

Ministério Público do Estado de Goiás
Procuradoria-Geral de Justiça

REVISTA
PARQUET

em FOCO

Escola Superior do
Ministério Público
do Estado de Goiás

N. 5

Goiânia
2019

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS

Procuradoria-Geral de Justiça

Procurador-Geral de Justiça: Aylton Flávio Vechi

Escola Superior do Ministério Público do Estado de Goiás

Diretor: Marcelo André de Azevedo

Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Goiás

Corregedor-Geral: Sérgio Abinagem Serrano

Ouvidoria de Justiça do Estado de Goiás

Ouvidora: Orlandina Brito Pereira

Subprocurador-Geral de Justiça para Assuntos Administrativos

Subprocuradoria-Geral de Justiça: Cyro Terra Peres

Subprocuradoria-Geral de Justiça para Assuntos Institucionais

Subprocuradoria-Geral de Justiça: Laura Maria Ferreira Bueno

Subprocuradoria-Geral de Justiça para Assuntos Jurídicos

Subprocuradoria-Geral de Justiça: Ana Cristina Ribeiro Peternella França

Revista Parquet em Foco/Escola Superior do Ministério Público de Goiás. – Goiânia:
ESMP-GO. - v.3.n.5, (jan/abr 2019). 20 x 28 cm. 74p.

Quadrimestral
ISSN 2594-634X

1. Direito (Ciência Jurídica) - Brasil. I.Goiás (Estado) - Ministério Público. II.Escola Superior do Ministério Público do Estado de Goiás. III. Título.

CDU:34(05)

T.G.G. CRB 1842

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.
Pede-se permuta On demande l'échange We ask for exchange

Editoração, projeto gráfico e diagramação: Coordenação de Editoração da ESMP-GO (Fabiana Figueiredo)

Entrevista: Apoio Técnico em Comunicação da ESMP-GO (Elaine Borges)

Corpo Editorial da Revista: p.4

Revisão ortográfica: Tikinet Edição Ltda

Créditos fotos: Assessoria de Comunicação do MPMO (João Sérgio): p.19, 28 (inferior), 35, 41, 51, 55 e 69.

Imagens do site Pixabay: 14, 23, 31, 39, 42 e 53.

Banco de imagens do MPMO/Depositphotos: p. 59.

Imagens cedidas pelos autores: p. 7, 13, 28(superior), 70, 71, 72 e 74.

Impressão: Cir Gráfica e Editora Ltda

Tiragem: 500 exemplares

Editor / Autor corporativo: MPMO

Escola Superior do Ministério Público do Estado de Goiás

Rua 23, esquina c/ Av. Fued José Sebba, Qd. A 06, Lts. 15/24

Jardim Goiás - Goiânia - Goiás - CEP 74.805-100 Tel.: 62 3243-8000

e-mail: esmp@mpgo.mp.br; editoracao@mpgo.mp.br;

<http://www.mpmo.mp.br>

EDITORIAL	5
------------------------	---

ENTREVISTA

Desafios do Direito Ambiental para o mundo contemporâneo.....	7
VLADIMIR PASSOS DE FREITAS	

ARTIGOS

O perfil da cidadania no Brasil e a luta pelo seu fortalecimento.....	13
RAFAEL SIMONETTI BUENO DA SILVA	

Ministério Público autocompositivo e acesso à Justiça	19
MELISSA SANCHEZ ITA	

Ex-prefeitos: rito processual a ser aplicado nos crimes de responsabilidade (Decreto-Lei nº 201/67)	28
SANDRA MONTEIRO DE OLIVEIRA LIMA / ANDREIA ZANON MARQUES JUNQUEIRA	

A indisponibilidade de bens da Lei nº 8.429/92 e o Novo Código de Processo Civil	35
BRUNO BARRA GOMES	

A (in)aplicabilidade do instituto da continuidade delitiva nos estupros reiterados contra a mesma vítima	41
FABRÍCIO LAMAS BORGES DA SILVA	

Estupro de vulnerável consentido e outras barbaridades.....	51
RODRIGO CORREA BATISTA	

O dever de motivação nas hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação	55
ORIANE GRACIANI DE SOUZA	

PROJETO EM DESTAQUE

Projeto Olho na Bomba: por um mercado de combustíveis com preços mais justos	69
RÔMULO CORRÊA DE PAULA	

CONSELHO EDITORIAL E COLABORADORES

CONSELHO EDITORIAL

MARCELO ANDRÉ DE AZEVEDO

Presidente do Conselho Editorial da Escola Superior do MPGO. Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa. Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela PUC-GO. Promotor de Justiça do MPGO e Diretora da ESUMP.

ALEXANDER ARAÚJO DE SOUZA

Doutor em Direito Penal e Filosofia do Direito pela Università degli Studi Roma Tre (Itália) e promotor de Justiça do MPRJ.

ALEXANDRE R. ALMEIDA DE MORAES

Doutor e mestre em Direito pela PUC-SP. Professor da PUC-SP. Promotor de Justiça do MPSP.

ANA TERESA SILVA DE FREITAS

Doutora em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão e promotora de Justiça do MPMA.

FERNANDO BRAGA VIGGIANO

Doutor em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e promotor de Justiça do MPGO.

FLÁVIO CARDOSO PEREIRA

Pós-doutor pela Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor em Direito pela Universidade de Salamanca (Espanha). Diretor da ESMPGO e promotor de Justiça do MPGO.

GERMÁN GUILLÉN LÓPEZ

Doutor em Direito pela Universidade de Salamanca (Espanha) e professor de Ciências Penais com especialização em Criminologia no Instituto Nacional de Ciências Penais, bem como, da Universidade de Sonora (México).

GUSTAVO DOS REIS GAZZOLA

Pós-doutor pela Lus Gentium Conimbrigae - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal), doutor em Direito Penal pela PUC-SP e promotor de Justiça do MPSP.

HERMES ZANETI JÚNIOR

Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Torino (Itália). Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul e promotor de Justiça do MPES.

JOÃO PORTO SILVÉRIO JÚNIOR

Doutor em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e Università degli Studi Roma Tre (Itália) e promotor de Justiça do MPGO.

LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ

Doutora pela Universidade de Salamanca e catedrática acreditada de Direito Penal na Universidade de Salamanca (Espanha).

LEONARDO SCHMITT DE BEM

Doutor em Direito Penal Italiano, Comparado e Internacional pela Università degli Studi di Milano (Itália) em cotutela com a Universidad de Castilla La-Mancha (Espanha) e professor-adjunto de Direito e Processo Penal na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul.

MAYRA CAMPOS ZUÑIGA

Doutora em Direito pela Universidade Estadual da Costa Rica, mestre em Ciências Criminais pela Universidade da Costa Rica. Professora catedrática Faculdade de Direito da Universidade da Costa Rica.

MARIA DEL CARMEM VÁZQUEZ ROJAS

Doutora e professora em Direito pela Universidade de Girona (Espanha).

NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA

Catedrático de Direito Processual da Universidade de Salamanca (Espanha). Recebeu o Prêmio Extraordinário de Doutorado, e tem desenvolvido estudos nas Universidades de Kansas, Turim e Coimbra. Diretor do curso de doutorado Estado de Direito e Boa Governança e avaliador nacional e internacional de mestrados, doutorados e pós-graduações, em especial na área de Ciências Jurídicas e Sociais.

NICOLAU ELÁDIO BASSALO CRISPINO

Doutor em Direito Civil pela USP, professor associado do curso de graduação em Direito e de mestrado em Direito Ambiental e Políticas Públicas da Universidade Federal do Amapá e procurador de Justiça do MPAM.

PEDRO IVO DE SOUSA

Doutor em Direito pela Università degli Studi Roma Tre (Itália). Professor Adjunto no Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. Vice-Diretor Acadêmico e professor da Escola de Estudos Superiores do Ministério Público/AESMP. Promotor de Justiça do MPES.

SAULO PINTO COELHO

Pós-Doutor, como bolsista CAPES, na área de Teoria do Direito, junto à Universitat de Barcelona - Espanha. Doutor, mestre e graduado em Direito pela UFMG. Professor efetivo da UFG. Vice-Diretor da Faculdade de Direito e coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas (PPGD-UFU). Professor do Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Direitos Humanos da UFG. Pesquisador e professor visitante da Universitat de Barcelona.

TARSIS BARRETO OLIVIERA

Doutor em Direito pela UFBA e professor-adjunto de Direito Penal da Universidade Federal do Tocantins, de Direito Penal e Processo Penal da Unites e do mestrado em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da UFT/ESMAT. Coordenador e professor da Especialização em Ciências Criminais da UFT.

A quinta edição da Revista Parquet em Foco contribui para a reflexão sobre temas variados, atuais, complexos, inovadores e diretamente em conformidade com as áreas de atuação do Ministério Público e da comunidade jurídica em geral.

São trabalhos que propiciam análises contemporâneas sobre os desafios do Direito Ambiental; a luta pelo fortalecimento da cidadania no Brasil; atuação do MP no campo da autocomposição; aplicação do rito processual nos crimes de responsabilidade; a indisponibilidade de bens da Lei de Improbidade Administrativa e o novo CPC; olho na bomba; a (in)aplicabilidade do instituto da continuidade delitiva nos estupros reiterados contra a mesma vítima; estupro vulnerável consentido e outras barbaridades; o dever de motivação nas hipóteses de dispensa e de inexibibilidade de licitação.

Agradeço a todos (as) que colaboraram para que esta tiragem espelhe a produção de excelência já evidenciada nas outras edições. Ao entrevistado Vladimir Passos de Freitas (chefe da Assessoria Especial de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça), aos autores dos artigos e projeto, Rafael Simonetti Bueno da Silva, Melissa Sanchez Ita, Sandra Monteiro de Oliveira Lima, Andrea Zanon Marques Junqueira, Bruno Barra Gomes, Fabrício Lamas Borges da Silva, Rodrigo Correa Batista, Oriane Graciani de Souza e Rômulo Corrêa (promotores e promotoras de Justiça do MP-GO), nosso profundo reconhecimento pelas qualificadas contribuições.

A produção do conhecimento na construção do saber sociocultural e científico, na interlocução com a atuação, constitui uma fonte aberta de pesquisa que se traduz em ações produtivas, mediante a disseminação de um saber democrático.

MARCELO ANDRÉ DE AZEVEDO
Promotor de Justiça e diretor da ESUMP-GO

Goiânia, abril de 2019.



**VLADIMIR
PASSOS DE
FREITAS**

Pós-doutor pela USP,
na área de Saúde Pública.

Doutor e mestre em Direito pela
Universidade Federal do Paraná.

Professor de Direito Ambiental
da graduação e pós-graduação
da PUC-PR.

Chefia da Assessoria Especial de
Assuntos Legislativos do Ministério
da Justiça e Segurança Pública.

Membro do Grupo de Especialistas
em Judiciário da *International Union
for Conservation of Nature*.

Fundador e vice-presidente do
Instituto Brasileiro de Administração
do Sistema Judiciário – IBRAJUS.

Membro do Instituto
dos Advogados Brasileiros.

Ex-desembargador Federal e
ex-promotor de Justiça
do MPPR e do MPSP.

DESAFIOS DO DIREITO AMBIENTAL PARA O MUNDO CONTEMPORÂNEO

Quando e por que o senhor manifestou interesse pelo Direito Ambiental? De lá para cá, quais foram as principais mudanças?

Em 1974, como Promotor de Justiça de Caraguatatuba, cidade do litoral norte do estado de São Paulo, recebi um pacote de autuações da Polícia Florestal, impondo multas a caçadores e destruidores da flora. Como tais fatos consistiam em contravenção penal, eles me mandavam cópias.

Ao contrário de meus colegas, dei ao assunto grande importância. Passei a denunciar esses contraventores e para agilizar os serviços imprimi as denúncias e só datilografava os claros. Consegui com o Juiz de Direito que marcasse as audiências todas em bloco e, a partir daí, começou a ter efetividade. Para estimular outros promotores, enviei um bloco com denúncias a cada promotor do litoral paulista. Detalhe, a gráfica e o correio eu paguei porque o Ministério Público (MP) não tinha verba de espécie alguma.

A partir daí fui me aprofundando, escrevi um artigo para a Revista dos Tribunais e, anos depois, o livro Crimes contra a Natureza, com meu irmão Gilberto Passos de Freitas, à época também no Ministério Público. O livro abriu-me horizontes, comecei a receber convites para palestras. E assim pude evoluir no tema.

Quais os desafios do Direito Ambiental na contemporaneidade? E as soluções possíveis?

O Direito Penal daqueles tempos e o de agora são muito diferentes. O mundo mudou completamente, os problemas ambientais se agravaram. Os resíduos aumentaram, o ar se tornou poluído em muitas cidades, o solo foi contaminado em outras, os desastres ambientais surgiram. A gravidade do momento passou a exigir medidas mais severas e, por isto, a legislação foi se aprimorando.

Porém, lamento dizer, solução absoluta não há. Quando se radicaliza de um lado, a situação se agrava de outro. Se fecharem indústrias o desemprego cresce e, com ele, surgem os problemas sociais e de segurança pública. O razoável deve ser buscado, compatibilizando os extremos.

Por outro lado, valer-se da tecnologia é um caminho natural. A instalação de câmeras cobrindo os pontos estratégicos de uma cidade ou até toda a sua extensão, colaborará com a melhora do tráfego e, consequentemente, diminuirá a poluição sonora e do ar, evitará a ação de pichadores e auxiliará na segurança pública. Em Songdo, Coreia do Sul, está se investindo pesado para que a cidade se torne exemplo de proteção do verde, inclusive com caminhos para pedestres, ciclovias e estações para recarga de veículos elétricos.

A tecnologia pode auxiliar também nos casos concretos. Na Irlanda uma pessoa que encontra um dano ambiental fotografa com o celular e envia ao órgão ambiental. Servidores deste, em minutos, chegam ao local e autuam o infrator. A prova está feita, só resta discutir a sanção. Funciona muito bem. Em São Paulo a Polícia Ambiental está usando aeronaves remotamente pilotadas para produzir provas, com o uso de fotografias e filmes. O importante é evitar a perícia, pois todos sabem que esta prova é o grande entrave nas ações penais e civis.

“... na verdade, todas as formas de geração de energia criam problemas ambientais. Não há soluções perfeitas, mas sim a escolha daquela que gere menores efeitos negativos.”

A Constituição Federal determina ser responsabilidade do poder público e da coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente. Como o senhor vê o papel do Ministério Público na proteção do meio ambiente?

Vejo o papel do Ministério Público como essencial. Se não fosse a Lei nº 6.938, que em 1981 deu poderes ao órgão para propor ações coletivas em defesa do meio ambiente, nossa situação ambiental estaria péssima.

O que poderia ser feito a mais, creio eu, seriam duas coisas: a nível local, capacitar melhor os agentes para a conciliação, porque este é um ato que exige maleabilidade, poder de convencimento, flexibilidade. Outra coisa seria enfrentar os grandes problemas com ação nacional ou, pelo menos, regional. Claro que é difícil, exige estratégia, mas os resultados poderiam ser mais efetivos. Por exemplo, a proteção dos cerrados.

Na sua avaliação, a legislação ambiental brasileira promove o desenvolvimento sustentável?

Sim, creio que sim. Não vejo o que mais poderia ser feito em termos de normas gerais. No âmbito dos Tribunais, o STF, no RE 22.164/SP, sob relatoria do ministro Celso de Mello, deixou claro que o desenvolvimento só pode ser sustentável e que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito das futuras gerações.

Mas reconhecer no caso concreto que o desenvolvimento só pode ser sustentável é tarefa, por vezes, complexa. Daí a importância de uma análise equilibrada dos atores envolvidos, sempre tendo em vista que são três os pilares do desenvolvimento sustentável: ambiental, social e econômico. Se um deles falha a finalidade não será alcançada.

O que considerar sobre a normatização nacional relacionada à exploração dos potenciais hidrelétricos?

Tenho visto inconformismo com as grandes obras, porque alagam áreas enormes, causando danos ambientais graves e desalojando pessoas. E com relação às pequenas centrais elétricas (PCH), a crítica recorrente é contra a existência de estudos de impacto ambiental setorializados e não um único e amplo EIA/RIMA que aborde o conjunto das consequências.

Em termos gerais, acho que estamos todos envolvidos no uso da energia elétrica e não cogitamos a hipótese de renunciar à internet, ao ar condicionado ou a outros benefícios, mesmo que por curto período de tempo.

Mas, na verdade, todas as formas de geração de energia criam problemas ambientais. Não há soluções perfeitas, mas sim a escolha daquela que gere menores efeitos negativos. Se assim é, creio que devemos procurar a que use os recursos de forma mais racional e que seja economicamente viável. Em algum momento, isto não será uma opção, mas sim uma necessidade absoluta.

Sobre a ocupação irregular de áreas de proteção ambiental, o que o senhor tem a dizer?

Este é um assunto ao qual não se dá importância. No entanto, levas de pessoas vulneráveis estão invadindo Áreas de Preservação Permanentes (APP) e criando loteamentos clandestinos cujos danos ambientais são notórios. Curitiba, sempre lembrada como modelo de urbanismo, em 2004 já tinha 241 áreas irregulares, segundo levantamento do Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano de Curitiba (Ippuc). Hoje certamente ultrapassam 400. Por vezes elas são estimuladas por organizações criminosas, que inclusive promovem os líderes preparando-os para candidatar-se a cargo político, como o de vereador.

A reação contra estas invasões tem sido pífia, inclusive porque a decisão de desalojar famílias carentes não é nem um pouco fácil ou simpática. Mas o problema é grave e não pode mais ser ignorado. Cidades grandes e médias possuem áreas de grande pobreza, com aglomerados irregulares, onde o líder do tráfico dá as ordens. Evidentemente, os detentores do poder não estão preocupados em preservar o meio ambiente.

Qual deve ser a prioridade do direito ambiental na agenda política nacional?

A escolha de uma prioridade não é fácil, pois são muitos os aspectos que reclamam atenção especial. Alguns passam despercebidos no nosso dia a dia. Por exemplo, o aquecimento global ou a preservação das águas subterrâneas, que serão a fonte de água das gerações

“Há uma Lei de Defesa Civil, mas é pouco conhecida e aplicada. Não somos treinados para desastres e eles serão cada vez mais comuns. Na tragédia de Brumadinho não foi dado o alerta geral.”

futuras. Outros são notoriamente prioritários, como a preservação da Amazônia, mas pouco visíveis aos que vivem em outras regiões do Brasil.

No momento o que mais me chama a atenção são os desastres ambientais, algo ainda fora da agenda ambiental. Há uma Lei de Defesa Civil, mas é pouco conhecida e aplicada. Não somos treinados para desastres e eles serão cada vez mais comuns. Na tragédia de Brumadinho não foi dado o alerta geral.

