órgãos e instituições responsáveis pela implementação dos planos e também a transparência orçamentária para a gestão da política de saneamento.
- Regulamentar a revisão dos planos de quatro em quatro anos. A maioria dos municípios do Tocantins elaborou os planos de saneamento em 2013 para um horizonte temporal de 20 anos, porém esses documentos precisam ser revistos em quatro anos, ou seja, em 2017.
- Criar e revisar metas de curto e médio prazo, já que a maior parte dos planos prevê metas para longo prazo (20 anos), mas não mencionam o que será realizado em curto e médio prazos, o que pode acarretar problemas graves no futuro, como o não cumprimento da meta de longo prazo por não haver previsão orçamentária anualmente para a execução paulatina das ações.
- Criar agência reguladora e fiscalizadora ou firmar termo de cooperação com a Agência Tocantinense de Regulação (ATR).
- Criar normativa municipal para o trabalho da agência reguladora e exigir da agência sua própria regulamentação para atender o que diz a legislação.
- Incluir o serviço de gestão de resíduos sólidos no trabalho da agência reguladora.

- Revisar os contratos de concessão dos serviços de saneamento para que atendam o que a legislação exige para validação desses contratos.
- Conferir se o conteúdo dos Planos Municipais de Gerenciamento de Resíduos Sólidos (PMGRS) atende ao conteúdo mínimo da Lei 11. 445/2007 e seu decreto regulamentador, além de cumprir o que prevê a Lei 12.305 de agosto de 2010 (Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos).
- Os municípios que não informaram a existência de contrato de concessão dos serviços de saneamento deverão indicar como estão gerindo os sistemas de água, esgoto, resíduos sólidos e implementação da drenagem urbana, de forma a atender à legislação vigente.

À ATR cabe recomendar:

- Estruturar seu corpo técnico e prever recursos orçamentários suficientes para a realização do trabalho de regulação do saneamento básico.
- Criar normas de regulação do serviço de saneamento que contenham no mínimo os direitos e obrigações dos usuários e prestadores e as penalidades a que estarão sujeitos; os padrões e indicadores de qualidade da prestação dos serviços; prazo para os prestadores de serviço comunicarem aos usuários as providências adotadas em face de queixas ou de reclamações relativas aos serviços; requisitos operacionais e de manutenção dos sistemas; metas progressivas de expansão e de qualidade dos serviços e respectivos prazos; regime, estrutura e níveis tarifários, bem como procedimentos e prazos de sua fixação, reajuste e revisão; medição, faturamento e cobrança de serviços; monitoramento dos custos; avaliação da eficiência e eficácia dos serviços prestados; plano de contas e mecanismos de informação, auditoria e certificação; subsídios tarifários e não tarifários; padrões de atendimento ao público e mecanismos de participação e informação; e medidas de contingência e de emergência, inclusive racionamento.

- Dar publicidade, em sítio na internet e outras formas, ao trabalho de regulação e permitir acesso aos órgãos colegiados de todos os dados referentes ao serviço de regulação.
- Conferir se os contratos assinados entre as concessionárias e titulares do serviço de saneamento contêm as exigências previstas no art. 39 do Decreto 7.217/2010 para a validade dos mesmos.

Referências

BORJA, Patrícia Campos; MORAES, Luiz Roberto Santos. O acesso às ações e serviços de saneamento básico como um direito social. in: ZANTA, Viviana Maria; JUCÁ, José Fernando Thomé et al. (Coord.). Temas Transversais: plano municipal de saneamento básico: guia do profissional em treinamento: nível 2. Salvador: ReCESA, 2008. 99p.

INSTITUTO TRATA BRASIL. Planos Municipais ou Regionais exigência legal: cartilha de saneamento. São Paulo: Instituto Trata Brasil, 2009. 13p.

BRASIL. Decreto regulamentador da Lei 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, e dá outras providências. Brasília: Governo Brasileiro. Decreto 7.217 de 2010.

BRASIL. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico. Brasília: Governo Brasileiro. Lei 11.445 de 2007.

BRASIL, MINISTÉRIO DAS CIDADES. Guia para a elaboração de Planos Municipais de Saneamento Básico. 2ª ed. Brasília: Ministério das Cidades, 2011. 152p.

_____. Mecanismos e procedimentos para a avaliação sistemática da eficiência, eficácia e efetividade das ações do Plano. Imbituba: AR Engenharia. Disponível em: <<http://www.imbituba.sc.gov.br/f/saneamento/17991-18021.pdf>>. Acesso em: 06 de maio de 2016.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL. Roteiro para a elaboração do Plano de Saneamento Básico e Resíduos Sólidos – municípios do Sul do Estado do RS. Porto Alegre: MP/RS. Disponível em: <http://www.mprs.mp.br/areas/ressanear/arquivos/roteiro_oficina_2.pdf>. Acessado em: 06 de maio de 2016.

As normas sociais como instrumento de proteção dos direitos humanos

Rute Saraiva¹

Resumo

As páginas que se seguem constituem uma pequena provocação à perspectiva hegemônica e quase totalitarista do Direito e dos advogados mainstream dos direitos humanos que veem na ordem jurídica, em especial na lei e nos tratados internacionais, a melhor, se não a primeira ou única forma de garantir a sua proteção tanto no plano nacional como internacional. O objetivo assumido deste texto é demonstrar a falácia desta assunção e revigorar novas abordagens para a efetivação dos direitos humanos, reabilitando, em especial, o recurso às normas sociais, tantas vezes discriminadas e desconsideradas nas academias e instituições públicas sobretudo nos países de tradição romano-germânica como Portugal. Alerta-se porém, desde já, que tal não significa que se defenda a sua supremacia ou a substituição global dos atuais instrumentos jurídicos pela ordem social. Apenas se pretende um maior realismo e adequação na garantia dos direitos humanos graças a uma flexibilização dos instrumentos utilizados.

¹ Bacharel em Direito, mestre em Ciências Jurídico-Internacionais, doutora em Ciências Jurídico-Econômicas, membro do Centro de Investigação de Direito Europeu, Económico, Financeiro e Fiscal (CIDEFF) e do Centro de Investigação em Regulação e Supervisão do Setor Financeiro (CIRSF-IE/IDEFF/BP/ISP). Professora Auxiliar da Faculdade de Direito de Lisboa, professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. E-mail: rutesaraiva@fd.ul.pt

Palavras-chave: *Direitos Humanos; Proteção; Direito; Garantias; Normas Sociais*

Resumen

Las páginas que siguen presentan un desafío a la perspectiva hegemónica y totalitaria casi del Derecho y de los abogados mainstream de los derechos humanos que bajo el sistema jurídico, en particular en la legislación y los tratados internacionales, solo única manera de garantizar su protección en los niveles nacional y internacional. El presente texto busca demostrar la falacia de este supuesto y dinamizar nuevos enfoques para el cumplimiento de los derechos humanos, la rehabilitación, en particular del uso de las normas sociales, a menudo discriminados y sin consideración por las academias y instituciones públicas, en especial, de los países de tradición romano-germánica como Portugal. Sin embargo, a partir de ahora, alertase que eso no quiere defender su supremacía mundial o sustitución de los instrumentos legales existentes para el orden social. Hay un deseo de ser más realista y tener garantías más adecuadas a los derechos humanos, gracias a una flexibilización de los instrumentos utilizados.

Palabras clave: *Derechos Humanos; Protección; Legislación; Garantías; Normas Sociales.*

Introdução

A proteção e implementação efetivas dos direitos humanos obrigam a uma mudança de comportamento tanto dos indivíduos quanto de instituições coletivas fundamentais como o Estado, as empresas ou as famílias, que refletem uma determinada cultura e ambiente social que devem, necessariamente, ser equacionados.

Compreender a importância do contexto situacional e das narrativas sociais constitui uma ferramenta preciosa para perceber alguns dos mecanismos condicionadores das condutas reais e assegurar, de forma sustentada, o cumprimento dos direitos humanos.

Querer mudar a adesão interna a uma norma (dever ser) sem atender ao elemento externo modulador pode revelar-se, no fim, uma tarefa onerosa e até infrutífera. Mas julgar comportamentos em absoluto, dissociados do contexto, pode igualmente consubstanciar uma distorção injusta dos fatos.

As atrocidades cometidas na Alemanha nazi ou no Ruanda são paradigmáticas. Poucos acreditarão na macabra coincidência da população inteira de um país ser, num determinado momento, composta por psicopatas e sociopatas. Em suma, aceitando que existiria, em ambas as situações, apenas um punhado de indivíduos verdadeiramente “maus”, a explicação poderá parcialmente passar por um fenômeno de cegueira social, de alteração do padrão de referência (âncora) social ou por uma dissonância entre a norma pessoal e social percebida por questões de pura sobrevivência.

Por outras palavras, o ambiente e a ordem social condicionam os comportamentos. Ora esta abordagem difere do discurso típico dos direitos humanos (em que a violação e o acatamento são assumidos como uma disposição e responsabilidade individuais) ao se pressupor o enfoque social na fonte da conduta.

Reconhecendo que o homem é um ser associável social, com uma predisposição mais inclinada para a sociabilidade do que para o isolamento (até por questões evolucionárias e de sobrevivência da espécie), estranho seria não olhar para as dinâmicas de grupo, designadamente a sua formação e as relações intra e extra-grupo, e para as normas sociais - enquanto instrumento normativo tanto complementar como sucedâneo - como contrárias ao Direito.

1. Interações entre o jurídico e o social

É importante assumir que as interações entre o jurídico e o social (e até com outras ordens normativas como a moral ou religião) representam uma das linhas de investigação prioritárias das ciências sociais pelo potencial de eficácia e eficiência na alteração e conformação comportamental. No plano dos direitos humanos,

três grandes questões podem beneficiar esta perspectiva holística e integrada:

- Perceber a razão das violações dos direitos humanos: por que e como agem e como acham que devem agir os indivíduos, expondo e explorando, nomeadamente, possíveis dissonâncias entre o elemento descritivo e o deontológico. Veja-se, por exemplo, o caso da prática do “fanado” (mutilação genital feminina) na Guiné Bissau, que revela uma tensão entre a defesa dos direitos humanos e o respeito pela tradição cultural², em que apesar de a excisão ter sido criminalizada, a sua execução em violação da lei parece aos olhos da população de origem muçulmana, em particular da rural, menos grave do que a violação da tradição. Aos seus olhos, o estigma social que as suas filhas sofrerão ao serem consideradas impuras por não terem sido excisadas sobrepõe-se ao receio de penalização jurídica, tendo nos últimos anos conduzido a que a prática, que se mantém, passasse a ser feita às escondidas (em vez das festas públicas anteriores) em crianças cada vez mais novas e em piores condições de salubridade. Por outras palavras, a norma jurídica não colou como desejado, revelando o carácter “pegajoso” das normas sociais.

- Perceber quais mecanismos sociais podem potenciar a efetiva garantia dos direitos humanos. Mormente, na hipótese de normas sociais algo enraizadas contrárias ao Direito dos direitos humanos, poderá ser importante a sua desmontagem interna e não por imposição externa, na senda das dinâmicas in group. Em Marrocos, o papel do Rei Mohammed VI no desenvolvimento dos direitos das mulheres representa um exemplo paradigmático de transformação endógena, ademais alimentada por um líder, numa abordagem de cima para baixo (JUTTING & MORRISSON, 2005, p.12).

² O direito à cultura não deve ser confundido com a proteção da tradição, já que aquele exige que haja uma possibilidade de escolha de aderir ou não.

- Possibilitar a tradução e a adaptação das normas jurídicas quando se lida com culturas muito diferentes. Na questão indígena, em particular quanto à ocupação do seu território, é notória a divergência conceitual e de linguagem, chocando a sua visão holística socioambiental de si mesmos e da terra com o direito de propriedade entendido por fazendeiros ou grandes empresas. O recurso às normas sociais, que aliás Ostrom (2000) demonstrou nos seus trabalhos serem peças fundamentais no equilíbrio socioambiental, poderá servir de chave para a construção de pontes de entendimento e de transição e posteriormente até de integração entre a arquitetura normativa indígena e de matriz romano-germânica. A um nível diferente, recorde-se que este tipo de abordagem foi aplicado com sucesso pelos primeiros cristãos ao aproveitarem e darem novas roupagens às festas pagãs, promovendo a adesão à sua dogmática.

A proposta de abertura às normas sociais difere, pois, da perspectiva legalista e positivista típica dos direitos humanos e do Direito internacional dos direitos humanos, cuja efetividade se vê, aliás, afetada pelos problemas inerentes à fragilidade resultante da inexistência de um sistema coercivo eficaz. Afinal, em última linha, a sua aplicabilidade depende da coercibilidade interna dos Estados; o poderio militar, político e econômico dos Estados ainda determina a sua sujeição a sanções no caso de violação da ordem jurídica; nem todos os Estados aderem à jurisdição dos tribunais internacionais; e a intervenção do Tribunal Penal Internacional é, por definição, tardia, isto é posterior à violação dos direitos humanos. Ora, se o Direito não é suficiente, há que desafiar o entendimento supremacista e preconceituoso do Direito em relação às outras ordens normativas, introduzindo, quanto mais não seja na ciência jurídica, e no Direito internacional dos direitos humanos em particular, os ensinamentos da sociologia e da psicologia cognitiva e social.

Antes de avançar, porém, uma dúvida prévia coloca-se: será a lógica da ordem social e das dinâmicas de cognição social e de

grupo aplicáveis a pessoas coletivas como Estados ou empresas? (GOODMAN & JINKS, 2012, p- 16-17; GOPOLAN, 2007).

Afinal, a abordagem social tem sido pensada no plano individual. No fundo, até que ponto uma entidade plural consegue internalizar uma norma? De forma telegráfica, uma vez que não será esta a melhor sede para aprofundar a questão, não só as pessoas coletivas são feitas de pessoas, que tomam as decisões, como vários dados empíricos revelam um paralelismo no comportamento das pessoas singulares e coletivas. Por exemplo, estas também parecem sentir vergonha. Basta recordar a prática de ocultar o aprisionamento de possíveis terroristas pelos Estados Unidos, com voos e prisões secretas e violentas como Abu Ghraib (GOPOLAN, 2007), ou de esconder trabalho infantil em fábricas deslocalizadas por parte de multinacionais.

Importa então começar por definir as normas sociais, cuja distinção com outro tipo de normas (jurídicas, religiosas, morais) nem sempre é fácil, por vezes sobrepondo-se. Esta é, aliás, mais uma razão para a sua utilização, ainda que urja compreender as forças e situações que motivam efeitos de contradição e expulsão (crowding out) e de reforço (crowding in) para uma aplicação combinada mais eficaz e eficiente.

De acordo com Ellickson (2001), entende-se por normas sociais regras que regem o comportamento individual e que são impostas difusamente por terceiros, que não o Estado, através de um sistema de sanções ou de recompensas sociais, que incluem, entre outros, indignação, repúdio, vergonha, estigma, expulsão, pedidos de desculpa ou prêmios e louvores. Esta definição atende essencialmente ao elemento objetivo da norma social, isto é a uma prática e repetição de atitudes partilhadas e aplicadas sobre como comportar-se em grupo, normalmente associadas, no seio de vária doutrina jurídica, a assuntos menores. Há que atender igualmente a um elemento subjetivo, pouco explorado, associado à internalização da norma (GOPOLAN, 2007).

Numa comparação com as normas jurídicas, as normas sociais revelam-se menos explícitas e formais, mas mais difusas e descentralizadas, o que lhes confere um enorme poder e capacidade de intrusão.

As normas sociais, enquanto representações mentais de base social decorrentes da interação social e de dinâmicas ligadas a fenômenos de identidade e reciprocidade, podem ser descritivas ou injuntivas. As primeiras, ligadas ao elemento objetivo, traduzem crenças quanto à conduta concreta de outros (ex. achar que os outros excisam as suas filhas) e reportam-se pois às condutas em si, ao que é. Já as segundas, associadas em boa parte ao elemento subjetivo, revelam a crença sobre o que outrem pensa que deveria ser feito e incluem, conseqüentemente, a ameaça de uma sanção; por outras palavras, reportam-se ao que deveria ser.

Na verdade, nem sempre os dois tipos de normas coincidem, até por conta de problemas de percepção do socialmente correto, designadamente associados a estereótipos ou à sobreavaliação da uniformidade do grupo, que potenciam fenômenos de extremismo e polarização. Veja-se, por exemplo, o caso de se assumir que, porque se observa uma determinada conduta, deve se comportar desta maneira, mesmo que, na prática, não se acredite naquele ato ou que não seja o que socialmente se faz. A dissonância é paradigmática nas situações de ignorância pluralística (GOPOLAN, 2007, p. 813-814) em que os indivíduos consideram que o comportamento que observam por parte dos outros traduz o que privadamente sentem e pensam, concluindo que não estão alinhados com os outros quando isto pode não ser verdade. No fundo, subestimam-se as limitações comportamentais decorrentes do espalho social.

Com efeito, as pessoas tendem a esconder os seus comportamentos normativos que julgam divergentes dos socialmente aceitos e a revelar mais os comportamentos normativos que vão no sentido de serem socialmente aceitos, da mesma forma que mais facilmente exprimem opiniões que acham ser consistentes com as normas sociais percebidas ou que apenas se desviam um pouco da

norma injuntiva (ex. pertencer a um grupo que apoia os direitos das mulheres mas ser mais ou menos radical na sua aplicação, veja-se apoiar a liberdade de abortar ou a remuneração do trabalho doméstico) (PRENTICE, 2012).

2. Dissonâncias

Há que reparar que sempre o comportamento público e social coincide com a opinião privada, o que suscita um problema de ilusão de escolha (PRENTICE, 2012), em especial, e paradoxalmente, em sociedades ditas democráticas, uma vez que aqui mais facilmente se assume que o comportamento social corresponde à crença privada.

No entanto, o mesmo autor realça que pode ser mais fácil do que parece, à primeira vista, quebrar uma norma social que, nomeadamente, viola um direito humano. Afinal, a norma privada pode ser consentânea com a proteção do direito e a norma social, o produto de uma má interpretação ou percepção do que se pretende. Esta dissonância, que pode ser explorada para potencializar o respeito pelos direitos humanos, pode derivar de três principais causas.

Em primeiro lugar, do peso do papel social que se acha que se tem de desempenhar. Por exemplo, na relação guarda prisional-prisioneiro, marido-mulher, fazendeiro-índio (WOODS, 2010). Recorde-se igualmente o caso de dissonância a respeito da política segregacionista nos Estados Unidos, em que mesmo nos estados do sul, a maioria da população não declarava nem revelava nos seus comportamentos privados concordância com a prática racista.

Em que pese o potencial de correção dos comportamentos pela desmontagem da norma social em desalinhamento com o entendimento privado, em algumas situações há enviesamentos sociais “pegajosos” que dificultam, em muito, uma completa remissão: empiricamente observa-se, ainda hoje, nas universidades americanas uma segregação informal dos alunos, em que os de cor não se misturam com os caucasianos (PRENTICE, 2012). Embora haja, de ambos os lados, a manifestação de desejo e de abertura à convivência

com o outro grupo, os dois percebem (erradamente) que a contraparte não o quer, comportando-se de acordo com esse papel, perpetuando, deste modo, condutas segregacionistas.