O Judiciário não costuma ter um gabinete para dar imediata assistência aos juízes que enfrentarão esse tipo de problema. E no caos é preciso tomar decisões urgentes sobre sepultamentos, guarda de crianças, levantamento de depósitos bancários, alvarás, coisas deste tipo.

Da minha parte, aproveito o fato de estar na chefia da Assessoria Especial de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça e Segurança Pública para preparar, com a ajuda de muitos especialistas, um tipo penal para desastres ambientais.

O que pode ser considerado uso eficiente de recursos no contexto do desenvolvimento sustentável?

O uso eficiente de recursos naturais para as nossas necessidades, de modo que possam ser utilizados mas não se esgotem. Trata-se de um grande desafio, já que há uma grande dificuldade em conciliar, no mundo real, os elementos que o compõem o desenvolvimento sustentável.

Como se deu sua inserção internacional na área?

Minha inserção no Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) e na União Internacional para Conservação da

Natureza (IUCN, na sigla em inglês) deu-se pela participação em encontros internacionais. O primeiro deles ocorreu na Cidade do México e depois sucederam-se muitos outros. Estive no Panamá, Peru, Espanha, África do Sul, Quênia, Suíça e Turquia participando desses encontros. Aprendi muito, fiz bons amigos, cresci como pessoa. O segredo é simples: trabalhar, cumprir metas, ser responsável. Eles precisam ter brasileiros nos projetos, pois nosso país é importante no cenário mundial. Para os que gostam, recomendo a experiência.

Qual a importância do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente na proteção ambiental?

Sim, com certeza. Não só pelos eventos que ele promove, pelas publicações no seu site, pesquisas, capacitação de pessoas da área, como também por sua influência nas Declarações e Tratados Internacionais. Por exemplo, a Rio+20 produziu alguns documentos muito relevantes, como a Declaração do Rio, a Agenda 21, a Declaração de Princípios sobre as Florestas e a Carta da Terra. Estas conclusões são levadas em consideração em artigos de doutrina e jurisprudência, eventualmente em leis. Não é fácil mensurar a influência que exercem, porque é algo fragmentado. Mas que influenciam não há dúvida.

Como situar o Direito Ambiental no contexto das normas do Direito Internacional e promover interlocução com o Direito Interno?

Creio que o Direito Ambiental se situa em um grau de importância crescente. A globalização tornou os países e as pessoas mais próximos. Os problemas ambientais, não raramente, tornam-se internacionais. Por exemplo, o comércio internacional aumentou o transporte marítimo e isto fez com que espécimes de outras regiões do mundo aqui aportassem quando despejada a água de

lastro nos portos. Isto vem causando graves danos ambientais.

Há uma tendência de fortalecimento das convenções internacionais e de aplicação do Direito Comparado, não só no Direito Ambiental como no Direito em geral.

Além disto, decisões de outros Tribunais, como o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, têm precedentes muito interessantes na área ambiental. Incluí-los nos trabalhos forenses ou acadêmicos será cada vez mais comum.

A interlocução é inevitável e os profissionais do Direito, inclusive os agentes do Ministério Público, devem preparar-se para participar dela. Saber inglês e espanhol não será mais opção, mas sim obrigação ■



**RAFAEL
SIMONETTI
BUENO DA
SILVA**

Professor de Direitos Difusos e Coletivos e Processo Penal.

Promotor de Justiça do Estado de Goiás.

O PERFIL DA CIDADANIA NO BRASIL E A LUTA PELO SEU FORTALECIMENTO

A vigência de um Estado verdadeiramente Democrático de Direito passa, necessariamente, pela força que seus cidadãos possuem de influenciar nas principais decisões tomadas pelos governantes.

Não há dúvida de que a Constituinte de 1988 redigiu e aprovou a Constituição Federal mais liberal e democrática que o país já teve, a denominada Constituição Cidadã^[1]. Fato é, no entanto, que a estabilidade democrática sempre correu perigo em terras brasileiras, se fazendo presente, de forma constante, a necessidade de conscientização da sociedade para a preservação das conquistas outrora obtidas com muita luta e dificuldade.

E essa realidade se faz presente muito antes da redemocratização e da promulgação da nova ordem constitucional. A caminhada percorrida por um dos maiores homens públicos da história do Brasil, **Rui Barbosa**, demonstra o quão difícil foi lutar para inculcar ao povo os costumes da liberdade e à República as leis do bom governo, que prosperam os estados, moralizam a sociedade e honram a nação^[2]:

Não meçamos o tamanho da figura de Rui Barbosa apenas pelo que ele fez e sim, também, pela natureza da época em que trabalhou, arrostando hostilidades e intransigências, sofrendo o amargor das injustiças e as angústias das incompreensões. A sua obra está tôda

moldada da mocidade à velhice – num único idealismo: o amor à liberdade, o culto da justiça. A finalidade social do seu apostolado, os objetivos das suas batalhas estrondosas, jamais se afastaram desses princípios[3].

O Águia de Haia, como ficou mundialmente conhecido Rui Barbosa[4], deixou um legado de amor à pátria, intransigência da honra e firmeza dos princípios, exercendo nítida influência no destino do Brasil de sua época e dos dias atuais.

De fato, Rui Barbosa nos ensinou, ainda no caminhar do século XIX, que o exercício pleno da cidadania exigia esforços, e que nada seria obtido sem a **participação ativa** da sociedade no enfrentamento dos problemas políticos, sociais e econômicos existentes no Brasil.

E o país ainda sofreria, sobremaneira, após os incansáveis ensinamentos de Rui Barbosa[5], fazendo com que a sociedade brasileira convivesse com seis novas Constituições Federais[6], sendo a última delas a nossa Carta Magna de 1988.

Mas, se pensávamos que nossos problemas acabariam com a promulgação da Constituição Cidadã, ledo engano! Ela serviu de norte para o enfrentamento dos graves problemas políticos, sociais e econômicos, porém exigiu como contrapartida que a sociedade brasileira, juntamente com os eleitos para representá-la, dessem a sua contribuição. No entanto, nos dizeres do professor José Murilo de Carvalho, isso não aconteceu da forma esperada:

A ausência de ampla organização autônoma da sociedade faz com que os interesses corporativos consigam prevalecer. A representação política não funciona para resolver os grandes problemas da maior parte da população. O papel dos legisladores reduz-se, para a maioria dos votantes, ao de intermediários de favores pessoais perante o Executivo. O eleitor vota no deputado em troca de promessas de favores

pessoais; o deputado apoia o governo em troca de cargos e verbas para distribuir entre seus eleitores. Cria-se uma esquizofrenia política: os eleitores desprezam os políticos, mas continuam votando neles na esperança de benefícios pessoais[7].

A partir dessa linha de raciocínio, duas observações se fazem relevantes: Primeiro, não há dúvida de que a Constituição Federal de 1988 trouxe maturidade para o exercício da cidadania no país, recuperando as liberdades públicas, fortalecendo o Estado Federativo, o regime democrático, os direitos fundamentais do cidadão – centralizando-se a dignidade da pessoa humana –, bem como reduzindo o desequilíbrio entre os Poderes da República.

Sob o aspecto coletivo, relevante notarmos a sedimentação da proteção na defesa dos direitos transindividuais, com notória preocupação do Poder Constituinte Originário na defesa dos interesses de caráter difuso, como a proteção do consumidor e do meio ambiente, bem como a defesa da probidade administrativa no âmbito da Administração Pública.

Obviamente que nem tudo são flores e, ao lado desses indiscutíveis avanços, emergem problemas graves, como a corrupção[8], que toma proporções gigantescas em pleno exercício do regime “do povo, pelo povo e para o povo”[9], e que tem como sustentáculo para o seu funcionamento sadio a transparência e o controle social:



O juiz americano John Noonan Jr. afirmou que, “depois da tirania, a corrupção é a maior doença dos governos”. Entretanto, o ensinamento de John Locke, filósofo inglês do século XVII e um dos principais pensadores do Iluminismo, nos permite afirmar que a corrupção endêmica é na verdade uma **forma de tirania**, por ser uma modalidade de abuso de poder. Ele desenvolveu a ideia de que o governo age de modo legítimo na medida em que atua em prol de todos. O poder político delegado pelo povo tem limites rígidos, ditados pelo bem comum. Quando o governo ultrapassa esses limites, guiando-se por suas vontades ou suas paixões, e não pela lei, instituiu-se a tirania, que é “o exercício do poder além do direito”, uma espécie de “usurpação do exercício de poder”. É o que acontece em situações de corrupção generalizada: o exercício do poder é desviado sistematicamente para o bem de poucos. Estabelece-se uma oligarquia, ou melhor, uma **cleptocracia**, um governo de ladrões[10].

Diante dessa realidade, o Procurador da República, Deltan Dallagnol, aponta as **falhas no sistema político** e a **impunidade**, como as principais causas da corrupção endêmica que vivenciamos no cenário atual da sociedade brasileira[11].

E a consequência disso, ressalta Dallagnol, é que se cria um sentimento de desconfiança, por parte da população, de que os nossos políticos não nos representam, e que a democracia representativa não passa de um sistema ineficiente em que o governo responde ao interesse de uma minoria que, por sua vez, luta para manter o status quo[12].

E nesse contexto, o cidadão fica desestimulado a lutar por mudanças que o tornem parte integrante do sistema, fazendo com que suas opiniões e convicções sejam ouvidas e respeitadas por todos os segmentos da sociedade:

O país vive, no vigésimo aniversário da Constituição, um momento delicado, em que a atividade política passa por uma situação de preocupante desprestígio. Uma grave crise no sistema representativo compromete a legitimidade democrática das instituições legislativas. Nesse cenário, não é possível negar a falta de sintonia entre a sociedade civil e os órgãos de representação popular, em decorrência de um modelo político que deixou de servir adequadamente ao país. Por essa razão, tornou-se imprescindível a realização de uma Reforma Política, já de há muito adiada, capaz de fomentar a legitimidade democrática, a governabilidade e as virtudes republicanas. Adiante se voltará ao ponto[13].

E, então, ingressamos na segunda observação a ser pautada. Somente o cidadão bem informado acerca de seus direitos e deveres constitucionais é capaz de exercer, em sua plenitude, a cidadania a que faz alusão o inciso II, do art. 1º, da nossa Constituição Federal[14]. E aqui estamos tratando da **efetiva** participação popular, que não se resume ao exercício do direito ao voto, mas vai além!

No dia 11 de maio de 1831, um jovem francês desembarcou na costa americana em missão oficial de seu governo. Seu objetivo era estudar o sistema penitenciário dos Estados Unidos à procura de ideias que pudessem embasar uma reforma do Código Penal que se debatia em seu país. Esse jovem, Alexis de Tocqueville, após percorrer milhares de quilômetros do território norte-americano, levava em sua bagagem, material suficiente para escrever a sua obra *A Democracia na América*.

E qual a relação entre a obra de Tocqueville e o tema que estamos a tratar neste texto? Assim como evidenciamos a importância do regime democrático e a necessidade premente de que a sociedade brasileira manifeste o exercício pleno da cidadania, Tocqueville reconheceu, na época:

que uma grande revolução democrática acha-se em curso entre nós; todos a vêem; nem todos, no entanto, a julgam da mesma maneira. Consideram-na uns como coisa nova e, tomando-a por um acidente, esperam poder ainda detê-la, ao passo que outros a julgam irresistível, porque se lhes afigura o fato mais contínuo, mais antigo e mais permanente já conhecido na História[15].

A obra retrata em detalhes a impressão que Tocqueville teve do povo americano, impressionando-o a **igualdade de condições** daquela sociedade, em que o dogma da soberania popular não era algo retórico e a democracia avançava de modo irrefreável, permitindo que o povo se unisse em prol de objetivos comuns:

Os americanos de todas as idades, de todas as condições, de todos os espíritos estão constantemente a se unir. Não só possuem associações comerciais e industriais, nas quais todos tomam parte, como ainda existem mil outras espécies: religiosas, morais, graves, fúteis, muito gerais e muito particulares, imensas e muito pequenas[16].

Em outro trecho, Tocqueville destaca o sentimento de patriotismo dos americanos, revelando a importância do sentimento cívico para a evolução da nação:

Nos Estados Unidos, a pátria faz-se sentir por toda parte. É objeto de anseios desde a aldeia até a União inteira. O habitante liga-se a cada um dos interesses de seu país como aos seus próprios. Glorifica-se na glória da nação; no triunfo que ela obtém, julga reconhecer a sua própria obra e nela se eleva; rejubila-se com a prosperidade geral da qual tira proveito. Tem por sua pátria um sentimento análogo àquele que experimentamos pela família, e é ainda por uma espécie de egoísmo que se interessa pelo Estado[17].

O que se denota, portanto, como norte de uma sociedade em evolução, em que a cidadania é verdadeiramente tratada como um fundamento da democracia, é a capacidade que o cidadão tem de se unir em busca de interesses gerais da nação, compreendendo a influência que a prosperidade geral tem sobre sua felicidade.

É preciso que o cidadão tenha consciência de que qualquer decisão tomada pelos seus representantes vai influenciá-lo **diretamente**, e que uma nação composta de homens imprudentes e corruptos, por exemplo, é um risco iminente para a própria sobrevivência da democracia. Os novos tempos exigem a busca pelo conhecimento e, principalmente, coragem para enfrentar os obstáculos que impedem o desenvolvimento da nação, acrescentando-se ao ideal democrático a esperança de que novos ares de pensamento trarão mudanças positivas para todo o conjunto social.

Infelizmente, nesse aspecto, ainda pecamos muito pela **omissão**, e precisamos amadurecer, o que demanda tempo, interesse e espírito público. Para exemplificar o que defendemos nestas breves palavras, em recente matéria publicada pelo jornal *O Estado de S. Paulo*, apontou-se que o número de jovens filiados a partidos políticos no Brasil caiu 44% em oito anos, um dado que demonstra, dentre outros fatores, a desesperança dos jovens pela política[18].

“ [...] é imprescindível que renovemos nossas esperanças em uma nova forma de pensar e de agir, de acordo com os interesses da sociedade, e não apenas de uma minoria que se recusa a abrir mão de um sistema de compadrio [...] ”

Ocorre que, como bem destaca o cientista político e professor da Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (EAESP-FGV), Eduardo Grin, a filiação partidária dos jovens é importante para garantir o processo de renovação política, necessário para uma democracia:

Querendo ou não, é por meio dos partidos que se organiza o processo de escolha de representantes. O afastamento da juventude significa que estamos fortalecendo lideranças velhas[19].

Não há como evoluirmos, no aspecto estrutural, se não houver reformas do sistema político, administrativo e de justiça. E para que isso ocorra, é imprescindível que renovemos nossas esperanças em uma nova forma de pensar e de agir, de acordo com os interesses da sociedade, e não apenas de uma minoria que se recusa a abrir mão de um sistema de compadrio, que se apossa do poder e é resistente a qualquer tipo de mudança que afete o exercício de sua pseudorepresentatividade política.

E devemos nos alertar ainda mais, quando nos deparamos com dados apontando que o número de eleitores jovens também caiu nos últimos anos, por desilusão com a política e com a falta de identificação com os partidos políticos[20].

Fomentar a **participação dos jovens** no sistema político, realizando as mudanças necessárias para que o país possa se desvencilhar de velhas práticas e avançar para o novo, discernindo o espírito de seu tempo e enfrentando os obstáculos para o fortalecimento dos valores inerentes ao regime democrático, esse é o caminho.

Necessitamos, enfim, fortalecer o exercício de uma **democracia** não apenas representativa,

limitada ao exercício do voto, mas também **participativa**, incentivando os cidadãos para que fiquem atentos ao desenvolvimento da coisa pública e se informem acerca dos acontecimentos políticos, a fim de que se tornem capazes de escolher entre as diversas alternativas possíveis. E o jovem deve ocupar papel de destaque nesse cenário, pois sua participação no regime democrático revela-se como um instrumento de transformação social de determinação, esperança e atitude, ingredientes necessários para que possamos viver dias melhores em nosso país ■

NOTAS E REFERÊNCIAS

- [1] Ficou famoso célebre trecho do discurso emanado pelo presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Dr. Ulysses Guimarães, em 5 de outubro de 1988: “Tem significado de diagnóstico a Constituição ter alargado o exercício da democracia. É o clarim da soberania popular e direta tocando no umbral da Constituição para ordenar o avanço no campo das necessidades sociais. O povo passou a ter a iniciativa de leis. Mais do que isso, o povo é o superlegislador habilitado a rejeitar pelo referendo os projetos aprovados pelo Parlamento. A vida pública brasileira será também fiscalizada pelos cidadãos. Do presidente da República ao prefeito, do senador ao vereador.
- [2] Rui Barbosa nos deixou a seguinte mensagem como retrato de sua vida: “Caso, postos de parte os descontos humanos, houvessem de condensar numa síntese o meu *curriculum vitae*, e do meu naufrágio, salvassem alguns restos, tudo se teria, talvez, resumido com dizer: estremeceu a pátria, viveu no trabalho e não perdeu o ideal”.
- [3] PALHA, Américo. História da vida de Rui Barbosa. Rio de Janeiro: Record, 1963. p. 14.
- [4] Rui Barbosa recebeu o cognome de “Águia de Haia” do Barão do Rio Branco, que era o ministro das Relações Exteriores na época da 2ª Conferência Internacional da Paz, em 1907. Na oportunidade, o Brasil assumiu um papel de destaque na Conferência, graças à postura, ao talento e à oratória de Rui Barbosa.