Em segundo lugar, o peso da sociabilidade, isto é, o desejo e necessidade do sentimento de pertença a um determinado grupo, reproduz, por vezes, comportamentos que são entendidos como a norma naquele universo social. Tal fato pode traduzir-se em pequenas coisas, desde a escolha da indumentária até a violação de direitos fundamentais como ataques a determinadas etnias, religiões, orientações sexuais, entre outras, inclusive como ritual de entrada para o grupo.

Em terceiro lugar, a dificuldade em se definir, concretamente, as próprias preferências, buscando, para tanto, referências e auxílio na conduta dos outros, que passa a servir de âncora comportamental. Este tipo de razão ajuda a explicar condutas omissivas, por exemplo, em situações de acidentes ou de violação de direitos humanos, em que se age como um espectador, esperando-se para decidir como agir dentro de um leque de opções. Ora, se todos ou pelo menos a maioria espera para decidir, a inação torna-se a regra e o status quo mantém-se (PRENTICE, 2012).

Estes fenômenos ajudam, pois, a explicar a razão pela qual a pessoa comum ficará parada a assistir a atrocidades, polariza comportamentos ou porque determinadas práticas violadoras dos direitos humanos se mantêm.

Em outras palavras, o poder das normas sociais influencia o comportamento individual mais do que o desejado ou até percebido. Quatro estudos empíricos e/ou experimentais ajudam a prová-lo (PRENTICE, 2012).

Num estudo testando um folheto para pendurar na porta, quando perguntados sobre as razões que motivariam condutas pró-ambientais, os inquiridos declararam ser motivados, primeiramente, pela responsabilidade social e pela proteção ambiental, depois pela informação sobre o problema e por razões egoísticas (defesa do interesse próprio) e, por fim, muito abaixo, por normas sociais

descritivas (NOLAN et al., 2008; GOLDSTEIN, CIALDINI & GRISKEVICIUS, 2008). Ante as frases impressas que serviram de mote, apurou-se, no entanto, que os comportamentos revelavam uma outra hierarquia de incentivos: no curto prazo, prima a norma social, seguida do interesse próprio, da proteção ambiental, da responsabilidade social e da informação de controle; a longo prazo, a norma social mantém a primazia, seguindo-se a proteção ambiental, a informação de controle, o interesse próprio e a responsabilidade social.

Uma outra experiência (SCHULTZ, 2007), muito semelhante, sugere a interferência comportamental das normas sociais. A utilização de folhetos nas portas com a indicação dos consumos energéticos dos vizinhos revela efeitos de crowding-in mas também de crowding-out, isto é, para aqueles que apresentam gastos superiores à média, a informação sobre o comportamento alheio incute uma alteração das condutas no sentido de uma maior eficiência, já no caso contrário, alimenta o desperdício num rebound effect. A correção deste desvio alcança-se, porém, com o acréscimo de um smile junto do valor do consumo. Aparentemente, o emoticon é interpretado como um sinal normativo (POLLIT & SHAORSHADZE, 2011).

Num programa mais alargado conduzido pela empresa energética OPOWER, envolvendo cerca de 600 mil lares americanos informados, por via da sua fatura, da conduta energética da vizinhança e com dicas de racionalização, verificou-se uma diminuição entre 1.11% a 2.78% do consumo. A longo prazo, porém, estes resultados diminutos mas prometedores (afinal, com uma solução barata, facilmente exequível e socialmente aceitável consegue-se uma inversão, mesmo que não muito significativa, dos padrões de consumo) demonstram alguma inconsistência, não sendo claro se o efeito das normas sociais se desvanece com a adaptação progressiva dos agentes econômicos. Ademais, as reações divergem consoante as inclinações políticas, com liberais a responderem positivamente ao feedback social, ao contrário dos mais conservadores (ALLCOTT & MULLAINATHAN, 2010).

Os resultados, contudo, parecem mais sólidos e homogêneos num outro ensaio com folhetos em quartos de hotel, com a diminuição em 25% do uso das toalhas de banho quando se recorre às normas sociais descritivas (SCHULTZ, KHAZIAN & ZALESKI, 2008).

Igualmente interessantes em matéria de implementação e defesa dos direitos humanos são as ilações que podem ser retiradas do jogo do ditador e do ultimato, que traduzem a importância da reciprocidade e de um sentido evolutivo-cultural e até natural de justiça e de experiências laboratoriais que revelam a punição dos trapaceiros mesmo com custos privados. Ora, se os cooperadores condicionais (i.e. sujeitos que estão dispostos a iniciar uma ação cooperativa quando estimam que os outros irão retribuir e durante o tempo que consideram que parte dos outros irá colaborar) constituem uma parte significativa da população (OSTROM, 2000; GOODMAN & JINKS, 2012), é grande o potencial das normas sociais defensoras dos direitos humanos pela sua dimensão e função expressivas (GREEN, 2006; GOODMAN & JINKS, 2012; GOPOLAN, 2007), sobretudo em contextos de identificação (em que o indivíduo se identifica pelas suas características com outros) e reiterações que fomentam a comunicação e em que se punem os free riders. Ou seja, as normas sociais (descritivas e injuntivas) podem ser verdadeiros motores de mudança para alinhar as condutas com os standards dos direitos humanos (o contrário, infelizmente, porém, como se viu, pode identicamente suceder).

As normas sociais podem, desta forma, ser usadas para diminuir comportamentos negativos, fomentar comportamentos positivos, ou como meio de tradução entre culturas e ordens normativas (designadamente entre o Direito - concepção de direitos de apropriação ou de direitos humanos, entre outros - e a ordem social, que rege, de acordo com os trabalhos de Ostrom, várias comunidades indígenas, ou religiosas, em especial nos países submetidos à sharia). Por outras palavras, as normas sociais podem auxiliar na mudança de atitudes, crenças, representações e percepções erradas das condutas aceites, assim como da motivação por meio de pressão social, agindo

sobre todos os membros do grupo para forçar um movimento coletivo corretivo.

Nesse sentido, as normas sociais servem, em primeiro lugar, para mudar a sinalização e os comportamentos percebidos, por via (i) da relevância de que todos os membros do grupo (ou pelo menos a maioria) querem privadamente o mesmo tipo de conduta (ex. respeito dos direitos das mulheres) ou querem algo diferente do socialmente percebido como aceite (ex. crimes de honra), ou (ii) da ausência de projeção de comportamentos negativos (ex. não divulgação de ocupação (sem sanção) de terras indígenas).

Em segundo lugar, as normas sociais podem ser utilizadas para mudar a própria ideia de grupo, isto é, dos seus limites, de quem lhe pertence ou não, face às dinâmicas intra e extra-grupo. Por exemplo, pode ser interessante modelar o entendimento dos fazendeiros sobre si próprios enquanto grupo separado dos indígenas - e enquanto tal com um papel social pré-determinado a representar - de modo a que se identifiquem com aqueles, nomeadamente como pertencendo ambos ao grupo mais amplo de tocaninenses ou de brasileiros.

Em terceiro lugar, as normas sociais podem servir para alavancar a sociabilidade, considerando, em particular, os fenômenos de aculturação e de inculturação por meio do mimetismo social tantas vezes observado, num efeito de manada que reproduz e alarga comportamentos (GOODMAN & JINKS, 2004). Aliás, este movimento é visível no próprio Direito, inclusive dos direitos humanos, com uma aproximação, primeiro lenta e depois exponencial, dos diferentes ordenamentos jurídicos. Afinal, uma esmagadora maioria de Estados, de fundo cultural diferente, assinou as convenções internacionais de direitos humanos.

O problema, todavia, refere-se à garantia de uma mudança sustentada e duradoura dos comportamentos, i.e. que não consista em uma alteração pontual e de curto prazo mas que se perpetue. Deste modo, quatro aspectos devem ser ponderados.

Nunca é demais sublinhar a importância do acesso à informação e da educação, tanto por parte da população como das instituições,

hoje potenciados positiva e negativamente (WOODS, 2010) pelas redes sociais e pela denominada sociedade da informação. Estas constituem a base para a relevante promoção da discussão pública e participação nas decisões, numa garantia da liberdade de expressão e de um Estado de Direito democrático, de modo a se apurar e evidenciar as diferenças de opinião e desmontar comportamentos negativos. Ademais, permitem, quanto a este último aspecto, através de um cuidado com a forma de comunicação de informação, alterar o balanço de uma análise custo-benefício para aqueles agentes que são mais racionais e cujas condutas são maximizadoras de utilidade.

Posto de outra forma, para aqueles que valorizam (excessivamente) os benefícios econômicos, mostram-se-lhes (pecuniariamente) as vantagens de respeito dos direitos humanos. Por exemplo, em questões de gênero, levar os homens, nomeadamente os maridos, a perceber as vantagens econômicas (mas também familiares) de uma esposa educada e que trabalha fora de casa, aumentando assim os rendimentos familiares, as hipóteses de sucesso dos filhos e até o tempo de lazer do cônjuge. Ou seja, a discriminação de gênero é também penalizadora para o homem, até pelo papel limitativo e predeterminado que lhe é atribuído (JÜTTING & C. MORRISSON, 2005).

Note-se, porém, que a desconstrução por via da promoção da informação e do debate pode esbarrar numa potencial resistência, associada ao receio da perda do elo de pertença e de identificação com o grupo ou de ausência de referencial, culminando na não supressão total da má norma. Para além do mais, nada garante que a nova norma seja melhor do que a anterior ou que o vazio normativo não cause efeitos piores ou que se acabe por afetar o quadro normativo geral em vez de se tratar de forma milimétrica o problema específico a ser resolvido.

Num segundo momento, cabe alertar para a importância da norma descritiva pela sua função de âncora comportamental. O caso da Opower acima referido exemplifica bem o fenómeno de comparação comportamental relativamente aos “pares”. Esta

experiência poderia eventualmente ser transposta para o âmbito dos direitos humanos, por exemplo nas relações entre fazendeiros ou multinacionais e índios. Corre-se, todavia, o risco, já abordado, de conferir excessiva importância a uma má conduta, alertando para a sua possibilidade e normalidade, provocando, deste modo, uma expulsão de (eventuais) boas condutas (GOODMAN & JINKS, 2012). Ademais, a linha divisória entre este tipo de atuação corretora e a manipulação, como aconteceu na Alemanha nazi ou mais recentemente no Ruanda, assemelha-se muito ténue.

Em terceiro lugar, também as normas sociais injuntivas podem, com algumas reservas, constituir um meio para assegurar uma alteração sustentada de comportamentos. Recorde-se o contributo corretivo do emoticon adicionado aos consumos energéticos e que, no fundo, traduz a (des)aprovação do grupo. O desenvolvimento e publicação de relatórios sobre o (des)cumprimento dos direitos humanos pode funcionar neste sentido, devendo-se não apenas apontar as violações mas igualmente louvar ou pelo menos apontar os progressos e também a manutenção de comportamentos consentâneos com a proteção dos direitos humanos.

Por fim, num contexto competitivo em que diversos assuntos reclamam, de forma competitiva, a atenção e motivação, importa manter a saliência sobre a temática dos direitos humanos (PRENTICE, 2012).

Vários instrumentos legais, sociais, económicos cognitivo-comportamentais, entre outros, podem ser combinados para o efeito. Contudo, convém notar que a sua orquestração requer arte, pois, em determinados contextos e na ordem errada, excluem-se mutuamente (GOODMAN & JINKS, 2012). Recordem-se, designadamente, os exemplos aprendidos com o pagamento das doações de sangue, que afastou doadores pelo desaparecimento do significado e motivação moral e altruísta, ou da pena pecuniária para pais retardatários numa creche israelita que, ao alterar o enquadramento de social para de mercado, provocou o efeito contrário ao pretendido (GNEEZY & RUSTICHINI, 2000).

Conclusão

A compreensão da lei enquanto instrumento de garantia dos direitos humanos deve, desse modo, ser entendida sob a ótica situacional, até porque o Direito é contextual e contextualizado e não pode desprezar a sua aceitabilidade social sob pena das alterações propostas não serem efetivadas. Veja-se, nesse sentido, a já mencionada mais-valia da mudança da referência social ser feita internamente, como no caso marroquino citado, do uso do sabão no Gana ou do duelo nos Estados Unidos. Ou seja, a solução de proteção dos direitos humanos é contextual. O que funciona no cenário A poderá não funcionar no cenário B. O conhecimento local e psicológico é fundamental. A cautela impera na utilização das normas sociais e na aplicação de instrumentos implementadores de uma cultura de direitos humanos.

Aliás, e antes de concluir, às vezes o menos é mais. Por exemplo, a concentração da condenação nas violações menos graves, em vez de se atacar sobretudo as mais gravosas. Pense-se na política do mayor Giuliani na cidade de Nova Iorque, que combatendo os crimes mais leves, alterou o ponto de referência comportamental. Afinal, às vezes basta um pequeno empurrão na direção certa, ou é só o que é possível, ou porque se evita, deste modo, que a mudança seja interpretada e julgada como um sinal de fraqueza. Todavia, esta abordagem apenas funcionará se existir um fosso entre a norma social descritiva e injuntiva.

Em via de conclusão, para uma nova e melhor arquitetura da escolha, sublinhe-se que faltam estudos para perceber a dinâmica das normas sociais e as suas inter-relações com outras ordens normativas e sobre qual reside a melhor sequência e combinação entre instrumentos diversos para a garantia dos direitos humanos. A aplicação das normas sociais deve, pois, ser levada a cabo com moderação até pela alteração natural das preferências. Em suma, *one size does not fit all*.

Ademais, a ponderação do contexto social no (des)cumprimento dos direitos humanos introduz no debate uma maior flexibilização e

aponta para uma não usual “moral” situacional e empírica contrária à tradição jurídica actual.

Deixa-se aqui, portanto, o mote para futuras reflexões nesta sede.

Referências

ALLCOTT, H.; MULLAINATHAN, S. Behavioral Science and Energy Policy. Cambridge, MA: Ideas 42. 2010. http://ideas42.iq.harvard.edu/publications/behavioral_science_energy_policy

COSTA, D.; KAHN, M. Energy Conservation “Nudges” and Environmentalist Ideology: Evidence from a Randomized Residential Electricity Field Experiment, NBER Working Paper No. 15939, Cambridge, MA: National Bureau of Economic Research. 2010.

ELLICKSON, R. C. The market for social norms. American Law and Economic Review, n.º 3. 2001.

GNEEZY, U.; RUSTICHINI, A. Pay enough or don't pay at all. Quarterly Journal of Economics. 2000.

GOODMAN, R; JINKS, D. Social mechanisms to promote international human rights: Complementary or contradictory?, New York University Law School, Public Law Research Paper n.º 11-74. 2012.

_____. How to influence states: Socialization and international human rights law. The University of Chicago Law School, Public Law & Legal Theory Working Paper n.º 62. 2004.

GOLDSTEIN, N.; CIALDINI, R. B; GRIKEVICIUS, V. A room with a viewpoint: Using social norms to motivate environmental conservation in hotels. Journal of Consumer Research, 35. 2008.

GOPALAN, S. Alternative sanctions and social norms in international law: The case of Abu Ghraib, Michigan State Law Review, Vol. 785. 2007.

GREEN, A. You can't pay them enough: subsidies, environmental law and social norms. *Harvard Law Review*, Vol. 30. 2006.

JÜTTING, J; MORRISSON, C. Changing social institutions to improve the status of women in developing countries. *OECD Policy Brief*. 2005.

NOLAN, J. et al. Normative social influence is underdetected. *Personality and Social Psychology Bulletin*, 34. 2008.

OSTROM, E. Collective Action and the Evolution of Social Norms. *The Journal of Economic Perspectives*, Vol. 14, n.º 3, Verão. 2000.

POLLIT, M. G.; SHAORSHADZE, Irina. The Role of Behavioural Economics in Energy and Climate Policy. University of Cambridge EPRG Working Paper n.º 1130. 2011.

PRENTICE, D. A. The Psychology of Social Norms and the Promotion of Human Rights. Princeton University. 2012.

SARAIVA, R. Protecção ambiental e normas sociais, in Aragão, A; BESTER, G. M.; HILÁRIO, G. M. A. (coord.) *Direito e Ambiente para uma Democracia Sustentável – Diálogos multidisciplinares entre Portugal e Brasil*. Instituto Memória, Curitiba. 2015. no prelo.

SCHULTZ, P. et al.. The constructive, destructive, and reconstructive power of social norms. *Psychological Science*, 18 (5). 2007.

SCHULTZ, P.; KHAZIAN, A.; ZALESKI, A. Using normative social influence to promote environmental conservation among hotel guests. *Social Influence*, 3. 2008.

SCOTT, R.E. The Limits of Behavioral Theories of Law and Social Norms. *Virginia Law Review*, Vol. 86. 2000.

VANDENBERGH, M. P. Order without social norms: How personal norm activation can protect the environment. Vanderbilt University Law School, Public Law and Legal Theory Working Paper n.º 05-18. 2005.

WOODS, A.K. A Behavioral Approach to Human Rights. Harvard International Law Review, Vol. 51, n.º 1. 2010.

A nova Lei Anticorrupção: perspectivas de aplicação da lei nº 12.846/13 pelo Ministério Público

Vinícius de Oliveira e Silva¹

Resumo

O presente estudo objetiva analisar os principais aspectos da Lei nº 12.846/13, denominada Lei Anticorrupção. Inicialmente, foi exposto em que contexto nacional e sob quais inspirações internacionais a referida norma foi aprovada e sancionada. Os mais relevantes pontos da lei e alterações introduzidas pela Medida Provisória nº 703/15 também foram abordados. A análise foi realizada sob a ótica do uso da norma pelo Ministério Público, em conjunto com o ordenamento jurídico preexistente (especialmente como a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei nº 8.666/93).

Palavras-chave: Lei Anticorrupção; Pessoa Jurídica; Responsabilidade civil; Ministério Público; Acordo de Leniência.

Resumen

Este estudio tiene como objetivo analizar los principales aspectos de la Ley nº 12.846/13, llamada Ley contra la Corrupción. Inicialmente se ha mencionado la coyuntura nacional y la motivaciones internacionales para la aprobación y sancionamiento

¹ Especialista em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina/ LFG. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas/SP. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Tocantins.

de ley. También se hizo una reflexión sobre los aspectos más destacados de la ley y las modificaciones introducidas por la Medida Provisional Nº 703/15. El análisis se realizó desde la perspectiva de la utilización de la norma por el Ministerio Público en conjunción con la ley vigente (en especial, la Ley de Improbidad Administrativa y la Ley Nº 8.666/93).