NOTAS E REFERÊNCIAS

- [5] Rui Barbosa faleceu no dia 1º de março de 1923, na cidade de Petrópolis-RJ.
- [6] 1) Constituição de 1934; 2) Constituição de 1937; 3) Constituição de 1946; 4) Constituição de 1967; 5) Constituição de 1969 (trata-se de uma nova Constituição, na visão, por exemplo, de José Afonso da Silva: Curso de Direito Constitucional Positivo. 25. ed. São Paulo. Malheiros. 2005. p. 89); e 6) Constituição de 1988.
- [7] CARVALHO, José Murilo de. Cidadania no Brasil: o longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. p. 223-224.
- [8] “Desde novembro de 2015 a corrupção foi apontada em três pesquisas como o principal problema do país – acima de saúde, educação, segurança pública, drogas e violência” (DALLAGNOL, Deltan. A luta contra a corrupção. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017. p. 187).
- [9] Trecho do famoso Discurso de Gettysburg, proferido no dia 19 de novembro de 1963, pelo ex-presidente norte-americano, Abraham Lincoln. Disponível em: <https://bit.ly/2HkuMAB>. Acesso em: 25 mar. 2019.
- [10] DALLAGNOL, Deltan. Op. cit. p. 51, grifos nossos.
- [11] Ibidem, p. 168, grifos nossos.
- [12] Ibidem, p. 178.
- [13] BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição Brasileira de 1988: o estado a que chegamos. Migalhas, [s. l], 27 nov. 2008. Disponível em: <https://bit.ly/2Ud8dRw>. Acesso em: 24 mar. 2019.
- [14] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] II – a cidadania; [...] (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: <https://bit.ly/1bIj9XW>. Acesso em: 9 abr. 2019).
- [15] TOCQUEVILLE, Alexis de. A democracia na América. Tradução, prefácio e notas de Neil Ribeiro da Silva. 2. ed. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Edusp, 1977. p. 11.
- [16] Ibidem, p. 391.
- [17] Ibidem, p. 389.
- [18] GOMES, Bianca; WAINER, Gabriel. Número de jovens filiados a partidos políticos cai 44% em 8 anos. O Estado de S. Paulo, São Paulo, 1 ago. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2Kub3lL>. Acesso em: 25 mar. 2019.
- [19] Ibidem.
- [20] MORENO, Ana Carolina; COSTA, Fabiano. Nº de eleitores jovens cai por desilusão com política e falta de identificação com os partidos, avaliam especialistas. G1, Brasília, 16 ago. 2018. Disponível em: <https://glo.bo/2Pj8oed>. Acesso em: 25 mar. 2019.



**MELISSA
SANCHEZ
ITA**

Pós-graduada em Direito
Processual Coletivo pela
Fundação Escola Superior do
Ministério Público.

Pós-graduanda em Transformação
de Conflitos e Estudos de Paz com
Ênfase no Equilíbrio Emocional,
oferecido pelo Instituto Paz & Mente
em parceria com a Cátedra UNESCO
de Estudos para Paz, Innsbruck e
Instituto de Santa Barbara
na Califórnia.

Graduada em Direito pela
Universidade de São Paulo.

Promotora de Justiça
do Estado de Goiás.

MINISTÉRIO PÚBLICO AUTOCOMPOSITIVO E ACESSO À JUSTIÇA

A partir da inscrição do Ministério Público pela Constituição de 1988 no rol das funções essenciais à justiça, a instituição, que tradicionalmente desempenhou as funções de acusação criminal e de fiscal da lei, passou a desempenhar atividades equivalentes às dos demais Poderes.

Segundo Marcelo Zenkner[1], a grande mudança promovida em 1988, na fisionomia institucional, foi conceder-lhe o poder de iniciativa, e esse poder de acionamento do Judiciário consiste na “veia processual ativa do Ministério Público”.

Lenio Luiz Streck aponta:

De um Ministério Público protetor dos interesses individuais, na moldura de uma sociedade liberal-individualista, passa-se para um novo Ministério Público, que claramente deve(ria) assumir uma postura intervencionista em defesa do regime democrático e dos direitos fundamentais-sociais[2].

Já para Marcelo Pedrosa Goulart, a atividade essencial do Ministério Público (MP) pós-1988 é exercida longe dos palcos judiciais e junto à sociedade por meio do que ele denomina atividade sociomediadora: o Judiciário se tornou espaço excepcional de atuação do MP

Resolutivo, que, “ao politizar sua atuação, ocupa novos espaços, habilita-se como negociador e indutor de políticas públicas, age integradamente e em rede com os demais sujeitos políticos coletivos nos mais diversos níveis”[3].

O marco inicial da história recente da instituição parece ter sido a inserção da função da defesa do interesse público no Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973), verdadeiro ponto de inflexão na trajetória institucional. “Nesse sentido, por mais contraditório que pareça, o Ministério Público soube captar o sentido da mudança nos anos 1980 e, na virada da redemocratização, posicionou-se ao lado da sociedade e de costas para o Estado, apesar de ser parte dele”[4].

Danielle Arlé, lembrando a vocação democrática da instituição, afirma que o MP, ao ser **instituído** pelo constituinte de 1988, assumiu o compromisso de ser **instituinte** de uma nova ordem social: mais justa, mais solidária e mais livre[5].

Como se sabe, o MP é a primeira das instituições constantes da lista “**das funções essenciais à Justiça**” do Capítulo IV da Constituição da República (CR). Mais adiante, contudo, o artigo 127 prevê que o “Ministério Público é instituição permanente, essencial à **função jurisdicional** do Estado”[6].

Hugo Nigro Mazzilli, para quem o órgão é uma instituição de acesso à justiça, desde 1993, alerta para a impropriedade da referência de ser ele essencial à **função jurisdicional** do Estado. Observa que, de um lado, tal referência diz menos do que deveria, pois o MP tem inúmeras funções, além das relativas ao âmbito administrativo mais restrito, exercidas independentemente da prestação jurisdicional. “De outra parte, e paradoxalmente, aquela referência diz mais do que deveria, pois o Ministério Público não oficia em todos os feitos submetidos à prestação jurisdicional”[7].

A independência e autonomia que diferenciam o Ministério Público brasileiro permitem e recomendam que a instituição desenvolva suas **funções essenciais** à justiça, não apenas perante o Judiciário; pois o acesso à justiça deve ser garantido pelo MP principalmente por meio da sua atividade não jurisdicional, com especial destaque para a autocomposição[8].

Vale lembrar, ainda, que a constitucionalização do acesso à justiça (art. 5º, XXV, da CR) merece uma releitura, diante do desafio de se adequar a justiça à nova era dos conflitos, equilibrando segurança jurídica e efetividade[9].

Scarpinella pontua que

uma coisa é negar, o que é absolutamente correto, que nenhuma lesão ou ameaça a direito possa ser afastada pelo Poder Judiciário. Outra, absolutamente incorreta, é entender que somente o Poder Judiciário e o exercício da função jurisdicional podem resolver conflitos, como se fosse essa uma competência exclusiva sua. É incorreta essa compreensão totalizante do Poder Judiciário e, por isso mesmo, que o estudo dos chamados meios alternativos (no sentido de não jurisdicionais) é tão importante[10].

Apesar disso, importa registrar que os métodos autocompositivos não são fórmulas para desafogar o Judiciário. Trata-se, como adiante se verá, de uma questão de adequação.

O Ministério Público deve, portanto, deixar sua atuação reducionista para empregar todos os métodos autocompositivos para evitação, administração e resolução de conflitos, optando pela negociação direta, conciliação, mediação e práticas restaurativas quando essas se mostrarem mais adequadas para o conflito e mais indicadas que a solução judicial.

“A autocomposição desponta como um importante passo para a superação do pensamento tradicional de que apenas o Poder Judiciário tem legitimidade para resolver conflitos e controvérsias.”

AS ONDAS DE ACESSO À JUSTIÇA E O MINISTÉRIO PÚBLICO

Mauro Cappelletti e Bryant Garth, citados por Luciano Badini [11], na década de 1970, diante das limitações do processo judicial para solucionar de forma satisfatória todos os conflitos, estudaram o significado do acesso à justiça e elaboraram, juntamente com colaboradores de 25 países, o Projeto Florença. O grupo de juristas dispôs as soluções encontradas nas chamadas “ondas de acesso à justiça”, o que redundou no Movimento de Acesso à Justiça, com grande influência no Brasil.

Os referidos estudiosos identificaram três obstáculos à efetivação dos direitos: i) de natureza econômica – pobreza, falta de informação e representação adequada; ii) de natureza organizacional, consistente na existência dos direitos difusos; e iii) de natureza procedimental, decorrente da inadequação das formas tradicionais de resolução de conflitos.

A primeira onda de acesso à justiça refletiu na criação e estruturação das Defensorias Públicas e na incumbência de defesa dos direitos indisponíveis ao MP. O protagonismo dessa instituição na defesa dos interesses difusos e coletivos, viabilizado, principalmente, pela Lei de Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor, veio com a segunda onda.

De acordo com Alexandre Sikinowski, a terceira onda é o desafio da atualidade e relaciona-se com o enfoque global de acesso à justiça, no qual estão inseridas as “fórmulas de simplificação dos procedimentos, especialmente para julgamento das pequenas causas e recursos a formas quase-judiciárias ou não judiciárias de conciliação e mediação como instrumento para simplificação e resolução dos litígios”[12], conforme anteciparam Cappelletti e Garth há quarenta anos.

O inquérito civil, o termo de ajustamento de conduta, as audiências públicas e as recomendações são instrumentos para simplificação e resolução de conflitos amplamente utilizados pelo MP no campo da tutela coletiva.

As peculiaridades da tutela coletiva, tais como acentuada interdisciplinaridade, natureza política, pluralidade dos interesses em disputa, dificuldades próprias da judicialização das políticas públicas, complexidade das medidas necessárias à efetivação e perfil dos principais responsáveis, impõem dificuldades a sua efetivação mediante o processo judicial[13].

A autocomposição pode, portanto, revelar-se muito mais adequada nos processos coletivos, sobretudo nos chamados processos estruturantes em que há necessidade de implementação de políticas públicas que exigem uma justiça coexistencial, desdobrada no tempo e sem ruptura social, em que o cumprimento da decisão e a própria decisão não dependem exclusivamente da aplicação pura e simples da solução normativa previamente estabelecida.

A autocomposição desponta como um importante passo para a superação do pensamento tradicional de que apenas o Poder Judiciário tem legitimidade para resolver conflitos e controvérsias. A ideia do *day in court* está sendo abandonada para se atingir a moderna conformação do acesso à justiça através dos meios judiciais e extrajudiciais.

Nesse contexto, é preciso ter presente que o Ministério Público só cumprirá com sua missão de transformação social se conectar-se com o seu tempo e com a realidade que o envolve com um olhar para o futuro. “E o futuro do direito, neste século XXI, certamente passa pelo incremento dos métodos autocompositivos”[14].

FUNDAMENTOS NORMATIVOS

A adoção de mecanismos de autocomposição pacífica dos conflitos é uma tendência mundial, decorrente da evolução da cultura de participação, do diálogo e do consenso.

No Brasil, os meios autocompositivos, ganharam considerável impulso a partir do Segundo Pacto Republicano do Estado brasileiro, firmado pelos presidentes dos três Poderes da República em abril de 2009, que consagra o compromisso de fortalecer a mediação e conciliação, estimulando a resolução de conflitos por meios autocompositivos.

A Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos, fundamenta-se na necessidade de se consolidar uma política pública de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios, principalmente a partir do reconhecimento da efetividade da conciliação e da mediação como instrumentos efetivos de pacificação social e solução e prevenção de litígios.

Alguns anos depois, seguindo as recomendações da Organização das Nações Unidas para implantação da Justiça Restaurativa nos estados membros, expressas nas suas Resoluções 26/1999, 14/2000 e 12/2002, o CNJ editou a Resolução 225/2016, que dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário.

A resolução do CNJ reconhece que o direito ao acesso à Justiça, previsto no artigo 5º, XXXV, da CR, “além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica o acesso a soluções efetivas de conflitos por intermédio de uma ordem jurídica justa e compreende o uso de meios consensuais, voluntários e mais adequados a alcançar a pacificação de disputa”[15].

Em seus “considerandos”, a Resolução 225/2016 lembra que os arts. 72, 77 e 89 da Lei 9.099/1995 permitem a homologação dos acordos celebrados nos procedimentos próprios quando regidos sob os fundamentos da justiça restaurativa e invoca o artigo 35, II e III, da Lei 12.594/2012. O referido dispositivo legal estabelece expressamente, para o atendimento aos adolescentes em conflito com a lei, que os princípios da excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo meios de autocomposição de conflitos, devem ser usados dando prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e que, sempre que possível, atendam às vítimas.

Na esteira desse movimento, a partir do reconhecimento da necessidade de uma cultura de paz, que priorize o diálogo e o consenso na resolução dos conflitos, bem como de que os métodos autocompositivos são instrumentos efetivos de pacificação social, resolução e prevenção de litígios, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) inaugurou a política de autocomposição no MP com a edição da importante Resolução 118/2014.

O ato normativo que instituiu a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público objetiva a capacitação e o treinamento em métodos autocompositivos de membros e servidores; o acompanhamento estatístico; o mapeamento de boas práticas; a realização de pesquisas e controle de metas e a promoção de publicações científicas voltadas à práxis institucional. A resolução determina, ainda, a



inclusão da temática da autocomposição em concursos de ingresso e recomenda a implementação nas unidades e nos ramos do MP, dos Núcleos Permanentes de Incentivo à Autocomposição (NUPIA), que deverão definir ações educacionais destinadas à capacitação em autocomposição e à formação de mediadores[16].

Após regulamentar a negociação (art. 8º), a mediação (arts. 9º e 10), a conciliação (arts. 11 e 12) e as práticas restaurativas (arts. 13 e 14), a resolução menciona também, dentre outros mecanismos de autocomposição, as convenções processuais (arts. 6º, IV e V, art. 7º, arts. 15 a 17), tornando-se a única norma do ordenamento brasileiro, ainda que de caráter administrativo, a se referir de forma expressa a “convenções processuais”[17].

Referida resolução, ao recomendar aos membros do MP a aplicação dos instrumentos de autocomposição, inclusive a convenção processual, admitiu que há graus de indisponibilidade nas regras estabelecidas no interesse público e que há espaço para soluções cooperativas mesmo em ambiente de grande inserção de interesses públicos e sociais.

Dois anos depois, a Recomendação 54/2017 do CNMP, que dispõe sobre a Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público, advertiu que o estágio atual do movimento do acesso à justiça e o paradigma jurídico do século XXI são incompatíveis com uma atuação institucional formal, burocrática, lenta e despreocupada com a entrega à sociedade de resultados concretos da atuação jurídica do Ministério Público[18].

Já o CPC/2015 erigiu à condição de norma fundamental do processo civil, que se irradia por todo o ordenamento jurídico, a priorização das soluções colaborativas (art. 6º) e consensuais (art. 3º, §§ 2º e 3º) e o dever dos juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público de estimularem a conciliação, a mediação e outros métodos de resolução de conflitos[19].

Relativamente aos negócios jurídicos processuais, o novo CPC manteve disposição equivalente a uma cláusula geral de negociação processual (art. 158 do CPC/1974, repetido no art. 190 pelo CPC/2015) e, além de reproduzir acordos já previstos no ordenamento pátrio, como a eleição de foro (art. 63), suspensão convencional do processo (art. 313, II), convenção sobre distribuição do ônus da prova (art. 337 §§ 3º e 4º), escolha convencional de perito, instituiu novos negócios processuais típicos, tais como o calendário processual (art. 191), a redução convencional dos prazos peremptórios (art. 222, §1º) e hipótese negocial de tutela de evidência (art. 311)[20].

Por fim, a Lei 13.140/2015, chamada de Lei de Mediação, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, publicada poucos meses depois do CPC/2015, estabelece a oitiva obrigatória do MP nos processos de homologação judicial de mediações que versem sobre direitos indisponíveis, mas transigíveis (art. 3º, §2º)[21].

LIMITES À AUTOCOMPOSIÇÃO NAS AÇÕES COLETIVAS

Conforme já mencionado, a autocomposição não deve ser vista como técnica de aceleração de processos ou forma de diminuir a sobrecarga judicial. Ela é desejável principalmente porque é mais construtiva e adequada a inúmeros casos.

“ É necessário romper com o paradigma tradicional de atuação para agir verdadeiramente como instituição de transformação social a partir da adoção de novas práticas colaborativas.”

Ela é altamente recomendável e compatível com a defesa dos interesses difusos e pode ser realizada, inclusive, no curso de ações coletivas, sobretudo diante do novo paradigma jurídico mais consensual.

A respeito desse assunto, Alexandre Amaral Gavronski pondera que

ofenderia os princípios mais básicos de interpretação jurídica entender que os legitimados coletivos podem compor com os responsáveis fora do processo judicial sem qualquer fiscalização e não podem fazê-lo no curso da ação civil pública, em que a solução ficará sujeita à apreciação judicial, para homologação ou, no mínimo, análise da validade sob a perspectiva da perda do interesse processual na continuidade da ação, sujeitando-se, ainda, à fiscalização do Ministério Público se não for o autor[22].

Ocorre que, diante da transindividualidade dos direitos difusos e coletivos, a doutrina especializada é praticamente unânime em afirmar que o legitimado coletivo, por atuar em defesa de direitos de outrem, não pode deles dispor.

Gavronski lança luzes sobre a discussão:

É, sem dúvida, possível a negociação em tutela coletiva sem que haja disposição sobre os direitos coletivos pelos legitimados a defendê-los, residindo o equívoco fundamental,

justamente, na confusão entre essa negociação e a transação do direito civil. Sem dúvida, a negociação em tutela coletiva não comporta, como a transação, concessões sobre o conteúdo dos direitos (renúncias), ao menos não por parte dos legitimados coletivos em relação aos direitos coletivos que defendem, titularizados por terceiros que não participam, via de regra, da negociação. Da negociação em tutela coletiva resulta, sempre, um negócio jurídico *sui generis*, marcado pela nota da indisponibilidade dos direitos pelos legitimados coletivos.

Raciocínio equivalente se aplica à autocomposição envolvendo direitos individuais indisponíveis promovida pelo Ministério Público.

Para tanto, **impede distinguir disposição dos direitos coletivos e sua concretização**[23].

Assim, os direitos não são, necessariamente, indisponíveis em si; a indisponibilidade é para os legitimados a defendê-los. Isso não implica a impossibilidade de autocomposição, uma vez que esta não importa, necessariamente, disposição do direito.

A negociação em tutela coletiva não comporta renúncia ao conteúdo dos direitos; refere-se, antes, à definição do direito e às condições necessárias à sua efetividade. A concretização, tal como ocorre com a decisão judicial a qual se agrega o instituto da coisa julgada, resulta da interpretação do ordenamento jurídico à luz do caso concreto, identificando a norma aplicável à cada situação individual.

Mais uma vez, reporta-se à lição de Gavronski, que, defendendo a utilidade do processo hermenêutico da concretização (ou concreção), originário da doutrina alemã, para o estudo da tutela coletiva, explica que,

quando numa negociação em sede de ação civil pública, o legitimado coletivo, de comum acordo com apontado responsável, especifica as condições de modo, tempo e lugar para implementação de determinado direito, ou o conteúdo de algum conceito jurídico

indeterminado, ou, ainda, identifica as consequências de definir as obrigações do apontado responsável pela ameaça ou lesão a direitos coletivos que são necessários para prevenir, inibir ou corrigir uma ou outra, não está dispondo desses direitos, mas antes os concretizando, vale dizer, interpretando-os à luz do caso concreto e definindo os elementos essenciais para sua efetiva implementação. Bem ao contrário de disposição, o que se está fazendo é afirmar que o direito coletivo invocado é aplicável àquela determinada situação concreta e definindo as condições e especificações sem as quais a efetividade ficaria prejudicada[24].