Palabras clave: *Ley Anticorrupción; Persona jurídica; Responsabilidad civil; La Fiscalía; Acuerdo de Indulgencia.*

1. Introdução

Com o amadurecimento da democracia no Brasil nessa quadra da história nacional, a sociedade - de fato - despertou para a relevância do tema “combate à corrupção”.

As recentes manifestações populares nas ruas, que tiveram início em junho de 2013, demonstram que a prática de graves atos ímprobos e o conhecimento dos detalhes sobre os crimes que lesam os cofres públicos revoltam toda a população.

Tributado e sem acesso a serviços públicos básicos de qualidade (saúde, segurança, educação, cultura, só para lembrar alguns), o povo, organizado especialmente via da internet, foi para as vias públicas e gritou contra a corrupção, contra a malfadada Proposta da Emenda Constitucional nº 37 (que absurdamente pretendia retirar o poder de investigação criminal do Ministério Público e de várias outras instituições republicanas) e pela moralidade na administração pública.

Logo após multidões tomarem as ruas, os Poderes Executivo e Legislativo viram-se na premência de buscar uma agenda positiva. Nesse contexto, o Congresso Nacional aprovou um projeto de lei que já tramitava há anos no Senado e se tornou a Lei nº 12.846, de 01 de agosto de 2013, conhecida como Lei Anticorrupção.

A norma teve *vacatio legis* de 180 dias e está, portanto, em vigor desde janeiro de 2014. A nova lei somente foi regulamentada em âmbito federal em 18 de março de 2015, após milhões de pessoas novamente

protestarem em todos os estados brasileiros, simultaneamente à deflagração de fases agudas da “Operação Lava Jato”, que apura desvio de valores da Petrobras.

Em 18 de dezembro de 2015, a Lei Anticorrupção foi objeto de polêmicas alterações, especialmente no que tange ao acordo de leniência, pela Medida Provisória nº 703, que atualmente está sob apreciação do Congresso Nacional.

O presente artigo busca situar a Lei nº 12.846/13 dentro do ordenamento até então vigente, definindo seu âmbito de aplicação, bem como destacar os principais pontos da norma sob a perspectiva do Ministério Público.

2. O contexto internacional da concepção do projeto que se tornou a Lei Anticorrupção

Se é perceptível que a Lei nº 12.846, de 01 de agosto de 2013, foi aprovada e sancionada no contexto nacional dos protestos populares de junho do mesmo ano, não menos palpável é o fato de que tal projeto de lei foi levado ao Congresso Nacional anos antes, em razão de uma diretriz de enfrentamento da corrupção, conduzida pela comunidade internacional.

Deveras, a Lei nº 12.846/13 tem viés de repressão das pessoas jurídicas, dentre as quais se destacam as sociedades empresariais, que pratiquem atos de corrupção contra a administração pública nacional e estrangeira.

A referida norma vem incrementar o ordenamento jurídico brasileiro interno, na direção do que apontavam tratados internacionais, buscando dotar o Brasil de lei semelhante às regras já existentes em outros países ocidentais.

Deveras, no ano de 1997, o Brasil e vários países, a exemplo da Alemanha, Irlanda, Argentina, Itália, Japão, Bélgica, Luxemburgo, México, Noruega, Chile, Dinamarca, Portugal, Espanha, Reino Unido, Suíça, Suécia, República Tcheca e Estados Unidos da América, firmaram a chamada Convenção sobre o Combate da Corrupção

de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais.

Tal instrumento internacional levou em conta a Recomendação sobre o Combate à Corrupção em Transações Comerciais Internacionais, adotada pelo Conselho da Organização para a Cooperação Econômica e o Desenvolvimento (OCDE), de 23 de maio de 1997, e buscou, como diz seu texto, instituir medidas efetivas para deter, prevenir e combater a corrupção de funcionários públicos estrangeiros ligados a transações comerciais internacionais.

A promulgação da Convenção referida somente ocorreu no Brasil em novembro de 2000, por via do Decreto 3.678/00.

Dentre as diretrizes dessa convenção internacional estava, por exemplo, a criminalização da conduta corrupta da pessoa física. O indivíduo que oferecesse, promettesse ou entregasse qualquer vantagem a um funcionário público estrangeiro, causando ação ou omissão do servidor no desempenho de suas funções relacionadas a transações internacionais, ou o funcionário público que obtivesse vantagem ilícita na condução de negócios internacionais deveria ser atingido pelo Direito Penal.

Em razão desse ponto da Convenção da OCDE foi editada a Lei nº 10.467/2002 que incluiu os artigos 337-B, 337-C e 337-D no Código Penal Brasileiro, tornado crime o ato de corromper um funcionário público estrangeiro.

Porém, além de apontar para a censura de pessoas físicas, a Convenção da OCDE também dispunha sobre a necessidade de se responsabilizar seriamente as pessoas jurídicas envolvidas em corrupção, de modo não necessariamente penal.

Com efeito, prevê expressamente o documento internacional que, caso a responsabilidade criminal sob o sistema jurídico da Parte não se aplique a pessoas jurídicas, a Parte deverá assegurar que as pessoas jurídicas estarão sujeitas a sanções não-criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas contra a corrupção de funcionário público estrangeiro, inclusive sanções financeiras.

Além de vinculado pela Convenção da OCDE, o Brasil reiterou, também na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, firmada em Mérida em 2003, o compromisso de responsabilizar as pessoas jurídicas que participam de atos de corrupção. O artigo 26 da Convenção de Mérida é explícito sobre o tema².

Tal obrigação – até os protestos de junho de 2013 - não vinha sendo satisfatoriamente cumprida pelo Brasil, ao contrário do que ocorria em países como os Estados Unidos e o Reino Unido, que já contavam respectivamente, com o Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)³ e com o UK Bribery Act.

A pressão nas ruas do Brasil, e possivelmente a cobrança internacional pelo cumprimento já atrasado das convenções, formaram o ambiente ideal para a aprovação da Lei Anticorrupção (também conhecida como Lei Anticorrupção Empresarial ou Lei da Empresa Limpa), que passou a compor o instrumental legal para enfrentamento da corrupção em nosso país, ao lado da Lei de Improbidade Administrativa, da Lei nº 8.666/93, do Código Penal, do Decreto Lei nº 201/67, entre outras.

Os bons ventos que vinham soprando sobre o tema em matéria legislativa perderam força em dezembro de 2015. No apagar das luzes daquele ano, mais precisamente em 18 de dezembro, foi editada a Medida Provisória nº 703, ainda não convertida em lei pelo Congresso.

2 Prevê o tratado: “Artigo 26 - Responsabilidade das pessoas jurídicas 1. Cada Estado Parte adotará as medidas que sejam necessárias, em consonância com seus princípios jurídicos, a fim de estabelecer a responsabilidade de pessoas jurídicas por sua participação nos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção. 2. Sujeito aos princípios jurídicos do Estado Parte, a responsabilidade das pessoas jurídicas poderá ser de índole penal, civil ou administrativa. 3. Tal responsabilidade de existirá sem prejuízo à responsabilidade penal que incumba às pessoas físicas que tenham cometido os delitos. 4. Cada Estado Parte velará em particular para que se imponham sanções penais ou não-penais eficazes, proporcionadas e dissuasivas, incluídas sanções monetárias, às pessoas jurídicas consideradas responsáveis de acordo com o presente Artigo.”

3 Os Estados Unidos editaram sua norma em 1977, vinte anos antes da Convenção da OCDE. O Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) foi criado logo após a enorme repercussão do caso Watergate, que culminou com a renúncia do presidente Richard Nixon, em 09 de agosto de 1974. O escândalo veio a público com publicações no jornal Washington Post, cujo informante (com identidade preservada na época) ficou conhecido como “Garganta Profunda”.

A medida provisória alterou dispositivos da Lei nº 12.846/13, notadamente os contornos do chamado acordo de leniência, deixando clara a influência dos efeitos da “Operação Lava Jato” nos mais altos processos decisórios, o que exige, pois, redobrada atenção da sociedade e dos juristas.

3. O objeto e os principais pontos da Lei nº 12.846/13.

A Lei Anticorrupção brasileira tem como objeto a responsabilidade civil e administrativa das pessoas jurídicas envolvidas em atos de corrupção contra a administração pública nacional ou estrangeira.

A norma cria um sistema próprio de responsabilização, que, porém, não exclui a responsabilidade das pessoas físicas.

A aplicação da nova norma não impede nem prejudica a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa ou da Lei de Licitações, salvo se houver prévio e válido acordo de leniência, nos termos da Medida Provisória nº 703.

Sobre tal ponto, aliás, a norma é expressa, já que o artigo 30 da Lei Anticorrupção aponta que, em regra, a aplicação de sanções com base na novel norma não prejudica a utilização da Lei nº 8.429/92, da Lei nº 8.866/93 ou da Lei nº 12.462/11 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC).

Feitas essas iniciais – porém relevantes – observações, passa-se a tecer comentários sobre alguns aspectos da Lei nº 12.846/13, especialmente com vistas à sua aplicação pelo Ministério Público.

3.1 Responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas e a possibilidade de sancionamento da pessoa jurídica ainda que não existente ou não comprovada a participação de servidor público no ato

O primeiro ponto de destaque da nova lei é, sem dúvida, a previsão expressa de responsabilidade objetiva da pessoa jurídica por

atos lesivos à administração nacional e estrangeira, ainda mais dentro das balizas gizadas pela norma.

Como é sabido, a Lei de Improbidade Administrativa tem como foco central a figura do agente público, exigindo, portanto, comprovação de participação de um servidor público em sentido amplo no ato ímprobo contra Administração para que, acessoriamente, se possa cogitar a responsabilidade também de um particular.

Doutrina o Promotor de Justiça Paulista Silvio Antonio Marques (2010, p. 41) que: “A caracterização do ato de improbidade depende do envolvimento da Administração Pública direta ou indireta, de um lado, e de pelo menos um agente público, de outro.”

E mais: a aplicação da Lei nº 8.429/92 depende ainda da comprovação - ao menos - de culpa em sentido estrito desse agente público na prática de um ato desonesto.

A responsabilização por ato de improbidade administrativa é, pois, sabidamente subjetiva, o que gera intermináveis debates na seara probatória no bojo dos feitos dessa natureza, como é notório entre os profissionais que lidam com o tema.

A Lei Anticorrupção, entretanto, logo em seu artigo 1º, enuncia com todas as letras: “Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.” O artigo 2º da norma repete que a responsabilidade é objetiva.

A responsabilidade objetiva, longe de ser uma inovação na ordem jurídica, já era adotada na seara ambiental, do direito do consumidor, na área tributária, dentre outras. A previsão é totalmente compatível com a Constituição Federal e atende aos tratados internacionais subscritos pelo Brasil antes referidos.

A evolução na proteção do patrimônio público é considerável, pois, para aplicação da nova lei no curso de uma demanda bastará que seja provado o fato, o resultado e o nexos causal. Despicienda a prova da culpa e desnecessário ainda comprovar a participação de um servidor.

Parece-nos que a ratio da norma é exatamente dispensar a identificação das pessoas físicas e a nem sempre simples análise

subjetiva da conduta. Bastará, pois, provar que a pessoa jurídica está envolvida em ato lesivo à administração nacional ou estrangeira para que a responsabilização do ente privado reste configurada.

A opção é acertada, eficiente e justa, uma vez que, se houve vantagem ilícita para a empresa, deverá tal pessoa jurídica ser atingida pela responsabilização.

Patrícia Toledo Campos (2014) doutrina que:

(...) verificamos que a lei anticorrupção foi disciplinada no sentido de responsabilizar objetivamente as pessoas jurídicas que cometam os atos ilícitos por ela tipificados. Assim, vincular a aplicação das sanções de (i) suspensão ou interdição parcial de atividades, (ii) dissolução compulsória da pessoa jurídica e (iii) proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, à comprovação de culpa ou dolo, inserindo no centro da lei elementos da responsabilidade subjetiva, anularia todos os progressos que sua promulgação tem como finalidade.

A expressa adoção da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas pela Lei nº 12.846/13, portanto, criou no ordenamento jurídico brasileiro um segundo caminho no âmbito civil para o combate à corrupção, não excluindo porém a aplicação da Lei de Improbidade – que também podia e pode ser usada em face de pessoas físicas e jurídicas. Ocorreu, assim, um verdadeiro incremento do instrumental normativo à disposição do Ministério Público e dos entes administrativos colegitimados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) para a tutela do patrimônio público.

3.2 Os atos lesivos à administração pública

O texto da Lei nº 12.846/13 traz em seu artigo 5º previsão de atos lesivos à administração nacional ou estrangeira que autorizam a incidência do novel diploma.

São disposições com previsões de hipóteses fáticas tipificadoras dos atos ilícitos que são objeto da lei, de modo a gerar as consequências sancionatórias previstas a posteriori no mesmo diploma.

A redação da cabeça do referido artigo 5º fala em “todos” os “atos lesivos” ao patrimônio público nacional ou estrangeiro, aos princípios e tratados internacionais, mas, no final da frase, vale-se da expressão “assim definidos”⁴.

Para alguns intérpretes, os subseqüentes incisos do artigo da nova norma estabeleceriam tipologias taxativas, *numerus clausus*, em razão da expressão “assim definidos”.

4 Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

IV - no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

Sidney Bittencourt (2015, p. 59) adota tal entendimento, doutrinando: “Os incisos I a V do art. 5º descrevem, num rol exaustivo, os atos considerados lesivos à Administração Pública.”

Caso seja adotada tal interpretação, a Lei Anticorrupção exigiria para sua aplicação a subsunção do fato investigado a uma das práticas ilegais expressamente previstas nos incisos, ao contrário da Lei de Improbidade Administrativa que, como é sabido, adota a técnica de um rol exemplificativo, ou seja, *numerus apertus*.

Outros doutrinadores, porém, defendem que o rol da Lei Anticorrupção é também meramente exemplificativo, já que os próprios incisos apresentam redações que não são fechadas. Nesse sentido, poder-se-ia citar Jefferson Aparecido Dias (2015, p. 97), que escreve:

No entanto, analisando cada um dos incisos e alíneas do mencionado art. 5º, é possível sustentar que o rol é exemplificativo e admite aplicação extensiva, uma vez que em vários momentos são utilizadas expressões como 'qualquer outro expediente' ou 'vantagem de qualquer tipo', etc.

Pensamos que essa segunda posição seja mais acertada. Primeiro porque estamos diante de uma norma civil e não penal. Em segundo lugar, o caput do artigo 5º utiliza a palavra “todos” ao se referir aos atos lesivos à administração. Não bastasse, as expressões abertas de incisos e alíneas do mesmo artigo 5º revelam que é possível uma incidência ampla da lei sempre que ocorrer um ato lesivo à administração na acepção do caput.

De qualquer modo, a norma arrola como atos lesivos condutas que podem ser sintetizadas como: a) a entrega de vantagem a agente público, direta ou indiretamente, ou a terceira pessoa a ele relacionada (inciso I do artigo 5º); b) o financiamento de práticas ilícitas previstas na própria Lei Anticorrupção (inciso II); c) o uso de empresas ou pessoas físicas de fachada ou de outras sociedades para ocultar interesses ou benefícios (inciso III); d) a conduta de prejudicar licitações ou fraudar o contrato dela decorrente, mediante

as condutas previstas nas alíneas do inciso IV; e) a prática de dificultar a investigação ou a fiscalização de atos de corrupção (inciso V).

A previsão do inciso I pune a empresa que pague propina a um agente público, fazendo-o de modo direto ou indireto, ainda que via terceira pessoa. É o ato de corrupção mais manifesto. Seria o equivalente civil aos fatos típicos penais previstos no artigo 333 (corrupção ativa) e no artigo 337-B (corrupção ativa em transação comercial internacional) do Código Penal Brasileiro. Já no inciso II é prevista a hipótese de financiamento de atividades corruptas, enquanto no inciso III é tido como ilícito o uso de pessoas interpostas.

As hipóteses elencadas nas alíneas do inciso IV parecem particularmente interessantes, exatamente por serem condutas comuns de fraude à licitação, inclusive com uso de empresas de fachada de um mesmo grupo empresarial, para a fraude de licitações. Nesse caso, ganha relevo a responsabilidade objetiva sem necessidade de prova de concurso de agente público, bastando que as empresas fraudem licitação, ainda que sem a participação de um servidor.

O mesmo inciso IV dispõe que também é ato lesivo a conduta de fraudar o contrato administrativo que está em execução (portanto, após a licitação). A redação é curta e sinalizada claramente para a possibilidade de enquadramento de uma grande gama de condutas prejudiciais aos contratos administrativos. Nessa hipótese pensamos que se amoldam, por exemplo, o sobrepreço e o superfaturamento por deficiência de qualidade ou quantidades. O desvio de verbas por tais expedientes deve ser sancionado já que é, sem dúvida, uma das maiores causas de prejuízo ao erário.

Por fim, a norma também considera passível de responsabilização a conduta de embaraçar a investigação e a fiscalização. A norma é salutar e parece trazer maior senso de integridade empresarial, harmonizando-se com a previsão do artigo 7º, inciso VIII, que estimula a criação, dentro das empresas, de mecanismos e procedimentos de integridade e auditoria (*compliance*).

Assim, ocorrendo atos lesivos que possam ser extraídos da interpretação do artigo 5º da Lei Anticorrupção, abre-se a perspectiva da aplicação judicial ou administrativa das sanções da norma.

3.3 *Compliance* e a prevenção de práticas corruptas

Outro ponto de considerável destaque da Lei nº 12.846/2013 foi a introdução, no ordenamento brasileiro, da norma que visa estimular a prevenção à corrupção dentro e pelas próprias pessoas jurídicas.

A inovação consta no inciso VIII do artigo 7º, que estabelece como atenuante para a fixação de sanções a adoção pelas pessoas jurídicas, de “mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”.

Em língua inglesa, tais práticas são conhecidas como *compliance*. O incentivo à criação de tais mecanismos internos por parte das pessoas jurídicas é deveras interessante, pois busca induzir uma mudança cultural na forma de agir das empresas que contratam com o Poder Público e propõe que a própria pessoa jurídica e seus empregados atuem no espaço privado, prevenindo a corrupção na administração pública. Ao que se percebe, tal novidade vem agitando, ao menos inicialmente, o mundo corporativo, já que leva à criação de ações proativas anticorrupção no ambiente empresarial, o que evidentemente é muito interessante.

É bem verdade que há leis estrangeiras, a exemplo do inglês UK Bribery Act, que são muito mais rígidas nesse tema, determinando como dever a criação de sistemas de integridade e não somente estipulando a existência de *compliance* como uma atenuante em caso de eventual condenação pela prática de ato lesivo. No Reino Unido, por exemplo, a inexistência de programas de *compliance* é, por si só, crime.

A respeito, escreve Paulo Roberto Galvão de Carvalho (2015, p. 35-62):

A legislação britânica é, mais uma vez, a que mais se destaca na importância conferida aos programas de “*compliance*”. Ao erigir à categoria de ilícito penal autônomo a mera conduta de falhar na prevenção da corrupção, o UKBA transfere ao particular todo ônus de prevenir a prática de atos de corrupção em qualquer elo da cadeia de negócios da empresa, tornando-a responsável por desenhar, implementar, aplicar e avaliar sua própria regulamentação.