Estabelecidos esses limites, importa lembrar que a aplicação de métodos autocompositivos pelo MP está sujeita a diversas instâncias de controle, quais sejam, o controle social, o controle judicial, tendo em vista a inafastabilidade da jurisdição, e o controle interno, exercido tanto pelo CNMP quanto por órgãos colegiados internos.

Por fim, vale lembrar que a coisa julgada, nas ações coletivas, é *secundum eventum probationis*, de modo que poderá ser revista caso as partes apresentem prova nova capaz de alterar, por si só, o resultado do julgamento. Assim, a eventual homologação de acordo em casos assim será *rebus sic stantibus*, de modo que, sobrevindo circunstância que modifique a situação definida na sentença, poderá ser proposta nova ação.

Tem razão Hermes Zaneti que, citando Giorgio Pino, defende que o MP precisa deixar para trás o modelo interpretativo formalista, ligado ao princípio da mera legalidade, no qual sua atuação era vinculada à simples previsão legal, e passar a adotar uma postura interpretativa responsável de acordo com a legalidade constitucional, mais adequada à dissociação universalmente aceita pela filosofia jurídica atual entre texto e norma, que exige o compromisso do intérprete na atuação das normas infraconstitucionais em conformidade com a Constituição[25].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tendência de convencionalidade, que reflete a cultura do diálogo e de redução da litigiosidade, consagra um novo espaço de atuação institucional, abrindo, para o Ministério Público, a possibilidade de garantir o acesso à justiça, por meio da utilização de práticas autocompositivas, principalmente fora do Poder Judiciário, sempre que essa solução se mostrar mais adequada ao conflito.

A “valorização do protagonismo institucional na obtenção de resultados socialmente relevantes que promovam a justiça de modo célere e efetivo” (art. 2º, IV da Resolução 118/2014 do CNMP)[26] vai além, portanto, da criação dos NUIPIAs e da formação e capacitação de membros e servidores.

É necessário romper com o paradigma tradicional de atuação para agir verdadeiramente como instituição de transformação social a partir da adoção de novas práticas colaborativas, que tenham espaço mesmo em ambientes de grande inserção de interesses públicos e sociais, como no campo da tutela coletiva.

A negociação direta, a mediação, a conciliação e as práticas restaurativas são técnicas legítimas para ampliar e sacramentar a dimensão constitucional do MP como garantia constitucional fundamental de acesso à justiça.

Assim, a atuação do MP no campo da autocomposição representa um investimento em cidadania e vai ao encontro dos objetivos fundamentais da República, uma vez que empodera o cidadão, diminuindo a dependência social, representa uma profilaxia, evitando outros processos, e acaba por formatar uma cultura de paz e de promoção da dignidade da pessoa humana ■

NOTAS E REFERÊNCIAS

- [1] ZENKNER, Marcelo. Ministério Público e solução Extrajudicial dos Conflitos. In: RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (Org.). Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais. São Paulo: Atlas, 2010. p. 322.
- [2] STRECK, Lenio Luiz. Ministério Público e jurisdição constitucional na maioria da Constituição: uma questão de índole paradigmática. In: RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (Org.). Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais. São Paulo: Atlas, 2010. p. 184-185.
- [3] GOULART, Marcelo Pedroso. Elementos para uma teoria geral do Ministério Público. Belo Horizonte: Arraes, 2013. p. 202-203.
- [4] ARANTES, Rogério Bastos. Ministério Público e política no Brasil. São Paulo: Educ, 2002. p. 24.
- [5] ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano. Mediação, negociação e práticas restaurativas no Ministério Público. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 27.
- [6] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2018], grifos nossos. Disponível em: <https://bit.ly/1bIJ9XW>. Acesso em: 9 abr. 2019.
- [7] MAZZILLI, Hugo Nigro. Ministério Público e Justiça. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 42.
- [8] Entendida como a composição consensual entre as partes interessadas, em oposição à ideia de heterocomposição, situação em que terceiro desinteressado na solução decide o conflito, tal como ocorre na arbitragem e jurisdição.
- [9] ZANETI JUNIOR., Hermes. Código de Processo Civil 2015: ruptura do paradoxo entre o Ministério Público da Legalidade e o Ministério Público Constitucional. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.). Repercussões do Novo CPC: Ministério Público. Salvador: Juspodivm, 2017. v. 6, p. 45-62.
- [11] BADINI, Luciano. Reflexões sobre a negociação e a mediação para o Ministério Público. In: ZANETI JUNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coords.). Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 226.
- [12] SALTZ, Alexandre Sikinowski. De fiscal da lei à fiscal da ordem jurídica à solução consensual dos conflitos como novo espaço de atuação institucional. In: ZANETI JUNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coords.). Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 240.
- [13] GAVRONSKI, 2010, p. 198-230 apud GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Autocomposição no Novo CPC e nas ações coletivas. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; GODINHO, Robson Renault; COSTA, Susana Henriques da (Orgs.). Coleção repercussões do Novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 8, p. 333-361.
- [14] GAVRONSKI, Alexandre Amaral; ALMEIDA, Gregório Assagra. O movimento do acesso à Justiça no Brasil e o Ministério Público. In: BRASIL. Ministério da Justiça. Manual de negociação e mediação para membros do Ministério Público. Brasília: Enam, 2014. p. 39.
- [15] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Diário da Justiça, Brasília, DF, 2 jun. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2zonKil>. Acesso em: 10 abr. 2019.
- [16] BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014. Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, p. 48, 27 jan. 2015. Disponível em: <https://bit.ly/2VBBszo>. Acesso em: 10 abr. 2019.
- [17] Ibidem.
- [18] BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Recomendação nº 54, de 28 de março de 2017. Dispõe sobre a Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público brasileiro. Diário Eletrônico do CNMP, Brasília, DF, p. 10-15, 19 abr. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2Uc6Wdm>. Acesso em: 10 abr. 2019.
- [19] BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2013. Disponível em: <https://bit.ly/1CpD2H2>. Acesso em: 9 abr. 2019.
- [20] Ibidem.
- [21] BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 20 do art. 60 da Lei

nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 29 jun. 2015. Disponível em: <https://bit.ly/2pouLiS>. Acesso em: 9 abr. 2019.

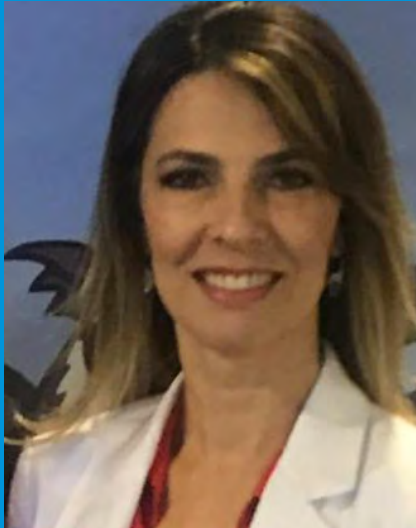
[22] GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Autocomposição no novo CPC e nas ações Coletivas. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; GODINHO, Robson Renault; COSTA, Susana Henriques da (Orgs.). Coleção repercussões do Novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 8, p. 346-347.

[23] GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Potencialidades e limites da negociação conduzida pelo Ministério Público In: BRASIL. Ministério da Justiça. Manual de negociação e mediação para membros do Ministério Público. Brasília: Enam, 2014. p. 148-150, grifo do autor.

[24] GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Autocomposição no novo CPC e nas ações Coletivas. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; GODINHO, Robson Renault; COSTA, Susana Henriques da (Orgs.). Coleção repercussões do Novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 8, p. 353.

[25] ZANETI JUNIOR, Hermes. Código de Processo Civil 2015: Ruptura do paradoxo entre o Ministério Público da Legalidade e o Ministério Público Constitucional. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.). Repercussões do Novo CPC. Ministério Público. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 45-62.

[26] BRASIL. Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014. Op. cit.



**SANDRA
MONTEIRO DE
OLIVEIRA LIMA**

Graduada em Direito pela
Universidade Federal de Goiás.

Pós-graduada em Direito Agroambiental
pela Universidade Federal de Goiás.

Atuou em auxílio junto à Procuradoria de
Crimes praticados por Prefeitos no MPGO.

Promotora de Justiça
do Estado de Goiás.



**ANDREIA ZANON
MARQUES
JUNQUEIRA**

Graduada em Direito pela PUC Goiás.

Ex-coordenadora do Centro de Apoio
Operacional do Meio Ambiente do MPGO.

Atuou em auxílio junto à Procuradoria de
Crimes praticados por Prefeitos no MPGO.

Promotora de Justiça
do Estado de Goiás.

EX-PREFEITOS: RITO PROCESSUAL A SER APLICADO NOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE (DECRETO-LEI Nº 201/67)

O Decreto-Lei nº 201/67, no artigo 1º e seus 23 incisos, disciplina os denominados “crimes de responsabilidade” praticados por prefeitos municipais. Em princípio, é de se destacar uma impropriedade na terminologia “**crime de responsabilidade**”, visto que esta modalidade de infração é julgada através de jurisdição política. Já as infrações penais descritas no artigo 1º do decreto-lei tratam-se, na verdade, de espécie de **crimes funcionais**, que nada mais são do que uma categoria de crime comum^[1] com julgamento submetido ao Poder Judiciário. Além de descrever no artigo primeiro 23 tipos penais, o Decreto-Lei nº 201/67 também estabelece procedimento próprio para o trâmite da respectiva ação penal (artigo 2º).

Como classe de crime funcional, as infrações narradas no artigo 1º do Decreto-Lei pressupõe o exercício do cargo de prefeito para a sua prática (crime próprio), o que, em princípio, atrai a competência do Tribunal de Justiça do estado para processar e julgar o ilícito penal, conforme previsão constitucional contida na Carta Magna (art. 29, inc. X, da Constituição Federal).

É de se ponderar, no entanto, que à luz do que restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) ao resolver a Questão de Ordem na **AP 937/RJ** em 3 de março de 2018, por maioria de votos, o Colegiado conferiu nova e conforme interpretação ao art. 102, I, b e c da Constituição Federal (CF), restringindo o alcance do foro por prerrogativa de função dos detentores de cargos eletivos junto ao Congresso Nacional (por simetria aplicável aos prefeitos), quando forem praticados **durante o exercício do cargo** e relacionados **às funções desempenhadas**. Somente após a análise concomitante desses dois requisitos será possível firmar a competência para o processo e julgamento do prefeito.

Assim, caso se verifique que o gestor municipal praticou o fato **no exercício e em razão do cargo**, ele será processado pelo respectivo Tribunal de Justiça, em cujo âmbito é adotado o rito descrito na Lei nº 8.038/90. Por outro lado, o procedimento descrito no artigo 2º do Decreto-Lei nº 201/67 será aplicado aos processos instaurados originalmente perante o juízo de primeiro grau contra os ex-prefeitos^[2] ou aqueles encaminhados às instâncias inferiores em razão da posterior modificação de competência ordenada pelo respectivo Tribunal de Justiça. Na hipótese em que o processamento ocorrer no âmbito do primeiro grau, o rito a ser seguido é o estabelecido no artigo 2º do Decreto-Lei nº 201/1967, que dispõe *in verbis*:

“ [...] a obrigatoriedade de manifestação sobre o encarceramento do gestor, quando do recebimento da denúncia, não deve prevalecer, salvo se houver pedido expresso e fundamentado nesse sentido.”

Art. 2º. O processo dos crimes definidos no artigo anterior é o comum do juízo singular, estabelecido pelo Código de Processo Penal, com as seguintes modificações:

I – Antes de receber a denúncia, o Juiz ordenará a notificação do acusado para apresentar defesa prévia, no prazo de cinco dias. Se o acusado não for encontrado para a notificação, ser-lhe-á nomeado defensor, a quem caberá apresentar a defesa, dentro no mesmo prazo.

II – Ao receber a denúncia, o Juiz manifestar-se-á, obrigatória e motivadamente, sobre a prisão preventiva do acusado, nos casos dos itens I e II do artigo anterior, e sobre o seu afastamento do exercício do cargo durante a instrução criminal, em todos os casos.

III – Do despacho, concessivo ou denegatório, de prisão preventiva, ou de afastamento do cargo do acusado, caberá recurso, em sentido estrito, para o Tribunal competente, no prazo de cinco dias, em autos apartados. O recurso do despacho que decreta a prisão preventiva ou o afastamento do cargo terá efeito suspensivo.

§ 1º Os órgãos federais, estaduais ou municipais, interessados na apuração da responsabilidade do Prefeito, podem requerer a abertura do inquérito policial ou a instauração da ação penal pelo Ministério Público, bem como intervir, em qualquer fase do processo, como assistente da acusação.

§ 2º Se as providências para a abertura do inquérito policial ou instauração da ação penal não forem atendidas pela autoridade policial ou pelo Ministério Público estadual, poderão ser requeridas ao Procurador-Geral da República[3].

Observa-se do artigo transcrito que o Decreto-Lei nº 201/67 cuidou do processamento dos crimes funcionais praticados por prefeito municipal apenas até a fase do recebimento da denúncia. Concluída esta etapa, o Código de Processo Penal (CPP) passa a ser a norma aplicada, conforme ordena o próprio *caput* do artigo 2º, que prevê expressamente a aplicação subsidiária do CPP. De igual modo, o parágrafo 4º do artigo 394 do CPP, introduzido pela Lei nº 11.719/2008, estabeleceu que: “As disposições dos artigos 395 a 398 deste Código, aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados neste Código”[4].

Dá se poderia concluir, apressadamente, que o rito previsto no artigo 2º do Decreto-Lei nº 201/67 foi derogado pela norma contida no § 4º do artigo 394 do CPP. Porém, não tem sido este o entendimento jurisprudencial a respeito do assunto, posto que os Tribunais ainda asseguram a observância do procedimento especial naquilo que não ofender o devido processo legal.

A exemplo dessa ofensa, menciona-se a previsão inserta na segunda parte do inciso II do artigo 2º, assim redigida: “II – Ao receber a denúncia, o Juiz manifestar-se-á, **obrigatória** e motivadamente, **sobre a prisão preventiva do acusado**, nos casos dos itens I e II do artigo anterior, e sobre o seu afastamento do exercício do cargo durante a instrução criminal, em todos os casos”.

A prisão do acusado, como se sabe, deve ser decretada quando demonstrados os requisitos do artigo 312 do CPP, não se justificando o pronunciamento impositivo e vinculado à decisão de recebimento de denúncia contra o alcaide, da forma descrita no texto legal. Portanto, ao nosso juízo, a obrigatoriedade de manifestação sobre o encarceramento do gestor, quando do recebimento da denúncia, não deve prevalecer, salvo se houver pedido expresso e fundamentado nesse sentido.

Diga-se, ademais, no que diz respeito à previsão expressa de manifestação obrigatória do magistrado acerca do afastamento do prefeito durante a instrução criminal (segunda parte do artigo 2º do Decreto-Lei), que, embora não se olvide o poder geral de cautela atribuído aos magistrados, pondera-se que somente o pedido expresso de afastamento formulado pelo órgão de acusação legitima o pronunciamento do julgador acerca do possível afastamento do alcaide.

Nesse contexto, caso ainda não tenha sido decidida a questão do afastamento em sede de medida cautelar antecedente à propositura da ação penal, e venha a ser formulado requerimento nessa direção por ocasião do oferecimento da peça acusatória, competirá ao juízo de primeiro grau apreciar o afastamento pleiteado, conjuntamente com a decisão de recebimento da denúncia, como diz a lei (artigo 2º do Decreto-Lei).

Outra questão relevante a ser debatida refere-se à necessidade ou não de se ordenar a notificação do acusado para apresentar a “defesa prévia” a que alude o artigo 2º, inciso I do Decreto: **“Antes de receber a denúncia, o Juiz ordenará a notificação do acusado para apresentar defesa prévia, no prazo de cinco dias.** Se o acusado não for encontrado para a notificação, ser-lhe-á nomeado defensor, a quem caberá apresentar a defesa, dentro no mesmo prazo” (grifo nosso).

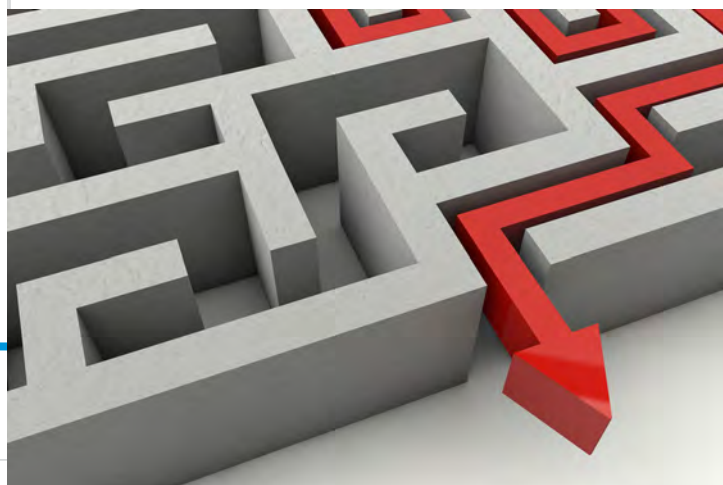
Como se verá adiante, a jurisprudência diverge sobre a obrigatoriedade ou não de se processar aquele **contraditório prévio**.

O Tribunal Regional Federal (TRF) da 1ª Região já decidiu que o artigo 2º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67 assegura ao acusado o contraditório preliminar e por isso decretou a nulidade de todo o processo que seguiu sem a observância da norma. Confira:

PENAL. DENÚNCIA PELOS CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 90 E 96, I DA LEI N. 8.666/93 C/C ARTS. 29 E 69, DO CÓDIGO PENAL E PELO CRIME DESCRITO NO ART. 1º, III, DO **DECRETO-LEI 201/67. DEFESA PRÉVIA. AUSÊNCIA. NULIDADE A PARTIR DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA.** 1. O Decreto-lei 201/1967, em seu art. 2º, inciso I, assegura aos acusados pelos crimes definidos no art. 1º do mesmo diploma legal, o direito ao contraditório prévio, consubstanciado na notificação para apresentar defesa prévia, no prazo de cinco dias, antes do recebimento da denúncia. 2. **A notificação prevista no aludido decreto-lei não pode ser desprezada, em respeito à garantia do contraditório e do devido processo legal.** 3. **Sendo o agente denunciado pelo crime de responsabilidade em conexão com outros crimes, o rito a ser seguido é o do Decreto-lei 201 para todos os crimes, que são interligados.** 4. Anulação de todos os atos processuais, desde o recebimento da denúncia, inclusive[5] (Grifo nosso).