Uma análise interessante pode ser encontrada no Relatório Anticorrupção da União Européia de 2014⁵, que destaca a legislação do Reino Unido:

Um quadro jurídico sólido para combater a corrupção nacional e transnacional – Reino Unido

A lei da corrupção de 2010, que entrou em vigor a 1 de julho de 2011, coloca o Reino Unido entre os países com as normas anticorrupção mais severas do mundo. Não só criminaliza o pagamento e o recebimento de subornos e o suborno de funcionários estrangeiros, como estende a responsabilidade criminal a organizações comerciais que não conseguem prevenir atos de corrupção cometidos em seu nome. As disposições em matéria de competência extraterritorial permitem que o Serviço de Fraude Grave (Serious Fraud Office – SFO) acuse qualquer empresa, ou pessoa associada, presente no Reino Unido, mesmo que a empresa se encontre estabelecida no estrangeiro. As organizações comerciais estão isentas de responsabilidade criminal se dispuserem de procedimentos adequados para prevenir a corrupção. As orientações de acompanhamento de organizações comerciais (GCO), emitidas pelo SFO, promovem a sensibilização para o novo quadro normativo e guiam as empresas de forma prática (incluindo estudos de casos) quanto às suas obrigações legais de prevenir ou detetar⁶ atos de corrupção. Em consonância com uma anterior recomendação da OCDE, as GCO deixam bem claro que a facilitação de pagamentos é considerada um suborno ilícito e incluem critérios para que as empresas possam distinguir a hospitalidade das formas encobertas de suborno.

O SFO dispõe de plenos poderes para investigar e reprimir as fraudes graves e complexas, incluindo a corrupção. Em determinadas

5 Disponível em : <http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/elibrary/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/docs/acr_2014_pt.pdf>.

6 Tradução portuguesa.

circunstâncias, o SFO pode ponderar a aplicação de ordens de cobrança e liquidações cíveis em conformidade com as referidas orientações.

De qualquer modo, a introdução dessa perspectiva de integridade empresarial no ordenamento jurídico brasileiro, sem dúvida, chama atenção dos atores do mercado e contribui para a melhoria da prevenção da corrupção na esfera pública pelo estímulo de controle dos empregados de pessoas jurídicas que tenham negócios com o Estado. Essa nova concepção atingirá especialmente grandes empresas.

Parâmetros para o *compliance* constam do Decreto nº 8.420 de 18 de março de 2015, que regulamentou a Lei Anticorrupção em âmbito federal, podendo-se citar a título de exemplo: a) o comprometimento da alta direção da pessoa jurídica com os programas de integridade; b) padrões de conduta e código de ética para funcionários e fornecedores; c) treinamentos periódicos sobre o programa de integridade; d) análise periódica de riscos; e) registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica e controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiras da pessoa jurídica; f) independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento; g) monitoramento contínuo do programa de *compliance*; h) transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos.

A existência e efetiva utilização do *compliance* incrementam a prevenção à corrupção por via de controle dos potenciais corruptores, sendo que a previsão legal dos programas de integridade vem gerando reações socialmente positivas nos particulares.

Neste pórtico, Jorge Hage Sobrinho (2014, p. 50) destaca:

A necessidade, para as empresas, de se prepararem em termos de suas estruturas ou programas de “*compliance*”, aí incluídas as análises de risco e a “*due diligence*” quanto a seus fornecedores,

terceirizados em geral, procuradores, representantes, incorporados e consorciados, de modo a evitar incidir em quaisquer das hipóteses de enquadramento (por responsabilidade objetiva, repita-se) nos tipos de ilícitos da nova lei. Importa registrar que já é possível identificar uma clara movimentação do empresariado brasileiro nessa direção. As conferências, seminários e reuniões de debate que se sucedem – somente com a participação de algum representante da CGU já se realizam cerca de 60 eventos desse tipo – constituem interessante indicador dessa mudança de postura sem precedentes entre nós.

Desse modo, a inovação legislativa amplia a perspectiva de controle da corrupção para dentro do próprio setor privado, incentivando as empresas a atuarem de modo íntegro e criando no ambiente empresarial uma fiscalização recíproca, que pode gerar bons frutos e inibir o comportamento corrupto especialmente em grandes corporações.

3.4 Acordo de Leniência e a Medida Provisória nº 703

A colaboração premiada, devidamente regulada no âmbito penal pela Lei de Repressão ao Crime Organizado (Lei nº 12.850/13) parece ter superado uma situação de instituto de pouco sucesso no Brasil para ter efetiva aplicação em casos concretos como na chamada “Operação Lava Jato”. Deveras, vários autodeclarados partícipes de ilícitos, diante da perspectiva de perdão judicial ou de redução significativa de suas sanções criminais, resolveram colaborar com as autoridades, permitindo o progresso nas apurações, as quais estão se aproximando de estamentos inimagináveis há pouco tempo.

A Lei nº 12.846/13, em sua redação original, previa o chamado acordo de leniência⁷ somente com aplicação no âmbito administrativo e, portanto, para fins de isenção de sanções e de diminuição de multa igualmente administrativas.

⁷ O acordo de leniência já existia na Lei Antitruste (Lei nº 12.529/11) para envolvidos em infrações à ordem econômica. Assim, um participante de um cartel que denuncie às autoridades outros envolvidos em prática lesiva à concorrência e colabore com as investigações pode ser incluído em programa de leniência.

A previsão legal do acordo de leniência gerou e continua gerando grande celeuma, obviamente devido à “Operação Lava Jato” e seus desdobramentos no campo civil em face das maiores empreiteiras do país.

A Lei Anticorrupção - antes da alteração dada pela Medida Provisória nº 703, ainda não apreciada pelo Congresso - estabelecia, em seu artigo 16, §1º, I, que somente poderia ser firmado o acordo de leniência quando a pessoa jurídica autora de atos ilícitos fosse a primeira a se manifestar e admitisse sua participação no ilícito, apontando as demais autoras dos atos e colaborando com as apurações.

A previsão expressa de limitar a aplicação do acordo de leniência a uma empresa parecia não agradar ao Poder Executivo Federal. Comprovação clara disso é que, por via do Decreto 8.420/2015, de 18 de março daquele ano, houve a regulamentação da Lei Anticorrupção mas, nesse ponto, constou do dito decreto, mais especificamente do seu art. 30, que seria possível a celebração do acordo desde que a empresa fosse “a primeira a manifestar interesse em cooperar para a apuração de ato lesivo específico, quando tal circunstância for relevante”. O regulamento, indisfarçavelmente, adulterava o que pretendia a Lei Anticorrupção, pois introduzia um complemento ao texto (“quanto tal circunstância for relevante”), buscando dar discricionariedade ao ente para considerar ou não o importante pressuposto legal. A ilegalidade do decreto era evidente e a norma infralegal não autorizava validamente a celebração de acordos de leniência com várias empresas envolvidas no ato de corrupção.

Foi especialmente nesse ponto que novamente o Executivo Federal, agora por via da Medida Provisória nº 703, procura alargar, de modo questionável, o número de empresas potencialmente beneficiárias do acordo de leniência em um caso.

Realmente, a dita medida provisória - de urgência e relevância inexistentes e, portanto, de constitucionalidade muito discutível -, revogou o inciso I, do § 1º, do artigo 16. Assim, em caso de ratificação pelo Congresso, passará a Lei Anticorrupção a não mais exigir expressamente que a empresa potencialmente beneficiária do acordo

seja a primeira a se manifestar e delatar as demais. É dizer: mais de uma empresa poderá ser beneficiada.

A revogação de tal requisito é, claramente, inapropriada e deveras prejudicial aos fins da norma, pois estimula o silêncio das corruptoras, que poderão aguardar alguma outra empresa fazer inicialmente o acordo para somente depois também delatar as outras.

Além disso, no texto original da Lei Anticorrupção, o acordo de leniência não tinha reflexos na seara cível, atenuando somente as sanções que poderiam ser impostas pelo ente público na seara administrativa.

De outro lado, a lei também não previa expressamente a presença do Ministério Público como legitimado para celebrar o acordo com pessoas jurídicas, o que - segundo já apontávamos na primeira versão desse breve estudo - redundava em baixo interesse de empresas que quisessem colaborar seriamente, pois as mesmas pessoas jurídicas colaboradoras ficariam expostas a processos judiciais.

Desse modo, sustentava-se - com toda razão - que o Ministério Público deveria acompanhar o acordo de leniência e buscar conjuntamente também a obtenção da colaboração premiada, potencializando o descobrimento de outros autores de atos de corrupção, da estrutura hierárquica da organização criminosa, tudo objetivando a prevenção de novas infrações penais e a recuperação de valores. Essa cooperação entre os entes da administração e o Ministério Público no contexto do acordo de leniência, além de deveras pragmática, atende inclusive a uma diretriz da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção que, em seu artigo 39, prevê que cada país adotará as medidas que sejam necessárias, em conformidade com seu direito interno, para estabelecer a cooperação entre os organismos nacionais de investigação e o Ministério Público em questões relativas à prática dos delitos qualificados de acordo com aquela convenção.

Com a redação dada a vários dispositivos pela medida provisória, restou expressa a legitimidade ministerial para firmar

acordos de leniência. E mais: se o acordo de leniência for firmado com atuação do Ministério Público o pacto poderá conter cláusula visando impedir o seguimento ou propositura de ações de improbidade administrativa.

Apesar da Medida Provisória permitir que o ente público e a Advocacia Pública firmem por si os pactos, um acordo de leniência somente trará consequências para a atuação do Ministério Público se o próprio Parquet foi um dos celebrantes. A norma é clara ao afirmar, no § 11º do artigo 16, que o acordo impede os entes celebrantes de ajuizar ou prosseguir em ações com base na lei de improbidade. O § 12º do mesmo artigo esclarece que somente com a presença do Ministério Público é que o acordo poderá ter efeitos de vincular todos os legitimados para as ações.

Assim, caso o Ministério Público figure como signatário de acordo de leniência com uma empresa que colabore com as apurações, observados os requisitos legais, estará fechada a possibilidade de ajuizamento de ação de improbidade ou mesmo o seguimento de ações ajuizadas. Se, porém, não houver participação do Parquet, evidentemente o acordo somente vinculará o ente público (União, Estado, Município) celebrante, podendo o Ministério Público tomar todas as medidas à sua disposição, inclusive a ação de improbidade administrativa.

Destarte, é mais que salutar e recomendável a presença do Ministério Público em todos os acordos de leniência para fiscalizar desde o início o procedimento, sob pena de, não havendo anuência do membro do Órgão Ministerial ou Parquet, a tratativa restar inócua em juízo.

Estando a dita Medida Provisória, atualmente, em período de vigência precária, sem conversão da mesma em lei pelo Congresso, o tema acordo de leniência é, possivelmente, em dos mais fluidos no cenário jurídico atual. De qualquer forma, considerando que a Carta Maior prevê que o Ministério Público tem função de tutela do patrimônio público e prerrogativa de manejar a ação civil pública para proteção de tal direito difuso, além da atuação criminal pelos mesmos

fatos, a tendência é a de uma participação do Ministério Público como protagonista em acordos de leniência.

3.5 As sanções judiciais da Lei nº 12.846/13 e a independência da utilização das outras Leis de responsabilização da pessoa jurídica

A Lei nº 12.846/13 prevê sanções administrativas e sanções aplicáveis via processo judicial, de natureza civil.

A imposição judicial das sanções civis da Lei Anticorrupção às pessoas jurídicas é, em regra, independente da utilização e aplicação das sanções da Lei de Improbidade Administrativa. Somente se houver acordo de leniência firmado com atuação do Ministério Público é que tal preceito poderá ser afastado, a prevalecer a redação do artigo 30 da norma, dada pela Medida Provisória nº 703, em caso de conversão da mesma em lei pelo Congresso Nacional.

A Lei Anticorrupção estipula como sanções a serem aplicadas em juízo para as pessoas jurídicas: a) perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração; b) suspensão ou interdição parcial de suas atividades; c) dissolução compulsória da pessoa jurídica; d) proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

Já a Lei de Improbidade Administrativa, aplicável em tese a pessoas físicas e jurídicas, comina, como é sabido, sanções de: a) ressarcimento integral dos danos; b) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; c) perda da função pública; d) suspensão dos direitos políticos; e) pagamento de multa civil; f) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

Nesse contexto, verifica-se que a Lei Anticorrupção repete parte das sanções já previstas na Lei de Improbidade Administrativa, como a perda dos bens obtidos ilicitamente, a proibição da empresa receber benefícios e incentivos fiscais. Outras sanções para empresas são novidade no âmbito judicial, quais sejam: a suspensão parcial de atividade e a dissolução da pessoa jurídica, que somente são previstas na nova Lei e somam-se ao rol de sanções já posto pela Lei de Improbidade Administrativa. Em relação ao perdimento dos bens ilicitamente acrescidos ao patrimônio e à proibição de receber incentivos fiscais, caberá evidentemente um único sancionamento para um único ato lesivo, já que as consequências jurídicas são previstas de modo idêntico em ambos os diplomas civis.

A independência da aplicação da Lei Anticorrupção em relação à Lei de Improbidade Administrativa é, como já ressaltado, expressa como regra no artigo 30 da norma, devendo-se, porém, segundo nosso entendimento, evitar a aplicação da mesma sanção civil duas vezes pelo mesmo fato. Cuidando-se de sanções diferentes, é possível a múltipla apenação pelo mesmo ato lesivo, com base nas duas leis (por exemplo: suspensão de atividades, proibição de contratar com o Poder Público e imposição de multa civil).

É possível, em tese, a cumulação de pedidos de sancionamento com base na Lei de Improbidade e com fulcro na Lei Anticorrupção na mesma ação civil pública, que deverá adotar rito mais amplo, ou seja, o da Lei nº 8.429/92, em razão da espécie de defesa prévia.

Sobre o tema, doutrina Eduardo Cambi (2014, p. 38):

(...) não parece inadequado admitir o cúmulo da ação civil pública de improbidade administrativa com a ação civil pública de responsabilização objetiva da pessoa jurídica, pelos atos praticados na Lei nº 12.846/2013, pois, ainda que tal lei não verse apenas sobre a obrigação de reparação integral dos danos ao erário público, está sujeita ao procedimento da lei de ação civil pública.

Apesar de admissível processualmente, caberá análise caso a caso acerca da conveniência de tal cumulação, já que a introdução,

numa mesma ação, de tema acerca da presença de culpa em sentido lato poderá prejudicar a simplificação do processo em razão da prova a ser produzida, tornando inócuo o comando de responsabilidade objetiva.

De outro lado, a aplicação das sanções administrativas criadas pela Lei Anticorrupção (multa no valor de 0,1% a 20% do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo e publicação extraordinária da decisão condenatória) também em nada prejudica as sanções a serem aplicadas por via de processo judicial, em razão da independência das instâncias civil e administrativa, como, aliás, ocorre em relação às penas previstas na Lei nº 8.666/93 (advertência, suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 anos e declaração de inidoneidade). Tal concepção, tradicional em nosso Direito, foi inclusive expressamente adotada no artigo 18 da Lei nº 12.846/13.

A sanção mais drástica prevista na Lei Anticorrupção que depende de processo judicial é a dissolução compulsória da pessoa jurídica. Evidentemente, tal punição deverá ser aplicada em casos mais graves, notadamente para pessoas jurídicas seriamente envolvidas na prática de atos corruptos ou criadas especialmente para fraudes e atos lesivos contra a Administração. A severa punição é coerente com o repúdio das Nações Unidas à corrupção e com o teor dos compromissos assumidos pelo Estado Brasileiro no plano internacional.

4. Conclusões

A Lei nº 12.846/2013, cujo projeto foi gestado em razão de verdadeiro movimento mundial de combate à corrupção, logrou aprovação no Congresso Nacional em razão de surpreendentes manifestações populares, em alvissareiro momento histórico brasileiro. A Lei Anticorrupção, Lei Anticorrupção Empresarial ou Lei da Empresa Limpa introduziu interessantes inovações para o

ordenamento jurídico, especialmente em razão de inocular o dever de controle de atos lesivos à Administração Pública no seio das próprias empresas, sob pena de responsabilidade objetiva da pessoa jurídica privada.

A tentativa de indução de uma cultura de integridade nas empresas, por via dos mecanismos de *compliance* e de responsabilização independente de culpa, apesar das discutíveis alterações até agora precariamente introduzidas por medida provisória, tem potencial para aprimorar a prevenção de atos lesivos pela própria iniciativa privada, notadamente em grandes corporações.

A interpretação e a aplicação correta da referida norma, bem como do teor da Medida Provisória nº 703, poderão dar maior ou menor efetividade à Lei Anticorrupção, sendo certo que o Ministério Público, tanto em âmbito federal como estadual, velará para que os interesses públicos - tão vilipendiados por atos de corrupção - sejam tutelados, a bem da sociedade brasileira.

Referências

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Crime organizado e proibição de insuficiência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BAPTISTA, Renata Ribeiro. Dilemas e Boas Práticas do Modelo Multijurisdicional no Combate a Ilícitos Transfronteiriços: Algumas Pautas para Aplicação da Lei nº 12.846/13.

BITTENCOURT, Sidney. Comentários à Lei Anticorrupção. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

CAMBI, Eduardo. A Atuação do Ministério Público no Combate à Corrupção na Lei 12.846/2013. Revista CNMP, Brasília, nº 4, p 11-43, 2014.

CAMPOS, Patrícia Toledo de. Comentários à Lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção. Revista Digital de Direito Administrativo – USP Ribeirão Preto, v. 2, n. 1, p. 160-185, 2015.

CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. Legislação Anticorrupção no mundo: Análise comparativa entre a Lei Anticorrupção Brasileira, o “Foreign Corrupt Practices Act” Norte-Americano e o “Bribery Act” do Reino Unido.

CARVALHOSA, Modesto. A virgindade da Lei Anticorrupção. *Jornal O Estado de São Paulo*, 29.01.2015

DIAS, Jefferson Aparecido. Atos de Corrupção Relacionados com Licitações e Contratos. cf. Lei Anticorrupção. SOUSA, Jorge Munhós e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (orgs.). Salvador: JusPodivm, 2015, p. 89-109.

MARQUES, Silvio Antonio. Improbidade Administrativa – Ação Civil e Cooperação Jurídica Internacional. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOBRINHO, Jorge Hage. Lei 12.846/2013: Lei da Empresa Limpa. *Revista dos Tribunais*, ano 103, v. 947, set/2014, p. 37-55.

SOUSA, Jorge Munhós e QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (orgs.). Salvador: JusPodivm, 2015, p. 35-62.

REALIZAÇÃO



CENTRO DE
ESTUDOS E
APERFEIÇOAMENTO
FUNCIONAL

ISSN 1984-168X