Em sentido contrário, dispensando a notificação para apresentação de defesa prévia, já se posicionou o TRF da 4ª Região:

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. AÇÃO PENAL. **EX-PREFEITO. CRIME DE RESPONSABILIDADE. ARTIGO 1º, INCISO I, DO DECRETO-LEI Nº 201/67. RITO. NOTIFICAÇÃO. DEFESA PRÉVIA. ARTIGO 2º, INCISO I, DO DECRETO-LEI Nº 201/67.** PARTICULARIDADES DO CASO. CONCESSÃO DA ORDEM. 1. A jurisprudência do STF e do STJ orienta-se no sentido de que o rito estabelecido no artigo 2º do Decreto-Lei nº 201/1967 somente se aplica ao detentor de mandato eletivo. 2. **No caso, o paciente não é mais detentor do mandato eletivo de prefeito municipal. Logo, não se lhe aplica o referido rito.** 3. No entanto, se foi dada ao paciente a oportunidade de apresentar



defesa prévia, antes do recebimento da denúncia, deve-se entender que isso foi feito sem prejuízo de seu direito ao devido processo legal. 4. Na hipótese de recebimento da denúncia, deve ser aplicado o disposto no Código de Processo Penal (artigo 396 e seguintes)[6](Grifo nosso).

Em outro julgado, o TRF da 4ª região também assentou que **a defesa preliminar** definida no art. 2º, inciso II, do Decreto-Lei nº 201/67, a exemplo da prevista nos artigos 514 do CPP e 4º da Lei nº 8.038/90, **é dispensável nas ações penais antecedidas de inquérito policial, bem como naquelas em que o réu já deixou a função pública**[7].

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), existem posições divergentes. A 5ª Turma já considerou que “a falta de notificação para a defesa preliminar, prevista no art. 2º, I, do Decreto-Lei 201/1967, configura nulidade absoluta que compromete todo o processo e independe da demonstração de efetivo prejuízo, o qual decorre da ofensa direta às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa”, conforme os acórdãos proferidos no Agravo Regimental nos Recursos Especiais 958.634/MG e 913.530/PA, nos *habeas corpus* 99.056/PR e 102.821/RS e no Recurso Ordinário em *habeas corpus* 11.290/MG. E ainda:

HABEAS CORPUS. CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO. PACIENTE DENUNCIADO POR INFRAÇÃO AO ART. 1º, VI E VII DO DECRETO-LEI 201/67. REGULAR NOTIFICAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE DEFESA PRÉVIA. PEÇA SUBSCRITA PELO PRÓPRIO PACIENTE. NULIDADE RELATIVA. DEFESA ESCRITA QUE, NADA OBSTANTE ASSINADA PELO PRÓPRIO ACUSADO, TEVE A ORIENTAÇÃO DE ADVOGADO NA SUA ELABORAÇÃO. IRREGULARIDADE PROVOCADA PELA DEFESA. ART. 565 DO CPP. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA. 1. Conforme orientação há muito firmada nesta Corte Superior, somente **haverá**

nulidade absoluta, no caso de crimes de responsabilidade cometidos por prefeitos, não ocorrendo a notificação do acusado para apresentação de defesa prévia, nos termos do art. 20, I do Decreto-lei 201/67, o que não se verifica na espécie sob exame. [...] 5. Ordem denegada[8](Grifo nosso).

Mas também já houve decisão monocrática mais recente, da lavra do ministro da 5ª Turma do STJ, Dr. Reynaldo Soares da Fonseca, na qual o eminente julgador entendeu que a defesa prévia prevista no Decreto-Lei nº 201/67, a exemplo da defesa preliminar definida no artigo 514 do CPP, só deve prevalecer se à época da denúncia o funcionário ainda estava investido no cargo público:

Quanto à nulidade por violação ao artigo 514 do CPP, o STF **já pacificou o tema posicionando-se no sentido de ser dispensável a defesa preliminar prevista no artigo 514 do CPP se à época da denúncia o funcionário público não mais exercia o cargo público**, como é a hipótese do caso vertente, eis que a denúncia foi oferecida em 2008, **quando o réu não era mais prefeito do Município de Bom Jardim [...]**[9] (Grifo nosso).

Ainda no âmbito da 5ª Turma, cita-se acórdão ementado no sentido de que a ausência de notificação para apresentar defesa prévia, nos termos do art. 2º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/1967, só ocasiona nulidade do processo se demonstrado prejuízo e caso a exordial não esteja alicerçada em inquérito policial.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. [...] DEFESA PRELIMINAR. **INQUÉRITO.** PREJUÍZO. Delito especial impróprio. Precedentes. I – A providência prevista no art. 514 do CPP diz com os delitos funcionais próprios em que a condição de funcionário é elementar do tipo (delito especial próprio) não tendo aplicação quando se trata de delito funcional impróprio (delito especial impróprio) no qual a condição de funcionário atua como majorante

ou qualificadora (v. g. arts. 150 § 2º, 151 § 3º e 295 do CP). II – **A defesa preliminar é despicienda quando a exordial acusatória está supedaneada em inquérito policial. Além do mais, a eventual omissão só ganha relevância jurídica se evidenciar prejuízo para o réu** (art. 563 do CPP). Recurso não conhecido[10] (Grifo nosso).

A 6ª Turma, do mesmo modo, prolatou acórdão rejeitando a tese da nulidade do processo[11] pela falta de notificação prévia do ex-prefeito, ante a ausência de prejuízo no caso concreto:

A despeito da falta de notificação para apresentar defesa prévia nos termos do art. 2º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67, colhe-se nos autos que a acusada efetivamente apresentou a defesa, voltando-se contra os termos da acusação e arrolando testemunhas mas nada alegou oportunamente acerca de eventual nulidade, questão que somente foi suscitada pelos corréus que também apresentaram defesa prévia, inclusive suscitando questões preliminares e de mérito que foram consideradas na sentença condenatória, não restando comprovado qualquer prejuízo[12] (Grifo nosso).

Em razão de reiteradas decisões nesse sentido, o STJ acabou por sumular o entendimento segundo o qual **“É desnecessária a resposta preliminar de que trata o artigo 514 do Código de Processo Penal, na ação penal instruída por inquérito policial”**[13].

Esta posição sumular do STJ pode ser aplicada, *mutatis mutandis*, ao rito do Decreto-Lei nº 201/67. A propósito, o Tribunal de Justiça do estado de Goiás segue esse mesmo raciocínio. Destaca-se, a respeito, decisão da Corte que afastou preliminar de nulidade do processo arguida por prefeito, sob a alegação de ausência de notificação para o oferecimento da defesa prévia antes do recebimento da denúncia (art. 2º, I, Decreto-Lei nº 201/67) e violação aos princípios da ampla defesa e contraditório. Segue trecho do acórdão:

“ [...] contraditório prévio previsto no artigo 2º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67, no que se refere aos crimes de responsabilidade praticados pelos gestores municipais, quando o processamento ocorrer no primeiro grau [...] ”

“oferecida a denúncia com base em inquérito policial, desnecessária a cautela de notificar-se o denunciado (que não era funcionário público) para apresentar defesa preliminar, quando a ele foi oportunizado se manifestar nos autos, por ocasião da apresentação da defesa prévia, inclusive apresentando rol de testemunhas (fls. 216/219), bem como no curso da instrução criminal.” O Tribunal assentou, deste modo, a ausência de prejuízo[14].

Com efeito, considerando as divergências jurisprudenciais citadas, *ad cautelam*, a fim de se evitar futura alegação de nulidade, ressalvado posicionamento contrário, entendemos recomendável a adoção do contraditório prévio previsto no artigo 2º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67, no que se refere aos crimes de responsabilidade praticados pelos gestores municipais, quando o processamento ocorrer no primeiro grau (ex-prefeito), providência esta que pode evitar inúteis discussões acerca de eventual prejuízo concreto que possam ser arguidas pelo alcaide, em razão da não observância da norma.

Feitas estas considerações acerca das peculiaridades do procedimento descrito no artigo 2º do Decreto-Lei nº 201/67, é de ser registrar que uma vez recebida a denúncia, o processamento dos autos seguirá o disposto no CPP. **“Após o recebimento da Denúncia, deve-se observar o rito descrito no CPP, que é mais favorável ao acusado [...] 4. Na hipótese de recebimento da denúncia, deve ser aplicado o disposto no Código de Processo Penal (artigo 396 e seguintes).”**[15] ■

NOTAS E REFERÊNCIAS

- [1] “III. – Os crimes denominados de responsabilidade, previstos no art. 1.º do D. L. 201, de 1967, são crimes comuns, que deverão ser julgados pelo Poder Judiciário, independentemente de pronunciamento da Câmara Municipal”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 549855/PR. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 29 maio 2016.
- [2] **Súmula 703/STF**: “A extinção do mandato do prefeito não impede a instauração de processo pela prática dos crimes previstos no art. 1º do DL 201/1967”. **Súmula 164/STJ**: “O prefeito municipal, após a extinção do mandato, continua sujeito a processo por crime previsto no art. 1º do Decreto-Lei nº 201, de 27.02.67”.
- [3] BRASIL. Decreto-lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a responsabilidade de prefeitos e vereadores, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 fev. 1967. Seção 1, p. 2348.
- [4] BRASIL. Lei nº 11.719. Altera dispositivos do Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 jun. 2008. Seção 1, p. 4.
- [5] BRASIL. Tribunal Regional Federal. (1ª Região). Ação Penal nº 0039239-89.2013.4.01.0000/MG. Procurador: André de Vasconcelos Dias. Recorrido: Carlúcio Mendes Leite. Relator: Desembargador Federal Ney Bello, 15 jan. 2015.
- [6] BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Habeas corpus nº 50460060620154040000. Relator: Márcio Antônio Rocha, 1 mar. 2016.
- [7] BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Apelação Criminal nº 2004.04.01.039524-0/PR. Relator: Desembargador Federal Luiz Fernando Wowk Penteado, 16 jul. 2009.
- [8] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). Habeas corpus nº 92.209/RN. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 25 mai. 2009.
- [9] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). Agravo em Recurso Especial nº 606605. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 17 jun. 2016.
- [10] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). Recurso Especial nº 271.937. Relator: Ministro Felix Fischer, 20 mai. 2012.
- [11] Registre-se o voto vencido do ministro Sebastião Reis Júnior: “Há nulidade absoluta da ação penal ajuizada contra ex-prefeito acusado do crime tipificado no art. 1º, I, do Decreto-Lei 201 de 1967, na hipótese em que não houve abertura de prazo para resposta preliminar prevista no art. 2º, I, desse mesmo decreto-lei, ainda que a ação penal tenha se iniciado após o encerramento do mandato. Isso porque a jurisprudência do STJ tem afastado a aplicação analógica do artigo 514 do CPP, firmando-se no sentido de que a falta de abertura de prazo para resposta preliminar, antes do recebimento da denúncia, constitui nulidade absoluta, mesmo que o acusado não mais possua prerrogativa de foro, por ter deixado o exercício do cargo, ou tenha sido a peça acusatória instruída com procedimento administrativo. Patente o constrangimento ilegal, pois a falta de defesa preliminar desrespeita o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório, encerrando inegável prejuízo ao acusado”.
- [12] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). Recurso Especial nº 1229780/PR (2011/0014626-6). Relator: Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, 19 ago. 2014.
- [13] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 330. É desnecessária a resposta preliminar de que trata o artigo 514 do Código de Processo Penal, na ação penal instruída por inquérito policial. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2006]. Disponível em: <https://bit.ly/2VDDDWW>. Acesso em: 28 mar. 2019.
- [14] GOIÁS. Tribunal de Justiça. Apelação criminal nº 221934-53.2001.8.09.0136 (200192219340). Relator: Desembargador Nicomedes Domingos Borges, 7 ago. 2014.
- [15] BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Habeas corpus nº 50460060620154040000. Relator: Márcio Antonio Rocha, 25 fev. 2016.



**BRUNO
BARRA
GOMES**

Especialista em Direito Processual Civil e Tutelas Coletivas como Instrumento de Defesa da Cidadania pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (ESMP-GO).

Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera (Uniderp/LFG).

Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC Goiás).

Promotor de Justiça do Estado de Goiás.

A INDISPONIBILIDADE DE BENS DA LEI Nº 8.429/92 E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A Constituição Federal de 1988[1] estabeleceu, em seu artigo 37, § 4º, que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível.

Já a Lei Federal nº 8429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) regulamentou a norma constitucional, prevendo os atos que configuram enriquecimento ilícito, dano ao erário, violação de princípios da administração pública, bem como disciplinando sobre a ação de improbidade administrativa e seu processamento.

Como medida cautelar, a Lei de Improbidade Administrativa previu a indisponibilidade de bens dos demandados, em seu artigo 7º, com a seguinte redação:

Art. 7º Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.

Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito[2].

A indisponibilidade de bens é uma medida acautelatória de grande relevância para garantir o resultado prático da sentença, na ação de improbidade administrativa. A medida, segundo Waldo Fazzio Junior, “tem o escopo de assegurar a efetividade e viabilidade da decisão final, como imperativo da observância ao interesse público, predominante sobre o direito individual de propriedade”[3].

Assim, tornam-se indisponíveis bens que podem ser revertidos, em caso de sentença condenatória transitada em julgado, à reparação do dano ao erário, à restituição de bens ou valores havidos ilícitamente e ao pagamento de multa civil e de danos morais coletivos.

A medida cautelar pode ser pleiteada e concedida de forma antecedente ou no curso do processo, mesmo antes do recebimento da ação, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça[4]. Na prática, a indisponibilidade de bens é usualmente requerida na petição inicial, pois a demonstração do *fumus boni iuris* pode ser extraída da narrativa dos fatos que ensejam a propositura da ação de improbidade.

Ela pode ser concedida sem prévia oitiva do demandado, providência lógica e razoável, tendo em vista que “o simples temor de que os bens serão sequestrados ou postos em indisponibilidade pode acarretar o seu ocultamento, dilapidação ou mesmo embaraço para inviabilizar a medida, por parte do requerido”[5].

Nesse caso, o contraditório é postergado, sem prejuízo para o demandado. “Mesmo nesse caso, haverá sim a audiência bilateral e a paridade de armas, sendo que a participação da outra parte, pelas próprias circunstâncias do caso, não será simultânea, mas certamente será simétrica”[6]. Frise-se que a Lei de Improbidade Administrativa exige a prévia oitiva do réu apenas para o recebimento da ação, mas não para a decretação da indisponibilidade de bens.

No curso do processo, a medida pode ser revista para “ampliar ou diminuir a sua amplitude, conforme o trâmite processual permita melhor visualização do valor a ser garantido em caso de eventual condenação”[7]. Não há prazo máximo para duração da medida, podendo ser mantida até o trânsito em julgado da sentença, quando enfim serão expropriados bens do demandado até o limite da condenação.

A indisponibilidade de bens não enseja perigo da demora inverso, visto que o demandado mantém a posse dos bens tornados indisponíveis, somente não podendo deles dispor durante a vigência da medida. Em caso de revogação por improcedência do pedido principal, o requerido terá experimentado mero aborrecimento pela constrição provisória de seus bens, mas a situação retorna ao *status quo ante*.

Desde a aprovação da Lei de Improbidade Administrativa, em 1992, a indisponibilidade de bens foi classificada como medida cautelar, por assegurar o definitivo ressarcimento do dano causado ao erário. Como na época vigia o Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973), aplicado subsidiariamente à Lei nº 8429/1992, a doutrina e a jurisprudência definiam os requisitos da indisponibilidade à luz dos requisitos da medida cautelar: *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) e *periculum in mora* (perigo da demora).

“ [...] o deferimento da indisponibilidade de bens depende da demonstração do *fumus boni iuris* – fortes indícios da prática de atos de improbidade administrativa –, mas não do *periculum in mora*, o qual está implícito na norma legal. Trata-se, pois, de uma tutela de evidência [...] ”

A partir dessa premissa, a doutrina majoritária evoluiu para entender que o perigo da demora estaria implícito no comando normativo do artigo 37, § 4º, da Constituição Federal e do artigo 7º da Lei nº 8429/1992.

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves observam que a presunção do perigo da demora para constrição patrimonial já encontrava respaldo em outros diplomas legais, como na Lei de Intervenção Bancária (art. 36, § 1º, da Lei nº 6024/1976), na Lei de Ação Popular (art. 14, § 4º, da Lei nº 4717/65), no Código Tributário Nacional (art. 185, da Lei nº 5172/1966) e na Lei de Execução Fiscal (art. 7º, III, da Lei nº 6830/1880)[8].

Ao longo dos anos, essa tese consolidou-se na jurisprudência. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o *leading case* foi o REsp 1098824, julgado pela Segunda Turma do STJ no dia 23/06/2009, sob relatoria da Ministra Eliana Calmon.

No ano de 2012, a matéria foi apreciada pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, órgão colegiado que reúne as duas turmas com competência em direito público. Consta da ementa:

7. O *periculum in mora*, em verdade, milita em favor da sociedade, representada pelo requerente da medida de bloqueio de bens, porquanto esta Corte Superior já apontou pelo entendimento segundo o qual, em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta ímproba lesiva ao erário, esse requisito é implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei nº 8.429/92[9].

Já em 2014, no âmbito do REsp 1366721, o Superior Tribunal de Justiça julgou a questão sob o regime dos recursos especiais repetitivos, mecanismo previsto no art. 928, II do CPC (art. 543-C do CPC/1973).

Em síntese, o deferimento da indisponibilidade de bens depende da demonstração do *fumus boni iuris* – fortes indícios da prática de atos de improbidade administrativa –, mas não do *periculum in mora*, o qual está implícito na norma legal. Trata-se, pois, de uma tutela de evidência, como será melhor explorado a seguir.

A consolidação desse entendimento pelo Superior Tribunal de Justiça é benéfica ao combate à corrupção, pois viabiliza a indisponibilidade de bens do demandado sem a necessidade de comprovar o risco concreto de dilapidação dos bens no curso do processo. Essa comprovação era extremamente difícil, pois os atos de disposição de bens são praticados no âmbito particular, protegidos pela privacidade. Assim, a presunção do *periculum in mora* é condição para a efetividade da medida.

Ocorre que o CPC/1973 tratava das tutelas provisórias sem a devida sistematização, prevendo a antecipação de tutela no livro sobre processo de conhecimento e o processo cautelar em livro próprio. Em 2002, o CPC foi alterado para prever a fungibilidade entre a tutela antecipada e a cautelar, aproximando os dois institutos.

O Novo Código de Processo Civil (CPC/2015), por sua vez, estabeleceu um sistema em que a tutela provisória é gênero, tendo como espécies a tutela de urgência – subdividida em tutela cautelar e tutela antecipada – e a tutela da evidência.

A tutela de urgência será concedida, nos termos do art. 300 do CPC, quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Já a tutela de evidência foi assim positivada:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I – ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III – se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV – a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

A partir da vigência do CPC/2015, alguns juristas têm defendido que a indisponibilidade de bens prevista na Lei de Improbidade Administrativa, por ser calcada em tutela de evidência, estaria condicionada ao preenchimento dos requisitos previstos no artigo 311 do CPC vigente[11, 12].

O entendimento foi adotado também em um recurso julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais[13].

Se prevalecesse tal posição, a indisponibilidade de bens voltaria a depender da demonstração do perigo da demora, típica da tutela de urgência, por não encontrar guarida em nenhuma das hipóteses do artigo 311 do CPC/2015.

Entretanto, essa tese minoritária não encontra sustentação jurídica.

De início, é importante pontuar que o novo código não alterou a Lei de Improbidade Administrativa. O artigo 1072 do CPC/2015, pelo qual se revogaram expressamente diversos artigos de leis federais, não menciona a Lei nº 8429/1992.

Ainda em suas disposições finais e transitórias, o Novo CPC estabeleceu que “permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código” (art. 1046, § 2º, CPC/2015).

É sabido que no direito brasileiro a lei geral posterior não revoga nem modifica a lei especial anterior, nos termos do art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil[14].

Diante desse quadro, a indisponibilidade de bens do artigo 7º da Lei nº 8.429/1992 – lei especial – permanece intacta, não se sujeitando às hipóteses estabelecidas no artigo 311 do CPC/2015, apesar de também prescindir da demonstração de perigo da demora por interpretação da jurisprudência.

Ademais, o CPC/2015 arrola hipóteses genéricas de tutela de evidência que não excluem outras previstas em lei esparsas. Como bem observam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria Oliveira, “o CPC prevê hipóteses de tutela provisória de evidência em procedimentos especiais, como a tutela provisória satisfativa da ação possessória (art. 562), dos embargos de terceiro (art. 678) e da ação monitória (art. 700)”[15].

Além disso, não se deve olvidar que a urgência e a evidência são requisitos da mesma tutela – a provisória – e por isso possuem características comuns, não podendo ser interpretadas de forma estanque. Didier, Braga e Oliveira explicam:

A evidência não é um tipo de tutela jurisdicional. A evidência é fato jurídico processual que autoriza que se conceda uma tutela jurisdicional, mediante técnica de tutela diferenciada. Evidência é um pressuposto fático de uma técnica processual para a obtenção da tutela. Somente há sentido e utilidade em falar da “tutela de evidência” como técnica processual[16].



Assim, tanto a tutela de urgência quanto a de evidência têm como função principal evitar os males causados pela demora do processo, portanto nada impede a antecipação de tutela de natureza cautelar sem o requisito da urgência. No mesmo sentido, leciona Daniel Pentead de Castro:

As medidas antecipatórias, sejam de natureza satisfativa ou cautelar, cumprirão suas funções comum (evitar os males do dano marginal do processo) ou específica, que restaram concebidas (satisfazer/realizar o direito ou assegurar ou conservar a satisfação do direito), se restarem fundadas, na forma projetada pelo NCPC, seja na urgência, seja na evidência[17].

As normas de direito processual devem ser interpretadas de forma a melhor tutelar os direitos subjetivos. Com efeito, da cláusula geral do devido processo legal se pode extrair o princípio da efetividade, pelo qual se “garante o direito fundamental à tutela executiva”[18], princípio este reforçado pelo art. 4º do CPC/2015.

Nessa esteira, mesmo na vigência do novo CPC o Superior Tribunal de Justiça tem mantido o entendimento de que a indisponibilidade de bens é uma tutela de evidência que dispensa a

comprovação do efetivo perigo da demora ou a subsunção aos requisitos do artigo 311 do CPC/2015[19,20].

Tal como aplicada atualmente pelo Superior Tribunal de Justiça, a indisponibilidade de bens é um instrumento imprescindível no combate à improbidade administrativa, inexistindo espaço para outra interpretação mais restritiva, que venha a tolher a efetividade da medida ■

NOTAS E REFERÊNCIAS

- [1] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: <https://bit.ly/1bIJ9XW>. Acesso em: 9 abr. 2019.
- [2] BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 3 jun. 1992. Disponível em: <https://bit.ly/2CfB1Ug>. Acesso em: 9 abr. 2019.
- [3] FAZZIO JUNIOR, Waldo. Improbidade Administrativa. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2016.
- [4] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.078.640/ES, Rel. Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 09/03/2010. Diário da Justiça, Brasília, DF, 23 mar. 2010.
- [5] QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. As medidas cautelares previstas na Lei de Improbidade Administrativa: natureza jurídica e sua repercussão no princípio do contraditório. Revista Jurídica, Recife, n. 1, p. 298-314, 2008. Disponível em: <https://bit.ly/2UsKTnO>. Acesso em: 24 jun. 2018.
- [6] Op. cit.
- [7] Op. cit.
- [8] GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 765.

[9] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça: REsp 1319515/ES, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 22/08/2012. Diário da Justiça, Brasília, DF, 21 set. 2012.

[10] BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2013. Disponível em: <https://bit.ly/1CpD2H2>. Acesso em: 9 abr. 2019.

[11] “Vale dizer, para que o pedido liminar fundamentado no art. 7º da Lei de Improbidade Administrativa seja hodiernamente concedido como tutela de evidência – sem necessidade, portanto, de demonstração do *periculum in mora* -, inexoravelmente deverá se basear em algum dos incisos do aludido art. 311, quais sejam: [...] Portanto, a partir da entrada em vigor do CPC/2015, ou bem a tutela *provisória* prevista no art. 7º da LIA se amolda a quaisquer dos incisos do art. 311 do NCPC (e se pretendida liminarmente, somente nas hipóteses indicadas nos incisos II e III), ou deve ser necessariamente demonstrado pela parte interessada o *periculum in mora*, consistente em atos de dilapidação patrimonial por parte do réu, na forma do art. 300 do NCPC.” (CAMILLO, Fábio de Oliveira. Os requisitos necessários para concessão da tutela provisória de indisponibilidade de bens na improbidade administrativa, de acordo como o NCPC. Empório do Direito, Florianópolis, 17 mar. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2PoHYwB>. Acesso em: 9 abr. 2019.)

[12] “O novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), no entanto, alterou essa realidade. As previsões sobre tutela de evidência, que eram esparsas no antigo CPC, foram sistematizadas. Como já ocorria com a tutela cautelar e a tutela antecipada no antigo CPC, agora há previsão genérica expressa, no ordenamento jurídico brasileiro, acerca da tutela de evidência. Ela se encontra no art. 311 que permite a concessão de tutela jurisdicional provisória independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*). [...] Antes era razoável criar algo como forma de garantir um provimento jurisdicional adequado a uma tutela que é coletiva. Atualmente há disciplina legal e isso impede a utilização do antigo entendimento. O requisito certeza dos fatos e do direito é mais forte do que aquele anteriormente exigido, e criado por intermédio de interpretação jurisprudencial.” (HARGER, Marcelo. A indisponibilidade de bens em ação de improbidade administrativa após a vigência do novo CPC. Direito do Estado, Salvador, ano 2017, n. 59, 19 maio 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2U6ZHDy>. Acesso em: 8 abr. 2019.)

[13] “1. Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, o qual passou expressamente a distinguir a tutela de urgência da tutela de evidência – nesta última dispensada a comprovação do “*periculum in mora*” –, não há como conceder medidas cautelares no bojo de ação civil pública por ato de improbidade administrativa à míngua daquele requisito sem que esteja configurada alguma das hipóteses previstas no respectivo art. 311”. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento-Cv 1.0694.13.000357-7/001, Rel. Des. Edgard Penna Amorim, 1ª Câmara Cível, julgamento em 14/02/2017. Diário de Justiça do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, 21 fev. 2017)

[14] “Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. [...] § 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.” (BRASIL. Decreto-Lei nº 4657, de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF, 9 set. 1942. Disponível em: <https://bit.ly/2vzn26K>. Acesso em: 9 abr. 2019.)

[15] DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de Direito Processual Civil. 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. v. 2, p. 702.

[16] Op. cit., p. 700.

[17] CASTRO, Daniel Penteado. Antecipação de tutela sem o requisito da urgência. Panorama geral e perspectivas no novo Código de Processo Civil. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 257.

[18] DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 1, p. 128.

[19] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1391575/BA, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 22/09/2016. Diário da Justiça, Brasília, DF, 14 out. 2016.

[20] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1684231/SC, Rel. Ministro OG Fernandes, Segunda Turma, julgado em 20/02/2018. Diário da Justiça, Brasília, DF, 26 fev. 2018.



**FABRICIO
LAMAS
BORGES DA
SILVA**

Especializado em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus.

Graduado em Direito pelo Instituto de Ensino Superior de Rio Verde.

Professor de Direito Penal e de Criminologia da Faculdade Quirinópolis.

Promotor de Justiça do Estado de Goiás.

A (IN)APLICABILIDADE DO INSTITUTO DA CONTINUIDADE DELITIVA NOS ESTUPROS REITERADOS CONTRA A MESMA VÍTIMA

De acordo com os dados do Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (Ipea), constantes do estudo “Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde”[1], estima-se que ocorra anualmente no Brasil cerca de 527 mil crimes de estupro[2] consumados ou tentados. O referido estudo aponta, ademais, que 70% das vítimas desses crimes são crianças e adolescentes e que 24,1% dos agressores de crianças são os próprios pais ou padrastos, e outros 32,2% dos malfeitores são amigos ou conhecidos delas.

Salta aos olhos que 48,3% dos crimes envolvendo crianças, 46,7% dos casos praticados contra adolescentes e 41% dos ocorridos com adultos sejam cometidos por agressores conhecidos e que já haviam praticados estupros anteriores contra a mesma vítima[3].

Estes dados nos direciona à conclusão incontestável de que o estupro reiterado – tido como aquele realizado por diversas vezes pelo mesmo agressor e contra a mesma vítima – é uma triste realidade no Direito Brasileiro, a qual vem sendo sentida no dia a dia da vivência forense, em casos como, por exemplo, de Beatriz[4], adolescente de uma pacata cidade do estado de Goiás[5] que foi estuprada dos seis aos 14 anos de idade, sempre pelo próprio genitor, por nove anos seguidos, em todos os meses dos referidos anos[6].

Conforme apurado no aludido processo, teriam sido praticados contra Beatriz, no mínimo, 84 estupros distintos[7], todos pelo próprio genitor, legal e moralmente responsável por protegê-la enquanto pessoa em situação peculiar de desenvolvimento[8].

Em tais casos, é comum o questionamento quanto a qual das modalidades de concurso de crimes se aplica à questão, em especial se seria tal situação compatível com a aplicação da benesse do crime continuado, mormente diante das grandes consequências físicas, psíquicas, neurológicas, sociais e sexuais que acometem as vítimas desses crimes[9].

Do crime continuado como espécie de concurso de crimes

O Código Penal Brasileiro previu a existência de três espécies diversas de concursos de crime (*concursum delictorum*), nome doutrinariamente dado à situação que ocorre “quando um sujeito, mediante unidade ou pluralidade de ações ou de omissões, pratica dois ou mais delitos”[10].

A primeira modalidade de concurso de crimes é a denominada material ou real. Prevista no artigo 69 do Código Penal, ela ocorre quando o agente, “mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não”. Assim, esta modalidade de concurso de crimes tem como peculiaridade a existência da pluralidade de ações e da pluralidade de resultados e, como consequência, ocorre a aplicação do somatório de todas as penas, no sistema denominado como cúmulo material[11].

O crime formal ou ideal, por sua vez, ocorre, de acordo com o artigo 70 do Código Penal, quando o agente, “mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não”. De acordo com Bitencourt, para “que haja concurso formal é necessário que exista

uma só conduta, embora possa desdobrar-se em vários atos, que são os segmentos em que esta se divide”[12]. Ainda, continua o referido autor explicando que:

O concurso formal pode ser próprio (perfeito), quando a unidade de comportamento corresponder à unidade interna da vontade do agente, isto é, o agente deve querer realizar apenas um crime, obter um único resultado danoso. Não devem existir – na expressão do Código – desígnios autônomos. Mas o concurso formal também pode ser impróprio (imperfeito). Nesse tipo de concurso, o agente deseja a realização de mais de um crime, tem consciência e vontade em relação a cada um deles. Ocorre aqui o que o Código Penal chama de “desígnios autônomos”, que se caracteriza pela unidade de ação e multiplicidade de determinação de vontade, com diversas individualizações. Os vários eventos, nesse caso, não são apenas um, perante a consciência e a vontade, embora sejam objeto de uma única ação[13].

Quando se tratar de concurso formal impróprio ou imperfeito, deverá haver a soma das penas, com a aplicação do sistema de cúmulo material, tal como ocorre no concurso material. Já se ocorrer o denominado concurso formal próprio ou perfeito, deverá ser aplicado o sistema da exasperação da pena, com a aplicação da mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada de um sexto até a metade[14].



Por sua vez, o crime continuado, também conhecido como continuidade delitiva, resta caracterizado, nos termos do artigo 71 do Código Penal, sempre que “o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie” e quando “pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro”[15].

Quando ocorrer o crime continuado, deverá ser aplicada a pena de apenas um dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em ambos os casos, de um sexto a dois terços, conforme a própria literalidade do dispositivo. Essa fração, por sua vez, deverá ser aplicada de acordo com o número de infrações cometidas, conforme o entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal[16] e do Superior Tribunal de Justiça[17].

Não se deve esquecer também da previsão constante no parágrafo único do artigo 71 do Código Penal, conhecida doutrinariamente como crime continuado específico, o qual ocorre quando houver crime continuado doloso, praticado contra vítimas diferentes e com violência ou grave ameaça. Nele, o juiz, observados culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, poderá aumentar a pena do crime-base em até o triplo, salvo se o somatório das penas for mais benéfico ao réu.

Esta última situação, contudo, não poderá ser aplicada aos crimes sexuais reiterados contra a mesma vítima, em razão da falta do requisito específico de que os crimes apurados tenham sido praticados contra vítimas diferentes.

Rememoradas as explicações sobre as três modalidades de concurso de crimes, deve-se observar que em relação especificamente ao crime de estupro reiterado contra a mesma vítima, objeto do estudo em questão, descarta-se, também, a aplicação do denominado

concurso formal de crimes, haja vista que nos crimes reiterados não há uma única ação, mas várias em sequência, inexistindo, portanto, a unicidade de condutas exigida para a caracterização da referida modalidade de crime.

Assim, a *vexata quaestio* reside em torno da possibilidade ou não de se aplicar o crime continuado, com a exasperação da pena, aos casos de estupros reiterados contra a mesma vítima, como, por exemplo, da adolescente Beatriz, citada no começo do artigo.

Crime continuado: história, requisitos e teorias

O crime continuado surgiu na legislação brasileira por intermédio do Decreto nº 4.780/1923[18], que alterou o Código Penal de 1890, dispondo que ocorreria o crime continuado quando os crimes resultassem de “uma só resolução contra a mesma ou diversa pessoa, embora cometidos em tempos diferentes”, trazendo o aumento específico, para qualquer caso, de um sexto da pena, sem estabelecer requisitos claros para a aplicação do instituto.

A história do crime continuado no mundo, contudo, é mais antiga e remete ao tempo dos glosadores e dos pós-glosadores. Posteriormente, sua definição mais precisa adveio da lei toscana de 1795, a qual buscava “salvar da pena de morte o culpado de terceiro furto”, conforme ensina o saudoso Roberto Lyra[19]. Em outras palavras, a legislação toscana da época determinava a aplicação da pena de morte para aquele que praticasse três furtos contínuos, buscando o instituto salvar da irreversível pena fatal aquele praticasse crimes patrimoniais seguidos e em circunstâncias que fossem semelhantes, como, por exemplo, um larápio que furtasse três vítimas diferentes, em um único dia, desejando a obtenção de uma quantia específica em dinheiro. Nela, se

consideravam os referidos crimes como um crime único, em uma ficção jurídica que visava a não aplicação da pena de morte.

O Código Penal de 1940, vigente, em sua redação original, previu o crime continuado em 51, § 2º. A reforma de 1984, por seu turno, manteve intacto o dispositivo, sem nenhuma alteração substancial[20], salva a inclusão do crime continuado específico contra vítimas diferentes constante do parágrafo único do artigo 71, abordado acima.

Assim, o nosso ordenamento prevê a aplicação do crime continuado comum quando se “pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro”[21].

Tal literalidade traz os requisitos objetivos para a aplicação do crime continuado, bem delineados por Bitencourt:

- a) Pluralidade de condutas – O mesmo agente deve praticar duas ou mais condutas. Se houver somente uma conduta, ainda que desdobrada em vários atos ou vários resultados, o concurso poderá ser formal. b) Pluralidade de crimes da mesma espécie – [...] há continuação, portanto, entre crimes que se assemelham nos seus tipos fundamentais, por seus elementos objetivos e subjetivos, violadores também do mesmo interesse jurídico [...]. c) Nexos da continuidade delitiva – Deve ser apurado pelas circunstâncias de tempo, lugar, modo de execução e outras semelhantes: 1) Condições de tempo [...] deve haver uma conexão temporal entre as condutas praticadas, para que se configure a continuidade delitiva. Deve existir, em outros termos, uma certa periodicidade que permita observar-se um certo ritmo, uma certa uniformidade, entre as ações sucessivas [...]. 2) Condições de lugar – Deve existir entre os crimes da mesma espécie uma conexão espacial para caracterizar o crime continuado [...]. 3) Maneira de execução – A lei exige semelhança e não identidade. A semelhança na “maneira de

execução” se traduz no modus operandi de realizar a conduta delitiva. Maneira de execução é o modo, a forma, o estilo de praticar o crime, que, na verdade, é apenas mais um dos requisitos objetivos da continuação criminosa. 4) Outras condições semelhantes – Como outras “condições semelhantes” a doutrina aponta a mesma oportunidade e a mesma situação propícias para a prática do crime[22].

Outro ponto relevante do crime continuado, com relativa controvérsia doutrinária, é sobre a necessidade ou não de unidade de desígnios ou propósitos entre os crimes, denominada doutrinariamente de requisito subjetivo do crime continuado, para a aplicação do instituto. Sobre o tema, surgiram diversas teorias no ordenamento jurídico.

A primeira, denominada teoria objetiva ou puramente objetiva, adotada por autores clássicos, entende que para a configuração do crime continuado não é necessário que se demonstre a existência de vínculo subjetivo entre os crimes, ou seja, entende que não é necessário demonstrar que os crimes possuem uma ligação subjetiva entre si, compondo um plano global do autor.

Essa teoria foi adotada pelo Código Penal de 1940, conforme a sua exposição de motivos[23], bem como pela reforma de 1984, conforme a exposição de motivos da reforma[24].

Adotando essa teoria, por exemplo, o alemão Franz von Liszt defendeu em 1899, antes mesmo do instituto ser previsto em nossa legislação, que constituía exemplo de crime continuado o ato daquele que “durante noites sucessivas [...] abusa de um menor”, claramente se referindo a crime sexual reiterado contra a mesma vítima[25].

A segunda teoria, por seu turno, denominada de teoria objetivo-subjetiva, entende que, além dos requisitos objetivos previstos no artigo 71 do Código Penal, para a presença do

crime continuado é imprescindível a unidade de desígnio entre os delitos, isto é, que os crimes correspondam a um **plano único do autor**, existindo ligação ou liame subjetivo entre eles, denominada de **unidade de dolo**[26].

Nas palavras de Zaffaroni e Pierangelli:

O dado ôntico mais elementar e primário de qualquer unidade de conduta é o fator psicológico ou fator final, isto é, uma unidade de dolo ou de resolução, uma resolução ou dolo unitário: se quem furta diariamente uma pequena quantidade de dinheiro não age com uma decisão única, como, por exemplo, apoderar-se do dinheiro que necessita para pagar uma dívida ou para comprar um móvel, mas repete a decisão diariamente, porque se sente tentado diante da mesma circunstância, não haverá uma continuidade da conduta, e sim tantas condutas quantas forem as decisões tomadas. Nesse caso, existe uma unidade da culpabilidade, em razão da unidade de circunstância o que torna o concurso real privilegiado (o falso crime continuado do art. 71) [...]. Sintetizando, entendemos que há o verdadeiro delito continuado quando: a) há dolo unitário[27].

Ademais, de acordo com Juarez Cirino dos Santos, esta teoria “supõe um projeto anterior – que é, evidentemente, representado pelo dolo”[28]. No mais, conforme leciona Luiz Regis do Prado “essa concepção é tida como a mais consentânea com a diretriz que arranca de um conceito finalista de injusto e, portanto, deve ser a acolhida para interpretação das disposições penais em vigor”[29].

“ [...] **estupros reiterados praticados contra a mesma vítima não podem ensejar a aplicação da benesse do crime continuado [...]**”

Não por outras razões, a teoria objetivo-subjetiva é adotada expressamente pelo Supremo Tribunal Federal, conforme pode ser observado dos julgados a seguir:

O reconhecimento da continuidade delitiva, prevista no art. 71 do Código Penal, está condicionado ao preenchimento dos seguintes requisitos: (a) pluralidade de condutas; (b) pluralidade de crimes da mesma espécie; (c) que os crimes sejam praticados em continuação, tendo em vista as circunstâncias objetivas (mesmas condições de tempo, lugar, modo de execução e outras semelhantes); e, por fim, (d) **unidade de propósitos** [30].

Nos termos da jurisprudência desta Corte, abalizada por parcela da doutrina especializada, são requisitos necessários para caracterização da continuidade delitiva, à luz da **teoria objetivo-subjetiva**: (a) a pluralidade de condutas; (b) a pluralidade de crimes da mesma espécie; (c) que os crimes sejam praticados em continuação, tendo em vista as circunstâncias objetivas (mesmas condições de tempo, lugar, modo de execução e outras semelhantes); e, por fim, (d) a **unidade de desígnios**[31].

De teor semelhante também é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, ao decidir que “a ocorrência do crime continuado **deve ser apurada conforme a teoria objetivo-subjetiva**”[32].

Assim, resta clarividente a preferência do ordenamento jurídico brasileiro, tanto por sua doutrina majoritária como pelo entendimento consolidado dos tribunais superiores pela aplicação da teoria objetiva-subjetiva do crime continuado, de modo que, para a aplicação da continuidade delitiva, é **imprescindível a presença de indícios de que se trata de um plano global do autor, ou seja, que exista um dolo único para o cometimento de delitos que possuam relação subjetiva entre si.**

DA DIFICULDADE TÉCNICA DE SE CONSIDERAR ESTUPROS REITERADOS CONTRA A MESMA VÍTIMA COMO CONTINUAÇÃO DOS CRIMES ANTERIORES

Com a adoção da teoria objetivo-subjetiva do crime continuado pela doutrina e jurisprudência pátrias, torna-se tecnicamente difícil a configuração do instituto do crime continuado em crimes sexuais reiterados contra a mesma vítima, conforme se passa a expor.

Inicialmente, deve-se rememorar que os crimes de estupro e estupro de vulnerável possuem, além do dolo genérico, uma finalidade subjetiva específica consistente na vontade de manter conjunção carnal ou praticar outros atos libidinosos com terceiro, buscando, como regra, a satisfação da lascívia, constituindo esta finalidade um elemento subjetivo de tendência do tipo penal[33].

Assim, prevalece o entendimento de que os referidos crimes sexuais possuem como finalidade ínsita e comum a obtenção do prazer sexual, o que, inclusive, ocorre na maioria dos casos. Não se descarta que parcela respeitável da doutrina, como Cléber Masson, entende que os crimes de estupro podem ser praticados com outras finalidades, “tais como humilhar o ofendido, ganhar uma aposta de amigos, contar vantagem para outras pessoas etc.”[34]. Na prática, contudo, nota-se ser de difícil ocorrência a situação em que a finalidade de tais crimes divirja do fim de obtenção do prazer sexual.

Logo, cotejando a finalidade específica de tais delitos com a teoria objetivo-subjetiva do crime continuado, chega-se à conclusão de que **para a incidência do crime continuado nos estupros reiterados praticados contra a mesma vítima, mormente em datas distintas, deverá ocorrer a presença de indicativos de que os crimes configuram-se, conjuntamente, em um plano global do autor (dolo único) buscando uma finalidade específica, em regra, consistente na satisfação de sua lascívia.**

Acontece que a obtenção do prazer sexual (satisfação da lascívia), por sua vez, ocorre nos seres humanos por intermédio um ciclo biológico de quatro fases bem delineadas, com começo, meio e fim determinados. Neste sentido:

Durante duas décadas, Masters e Johnson estudaram o comportamento sexual dos homens e das mulheres sob condições científicas de laboratório, observando e registrando, aproximadamente, 14.000 atos sexuais, abordando numerosas variáveis do comportamento sexual sob as mais diferentes condições (KAPLAN, 1977). Os mencionados autores propuseram que a RSH, seja do homem ou da mulher, é caracterizada por um ciclo de quatro fases. Esse é um modelo clássico e linear, elaborado a partir de dados obtidos em laboratório, onde a resposta sexual de casais era monitorada a partir do início definido pelo pesquisador. Segundo o modelo, em cada ciclo ocorrem as fases de Excitação – Prazer – Orgasmo – Resolução (EPOR), numa sequência temporal. Os autores observaram que a resposta sexual do homem obedecia a um único padrão: excitação, platô, orgasmo, resolução; enquanto, em relação à mulher, observaram a possibilidade de vários padrões de respostas que foram sintetizados em três tipos fundamentais: A- excitação, platô, multiorgasmos, resolução; B- experiência de excitação, platô, sem, no entanto, atingir o orgasmo, resolução e C- excitação crescente até o orgasmo e resolução imediata[35].

Assim, verifica-se que a obtenção da lascívia ou prazer sexual advém de um ciclo de quatro fases que segue uma sequência temporal e lógica com resolução ou término determinados. Trata-se de um ciclo específico com início, meio e fim definidos, conhecidos, explicados e delineados pelas ciências biológicas.

Portanto, após a fase “resolução” encerra-se o ciclo do prazer sexual, de modo que a prática de novos atos sexuais, em dias posteriores, só

pode ser realizada com a finalidade da obtenção de uma nova satisfação sexual, com o início de um novo ciclo biológico de satisfação da lascívia.

A ciência, assim, explica o óbvio, que ao contrário de furtos, roubos, estelionatos e outros crimes perfeitamente compatíveis com a continuidade delitiva – que podem ser praticados em continuidade visando a obtenção de uma finalidade global única, como, por exemplo, a obtenção de determinado valor ilícito que não seria possível se obter como um crime único – **é cientificamente impossível afirmar que alguém pratique atos sexuais com intervalo de dias entre eles buscando a obtenção de um prazer sexual único, inexistindo, por corolário lógico, plano global único ou dolo único em estupros reiterados contra a mesma vítima, exigido pela teoria objetiva-subjetiva para a configuração do crime continuado.**

Logo, por razões lógicas, **a obtenção da satisfação da lascívia por parte de estupradores que cometem crimes sexuais contra a mesma vítima – quando há interrupção temporal e física da violência e a interrupção biológica dos atos libidinosos – não constitui uma finalidade única da obtenção de um prazer determinado, mas sim a reiteração de atos buscando ao aproveitamento da situação de fragilidade de uma vítima para a obtenção reiterada de sucessivos e descontínuos prazeres.**

Contudo, na prática, os tribunais têm aplicado a continuidade delitiva para beneficiar criminosos que, aproveitando da fragilidade de determinadas vítimas, reiteram seus atos, tal como ocorreu no caso da adolescente Beatriz, citada no início do artigo, em que seu algoz foi beneficiado pelo reconhecimento da continuidade delitiva em 48 atos criminosos distintos e descontínuos praticados em desfavor dela.

Em outras palavras, aplicar o crime continuado nos casos de estupradores reiterados que praticam abusos frequentes contra a mesma vítima, algumas vezes por anos, é ignorar a teoria objetiva-subjetiva do crime continuado e o funcionamento do sistema sexual, vez que **o prazer sexual humano obtido em determinado crime não se soma ao prazer sexual (ou ao ciclo) de um crime anterior, não se podendo cogitar em plano global de satisfação da lascívia ou dolo único.**

Outro argumento que fortalece este raciocínio é a **desproporcionalidade** de se aplicar a continuidade delitiva em determinados casos, quando comparados com outros de menor gravidade praticados em concurso material. Como exemplo, basta imaginar um sujeito que tenha praticado, em dias distintos, dois crimes sexuais contra duas vítimas diferentes, recebendo sua pena no sistema do concurso material. Ele tenderá a receber uma punição maior do que aquele que praticou dezenas – e até centenas – de delitos contra a mesma vítima por certo período de tempo e que foi beneficiado com o sistema do crime continuado e a sua respectiva exasperação da pena.

Considerando que a pena-base prevista no tipo penal do artigo 213 do Código Penal varia entre seis e 10 anos de reclusão, tem-se que dois estupros praticados em concurso material de crimes (artigo 69 do Código Penal), aplicado o sistema de cúmulo material, isto é, o somatório das penas, possuem pena abstrata mínima de 12 anos de reclusão e pena máxima abstrata de 20 anos de pena. Por seu turno, analisada a situação de quem pratica dezenas de estupros contra uma única vítima com o reconhecimento de continuidade delitiva, isto é, da exasperação legal, ao acrescentarmos a pena mínima e máxima, respectivamente, à fração mínima e máxima de aumento de pena, prevista no artigo 71 do Código Penal, nota-se que ela variará entre sete e 16 anos e oito meses de reclusão, sendo menor do que a vista na situação anterior. Assim, **a pena em**

abstrato daquele que pratica dois estupros em concurso material de crime é maior do que a pena em abstrato de quem tem reconhecida a benesse do crime continuado pela prática de dezenas de crimes sexuais contra a mesma vítima.

Esta situação faz beneficiar o sujeito que, valendo-se da extrema vulnerabilidade de determinadas vítimas, opta voluntariamente por praticar dezenas de crimes contra elas, o que, além de atécnico, por violar a teoria objetiva-subjetiva do crime continuado adotada em nosso ordenamento, é irrazoável, ilógico, desproporcional e absurdo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisando-se a questão levantada, é possível concluir que, partindo da teoria subjetiva-objetiva do crime continuado adotada pela nossa legislação e da concepção biológica do prazer sexual, **estupros reiterados praticados contra a mesma vítima não podem ensejar a aplicação da benesse do crime continuado**, salvo se restar configurada a existência de um plano global ou dolo único do autor, algo de difícil ou impossível configuração prática.

Portanto, um melhor aperfeiçoamento técnico dos tribunais em tal tema é medida que se faz necessária, aplicando a teoria objetiva-subjetiva do crime continuado e levando em consideração que **o ciclo do prazer sexual possui início, meio e fim determinados e que o prazer sexual obtido em um estupro não pode cientificamente se somar ou dar continuidade ao prazer sexual obtido em estupro anterior.**

No caso da adolescente Beatriz, seu genitor foi beneficiado com o reconhecimento do crime continuado, em que pese a absoluta ausência de qualquer indicativo de um plano global do autor ou dolo único, fazendo com que ele tivesse uma pena aquém daquela que aparentemente é justa.

Espera-se que o aperfeiçoamento sugerido possa evitar que mais “Beatrizes” passem pela situação de ver seus algozes serem beneficiados com esta benesse exclusivamente por escolherem minar, de forma reiterada, desumana e covarde, vítimas com vulnerabilidade acentuada ■

NOTAS E REFERÊNCIAS

- [1] CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo Santa Cruz. Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde (versão preliminar). Brasília: Ipea, mar. 2014. (Nota Técnica n. 11). Disponível em: <https://bit.ly/1gaW4C9>. Acesso em: 25 mar. 2018.
- [2] Para efeitos do referido estudo e do presente artigo, considerou-se como estupro tanto a modalidade de estupro comum, prevista no artigo 213 do Código Penal, como o denominado estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A do aludido código.
- [3] Isso sem falar das dezenas de outros crimes contra a dignidade sexual cometidos contra crianças e adolescentes, tais como importunação sexual (artigo 215 do Código Penal), registro não autorizado da intimidade sexual (artigo 216-B do Código Penal), corrupção de menores (artigo 218 do Código Penal), favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual contra crianças e adolescente (artigo 218 do Código Penal), dentre outros crimes contra a dignidade sexual.
- [4] Nome alterado para preservar a vítima.
- [5] Nome da cidade ocultado, também visando preservar a vítima.
- [6] De acordo com o depoimento da adolescente, os crimes nunca ocorreram em intervalo maior que 30 dias.
- [7] Esse número aproximado foi obtido desprezando o primeiro e o último ano em que ocorreram os abusos – pois não se sabe a data exata

em que os crimes começaram e se interromperam – e multiplicando os demais anos por 12 meses, considerando que no processo restou comprovado que a vítima sofria estupro contínuos por períodos nunca superiores a 30 dias de intervalo, portanto, no mínimo 12 estupro por ano.

[8] Nesse sentido é o disposto nos artigos 227 da Constituição da República, 1.634 do Código Civil e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre outras normas.

[9] De acordo com Bruno Ricardo Bergamo Florentino, são algumas das consequências advindas às vítimas de estupro: o medo do agressor e de pessoas do sexo do agressor, queixas sintomáticas, sintomas psicóticos, isolamento social, sentimentos de estigmatização, quadros fóbico-ansiosos, obsessivo-compulsivo, depressão, distúrbios do sono, aprendizagem e alimentação, sentimento de rejeição, confusão, humilhação, vergonha e medo, secularização excessiva, dissociação afetiva, ideação suicida e fobias mais agudas, níveis mais intensos de medo, ansiedade, depressão, raiva, culpa, isolamento e hostilidade, sensação crônica de perigo e confusão, cognição distorcida, imagens distorcidas do mundo e dificuldade de perceber a realidade, abuso de álcool e outras drogas, disfunções sexuais, disfunções menstruais, queixas somáticas como mal-estar difuso, impressão de alterações físicas, persistência das sensações que lhe foram impingidas, enurese e encoprese, dores abdominais agudas, crises de falta de ar e desmaios, problemas relacionados à alimentação como náuseas, vômitos, anorexia ou bulimia, alterações na estrutura do córtex cerebral, estresse pós-traumático, diminuição da capacidade de usar linguagem falada, distúrbios ligados à desatenção, tais como desconcentração, discriminação de estímulo, alterações no mecanismo da defesa psicológica e na identidade pessoal, dentre outras consequências. (FLORENTINO, Ricardo Bergamo. As possíveis consequências do abuso sexual praticado contra crianças e adolescentes. *Fractal: Revista de Psicologia*, Niterói, v. 27, n. 2, p. 139-144, maio/ago. 2015. Disponível em: <https://bit.ly/2OZEIHR>. Acesso em: 26 mar. 2018.)

[10] JESUS, Damásio de. *Direito Penal: parte geral*. 26. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1, p. 614.

[11] Existem quatro sistemas de aplicação de penas, conforme ensina Luiz Regis do Prado: “Entre os sistemas propostos para a aplicação da pena nas diferentes espécies de concurso de delitos, destacam-se: a) Cúmulo material ou aritmético: determina a soma das penas aplicadas para cada um dos crimes (*tot poena quot delicta*). b) Cúmulo jurídico: por esse sistema a pena aplicada deve ser superior às cominadas a cada um dos crimes. c) Absorção: considera que a pena aplicada ao delito mais grave absorve a pena do delito menos grave (*poena maior absorvet minorem*). Existe, ainda, a absorção com agravação, que prevê certo aumento de pena (art. 77, CP espanhol). d) Exasperação: prevê a aplicação da pena mais grave, aumentada de determinado quantum (*poena maior cum exasperatione*). O Código Penal brasileiro acolhe os sistemas do cúmulo material – concurso material (art. 69) e concurso formal imperfeito (art. 70, caput, 2ª parte) e da exasperação – crime continuado (art. 71) e concurso formal perfeito (art. 70, caput, 1ª parte).” (PRADO, Luiz Regis do. *Curso de direito penal brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 415).

[12] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 1.274.

[13] *Ibidem*, p. 1.274.

[14] Sobre os sistemas de aplicação das penas no concurso de crimes, vide nota 11.

[15] BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <https://bit.ly/1UAXwKj>. Acesso em: 9 abr. 2019.

[16] “Segundo a jurisprudência da Suprema Corte, o quantum de exasperação da pena, no crime continuado simples (art. 71, caput, CP), deve ser proporcional ao número de infrações cometidas”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 131871, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 31/05/2016.)

[17] “Esta Corte Superior firmou a compreensão de que o aumento no crime continuado comum é determinado em função da quantidade de delitos cometidos”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 483.468/GO, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 05/02/2019. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 14 fev. 2019.)

[18] BRASIL. Decreto nº 4.780, de 27 de dezembro de 1923. Estabelece penas para os crimes de peculato, moeda falsa, falsificação de documentos, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 30 dez. 1923. Disponível em: <https://bit.ly/2Ibe5cG>. Acesso em: 9 abr. 2019.

[19] LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, p. 439.

[20] Dispunha a redação original do Código Penal em seu artigo 51, § 2º que: “quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do

primeiro, *impõe-se-lhe* a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais graves, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços” (destacou-se). Já a redação atual, oriunda da reforma de 1984, previu que “quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, *aplica-se-lhe* a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços” (BRASIL, 1940, grifo nosso). Logo, nota-se que a única diferença entre os dispositivos é a troca do verbo “*impõe-se-lhe*” por “*aplica-se-lhe*”.

[21] BRASIL, 1940, op. cit.

[22] BITENCOURT, op. cit., p. 1.279.

[23] BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940: exposição de motivos nº 211, de 9 de maio de 1983. Diário do Congresso Nacional, Brasília, DF, p. 14, 1 jul. 1983. Disponível em: <https://bit.ly/2D4eIjW>. Acesso em: 26 mar. 2019.

[24] BRASIL. Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984: exposição de motivos nº 211. Diário do Congresso Nacional, Brasília, DF, p. 14, 1 jul. 1983. Disponível em: <https://bit.ly/2U2uwcF>. Acesso em: 26 mar. 2019.

[25] LISZT, Franz von. Tratado de direito penal alemão. Prefácio de Edson Carvalho Vidigal. Tradução: José Hygino Duarte Pereira. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2006. p. 387.

[26] No âmbito da doutrina também se discute uma terceira teoria, chamada de teoria subjetiva do crime continuado. Nas palavras de Luiz Regis do Prado, nela “o crime continuado caracteriza-se unicamente pela unidade de propósito ou desígnio (elemento subjetivo)”. (PRADO, op. cit., p. 422). Essa teoria nunca foi aplicada no direito brasileiro.

[27] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1, p. 623-624.

[28] SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal: parte geral. 6. ed., ampl. e atual. Curitiba: ICPC, 2014.

[29] PRADO, op. cit., p. 422.

[30] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 165661 AgR, Relator(a): Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 08/02/2019. Grifo nosso.

[31] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 110002, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 09/12/2014. Grifo nosso.

[32] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 1221050/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 04/12/2018). Grifo nosso.

[33] NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral: parte especial. 7. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011. p. 830-848.

[34] MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado: parte especial (arts. 213 a 359-H). 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2014. v. 3, p. 61.

[35] SILVA, Simone Lopes Francelino Gonçalves. Neuropsicofisiologia do desejo sexual: alguns aspectos da regulação funcional da motivação sexual. 2011. Monografia (Especialização em Neurociência e Comportamento) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 23-24. Disponível em: <https://bit.ly/2D6g2To>. Acesso em: 27 mar. 2019.



**RODRIGO
CORREA
BATISTA**

Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Federal de Goiás (UFG).

Especialista em Direito Penal Militar e Processo Penal Militar pela Academia de Polícia Militar de Goiás (APM-GO)

Especialista em Docência Superior pela FacLions.

Especialista em Gestão de Excelência pela Faculdade de Administração de Empresas de São Paulo (FAESP).

Professor de Processo Penal do Centro de Ensino Superior de Jataí (CESUT).

Promotor de Justiça do Estado de Goiás.

ESTUPRO DE VULNERÁVEL CONSENTIDO E OUTRAS BARBARIDADES

A Lei 13.718/2018, entre outras questões, inovou o cenário jurídico nacional ao introduzir normativa complementar (§5º) à caracterização do crime de estupro de vulnerável descrito no artigo 127-A, do Código Penal.

A nova disposição explícita que a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 anos, com pessoa enferma ou deficiente mental sem discernimento ou que de outra forma não ofereça resistência ao ato, ficará caracterizado “independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ele ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime”[1].

O novel legislativo colocou ingrediente revolvido no campo doutrinário e jurisprudencial sobre o tema. Com exceção do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ambos com posição consolidada sobre o assunto, experimentamos decisões diversas quanto à análise da caracterização ou não do mencionado delito pelos diversos tribunais estaduais (e federais) espalhados pelo país; decisões que, de certa forma, encontram amparo na dogmática jurídica.

Outrora, o artigo 224 do Código Penal, afirmava ser “presumida” a violência praticada contra pessoa menor de 14 anos de idade. A Lei 12.015/2009 revogou o citado artigo e criou a atual redação do artigo 217-A, impondo contornos ao crime de estupro de vulnerável conforme conhecemos. O crime em comento não tergiversa sobre questão de presunção,

apenas fixa a idade de menor de 14 (quatorze) anos e cria outros elementos objetivos descritivos e normativos para a caracterização do delito.

Mas como o uso do cachimbo deixa a boca torta, a inovação legislativa dos idos de 2009 não conseguiu suplantar pensamentos lineares sobre a discussão, e a questão da presunção, relativa ou absoluta, em torno da criança ou adolescente menor de 14 anos possuir ou não discernimento e (ou) maturidade para, dentro de certo contexto fático, ser vítima desta espécie de estupro nunca deixou os parlatórios.

Os argumentos para quem defende a presunção **relativa** em torno da caracterização do crime de estupro de vulnerável são variados, passam pelo levante dos princípios da ofensividade (ou sua falta) e intervenção mínima da norma penal à estatura e musculatura física da vítima subjugada. No dia a dia dos fóruns, há teses defensivas se inspirando nas vestes “chamativas ou provocativas”, no batom vermelho acentuado, nos quadris largos e avantajados, no avolumar dos seios e até no olhar “arrebataador” da vítima, a qual “dispõe” de todo esse arsenal para entorpecer, calabrear e por fim, “levar” o autor a cometer o “impensável” delito.

Mas de todos os argumentos, os mais recorrentes pelos implicados com esse odioso delito à nossa juventude passam pela questão do consentimento e da anterior experiência sexual da vítima. Para muitos, o fato de a ofendida ter consentido ao coito se transforma em uma panaceia. Mesmo que seja uma vontade viciada, imatura, ludibriada, extemporânea, conduzida, desprovida de suficiente racionalidade e maturidade em torno dos desvelos da incontornável experiência. Mesmo que a prática sexual precoce leve a jovem à gravidez indesejada, à maior vulnerabilidade às violências na vida adulta e à exposição de toda sorte de doenças sexualmente transmissíveis.

Já o fato de a vítima ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime, para muitos implica latente excludente de ilicitude em pro do acusado. O sexo praticado com outra pessoa ou mesmo com o próprio réu se transforma em atestado de maus antecedentes para a criança. A partir daí, pouco se reflete sobre as circunstâncias do início prematuro da vida sexual da ofendida, se resultado de outro estupro, se decorrente do abandono e negligência dos responsáveis ou do Estado e suas frágeis estruturas protetivas.

O fato é que a proteção à criança e ao adolescente encontra, além do enredo cultural e social, estatura normativa direto da Constituição Federal. O artigo 227 da Carta Magna descreve ser dever da família, da sociedade e do Estado, com absoluta prioridade, assegurar os direitos fundamentais dessas pessoas, destacando a proteção e prevenção contra toda forma de violência e exploração. Assim, nada fez o legislador além de garantir efetividade e força normativa à Constituição e privilegiar todo exercício interpretativo sobre o tema em prol de compatibilidade com ela. Ademais, como bem conhecemos, para esse grupo de pessoas todo vetor hermenêutico e prestação de atividade jurisdicional deve refletir seu melhor interesse.

Atento a essas questões, o STJ há certo tempo reafirma o caráter de presunção absoluta sobre os elementos normativos do crime de estupro de vulnerável. Prova disso se extrai da ementa do Recurso Especial nº 1.480.881/PI, julgado pela Terceira Seção do Tribunal sob o rito de recurso repetitivo (Código de Processo Civil, art. 543-C), em 26/08/2015. Desse julgado é possível extrair:

“ [...] o Brasil coleciona números alarmantes de crianças e adolescente explorados sexualmente. ”



A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que, sob a normativa anterior à Lei nº 12.015/09, era absoluta a presunção de violência no estupro e no atentado violento ao pudor (referida na antiga redação do art. 224, “a”, do CPB), quando a vítima não fosse maior de 14 anos de idade, ainda que esta anuísse voluntariamente ao ato sexual[2].

O objeto desse julgamento envolve a situação de uma criança de 11 anos que manteve reiteradas relações sexuais com o namorado. Com peculiar inteligência, o ministro e relator do acórdão Rogerio Schietti Cruz, nos privilegia com os seguintes fundamentos para a resolução do caso para, ao final, restabelecer a sentença condenatória que havia sido reformada pelo Tribunal de Justiça do Piauí:

3. Os fundamentos empregados no acórdão impugnado para absolver o recorrido seguiram um padrão de comportamento tipicamente patriarcal, sexista, amiúde observado em processos por crimes dessa natureza, nos quais o julgamento recai inicialmente sobre a vítima da ação delitiva, para, somente a partir daí julgar-se o réu. 4. A vítima foi etiquetada pelo “seu grau de discernimento”, como segura e informada sobre os assuntos da sexualidade, que “nunca manteve relação sexual com o acusado sem a sua vontade”. Justificou-se, enfim, a conduta do réu pelo “discernimento da vítima acerca dos fatos e o seu consentimento”, não se atribuindo qualquer relevo, no acórdão vergastado, sobre o comportamento do réu, um homem de idade, então, superior a 25 anos e que iniciou o namoro – “beijos e abraços” – com a ofendida quando esta ainda era uma criança de 8 anos”.

Após algumas outras considerações, adverte o nobre ministro:

6. De um Estado ausente e de um Direito Penal indiferente à proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes, evoluímos, paulatinamente, para uma Política Social e Criminal de redobrada preocupação com o saudável crescimento, físico, mental e emocional do componente infanto-juvenil de nossa população, preocupação que passou a ser, por comando do constituinte (art. 226 da C.R.), compartilhada entre o Estado, a sociedade e a família, com inúmeros reflexos na dogmática penal”.

Ao final, arremata a tese do julgamento:

Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime.

Ressalta-se que tal conclusão importou na edição e compõe a essência da Súmula nº 593 do STJ[3]. Assim, a configuração do crime de estupro de vulnerável deixa estreitíssima margem à subjetividade, vez que suas circunstâncias conformativas estão descritas no âmbito da “objetividade fática”, da situação consolidada e estritamente estabelecida, principalmente, quanto às características e situações das vítimas.

Não se descuida que a prolatada reforma legislativa não encerra a discussão ou fecha a porta para digressões em torno de possível incidência do erro de tipo, conforme Código Penal (CP), artigo 20, *caput*, a qual demanda reflexão aprofundada sobre as circunstâncias fáticas e probatórias de cada caso[4]. Inobstante, a mudança legislativa, além de privilegiar os precedentes das cortes superiores indica uma carga valorativa em

atenção à vítima, reconhecendo o respeito a sua identidade e o impasse de marginalização em que ela está inserida.

Ademais, a par de toda essa explanação jurídica, o Brasil coleciona números alarmantes de crianças e adolescente explorados sexualmente. Segundo o Ministério da Saúde[5], entre 2011 e 2017, o país teve um aumento de 83% nas notificações gerais de violência sexual[6] contra jovens. No período foram notificados 184.524 casos de violência sexual, sendo 58.037 (31,5%) contra crianças e 83.068 (45,0%) contra adolescentes.

Dentre as violências sofridas por crianças e adolescentes, o tipo mais notificado foi o estupro (62,0% em crianças e 70,4% em adolescentes). E as formas de exploração atingem mais o sexo feminino, sendo 74,2% dentre as crianças e um número ainda maior dentre as adolescentes: 92,4%.

Para piorar esse cenário sabemos que a subnotificação desse tipo de violência é imensa, principalmente pelo fato de a vítima ficar à mercê da ação de terceiros para estabelecer medidas combativas e restauradoras em prol de sua integridade física e psíquica.

Assim, todo incremento ou fortalecimento da atuação estatal na área em comento deve ser aplaudido. Políticas públicas e todo tipo de iniciativa, mesmo as legislativas, aptas a minorar esse cenário deletério a nossa juventude merece respaldo e salutar reflexão. Um melhor horizonte só pode ser alcançado através de um determinante olhar em sua direção ■

NOTAS E REFERÊNCIAS

- [1] BRASIL. Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 set. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2Oh7tYO>. Acesso em: 11 abr. 2019.
- [2] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 762.044/SP, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª Seção. Diário da Justiça, Brasília, DF, 14 abr. 2010.
- [3] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 593, Terceira Seção, julgado em 25/10/2017. Diário da Justiça, Brasília, DF, 6 nov. 2017.
- [4] O STJ, ordinariamente, nega provimento a questões recursais ligadas a esse tema: “3. O desconhecimento da idade da vítima pode circunstancialmente excluir o dolo do acusado quanto à condição de vulnerável, mediante a ocorrência do chamado erro de tipo (art. 20 do CP). 4. A análise acerca da ocorrência de erro quanto à idade da vítima implicaria o necessário reexame do conteúdo fático-probatório dos autos, o que é vedado no julgamento do recurso especial, nos termos da Súmula 7 deste Superior Tribunal de Justiça. 5. Recurso desprovido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.746.712/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T. Diário da Justiça, Brasília, DF, 22 ago. 2018). Da Sexta Turma, colhemos: “Encontrando-se o acórdão devidamente fundamentado em substrato fático dos autos, o acolhimento das teses da defesa de erro de tipo ou de ausência de violência ou grave ameaça demandam reexame fático-probatório, vedado pela Súmula 7/STJ.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.688.101/RO, Rel. Min. Nefi Cordeiro. Diário da Justiça, Brasília, DF, 21 maio 2018).
- [5] COELHO, Tatiana. Maioria dos casos de violência sexual contra crianças e adolescentes ocorre em casa; notificações aumentaram 83%. G1, Rio de Janeiro, 29 jun. 2018. Disponível em: <https://glo.bo/2mfUfzF>. Acesso em: 28 mar. 2019.
- [6] Consideradas como tais os casos de assédio, estupro, pornografia infantil e outras formas de exploração de índole sexual.



**ORIANE
GRACIANI
DE SOUZA**

Especialista em Direito
Constitucional pela
Fundação Escola Superior do
Ministério Público (FMP/RS).

Graduada em Direito pela
Universidade Federal
de Mato Grosso (UFMT)

Promotora de Justiça
do Estado de Goiás

O DEVER DE MOTIVAÇÃO NAS HIPÓTESES DE DISPENSA E DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

A Administração Pública, para execução do regime jurídico administrativo, pratica ato administrativo, que “é a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos com o fim de atender ao interesse público”[1].

Para a existência de um ato administrativo, determinados requisitos se fazem necessários, sem os quais não haverá ato algum. Trata-se dos elementos do ato administrativo, assim apontados pela maioria dos doutrinadores: sujeito competente, forma, motivo, objeto e finalidade.

O presente estudo se cinge à análise do motivo do ato administrativo e, sobretudo, do dever de motivação subjacente ao motivo. Esta, notadamente no bojo de procedimento de dispensa ou inexigibilidade de licitação, define a atuação proba nas aquisições diretas, escoreita e finalística, do administrador público. Caso tal motivação seja inidônea ou insuficiente, encerra importante consequência jurídica, que pode inclusive redundar em improbidade administrativa, como adiante se debaterá.

MOTIVO E DEVER DE MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO

Motivo do ato administrativo é a situação de fato e de direito que gera a vontade do agente quando da prática do ato. Desse modo, pode ser dividido em: pressuposto de fato, consistente no conjunto de circunstâncias ou acontecimentos que levam à prática do ato; e pressuposto de direito, que é a norma do ordenamento jurídico a justificar a prática do ato.

Para a validade do ato administrativo é preciso que o motivo obedeça a algumas exigências que lhe confirmam legalidade. Com efeito, exige-se a materialidade do ato, ou seja, o motivo pelo qual ele foi praticado deve ser verdadeiro e compatível com a realidade fática apresentada pelo administrador.

Ademais, é necessária a correspondência do motivo que embasou o ato com o previsto na lei, pois exige-se a compatibilidade entre a razão declarada e o evento que efetivamente ocorreu, devido à situação abstrata definida pela lei, denominada motivo legal.

O último aspecto para a legalidade do motivo é a congruência entre aquele existente e declarado no momento da realização do ato e o resultado prático deste, que consiste na soma de seu objeto com seu finalidade.

Corolário do motivo, decorre a motivação. Na precisa lição de Wallace Paiva Martins Junior[2], ela é a formalidade do ato consistente no dever de indicação dos pressupostos de direito e fato determinantes da decisão e do material envolvido no processo administrativo.

A motivação demanda um cotejo entre o motivo, o resultado do ato e a lei, pois “exige da Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre esses fatos ocorridos e o ato

praticado, demonstrando a compatibilidade da conduta com a lei[3].

Como aponta Umberto Allegretti[4], a motivação é valiosa para a moralização da Administração Pública – contra a inércia, a lentidão, o hábito de agir sem pronunciamento explícito e amiúde tolhendo garantias (ao interesse público ou aos particulares).

Conforme ensina Fernanda Marinela:

A teoria dos motivos determinantes relaciona-se com o motivo do ato administrativo, prendendo o administrador aos motivos declarados ao tempo da edição do ato, sujeitando-se à demonstração de sua ocorrência, de tal modo que, se inexistentes ou falsos, implicam a nulidade do ato administrativo[5].

De tal modo, a motivação viabiliza o controle do motivo do ato administrativo e desempenha requisito de validade do ato.

Para José dos Santos Carvalho Filho[6], a motivação não é obrigatória, no entanto, é aconselhável que seja realizada. Segundo esse autor, a obrigatoriedade só existe quando a lei a exigir expressamente, de modo que a Constituição Federal (CF) não teria introduzido qualquer princípio que pudesse gerar essa exigência quando definiu os princípios da Administração.

De acordo com o autor, o artigo 93, inciso X, da CF não trouxe o dever geral de motivar todos os atos administrativos. Para ele, na dicção do texto constitucional de que as decisões administrativas serão fundamentadas, a expressão “decisões administrativas” deve ser interpretada como atos administrativos decisórios, os quais obrigatoriamente devem ser motivados.

Ainda, a expressão “motivadas” encerraria dubiedade, sendo passível de interpretação como exigência de motivação ou apenas como

dever de definir o motivo. Por fim, sustenta o doutrinador que, admitindo-se a exigência de motivação do dispositivo citado, esta só poderia ser aplicada ao Poder Judiciário.

Não obstante esse entendimento, o dever de motivação é extraído dos princípios do processo administrativo, previsto no artigo 5º, inciso XLV a XLVII, LIII a LVI, LX da CF.

No direito brasileiro, a Lei 9.784/1999 trouxe a obrigatoriedade do dever de motivar (artigo 2º, inciso VII e artigo 50), realçando a motivação como condição de validade de diversos atos.

Segundo o artigo 50 da Lei nº 9.784/1999[7]:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

- I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;
- II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;
- III – decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;
- IV – dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;
- V – decidam recursos administrativos;
- VI – decorram de reexame de ofício;
- VII – deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;
- VIII – importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

O texto constitucional, como dito, estabelece a exigência de motivação de forma implícita em diversos dispositivos, inclusive como alicerce do ordenamento jurídico, a exemplo do artigo 1º, inciso II, que reconhece como fundamento da República Federativa do Brasil a cidadania e atribui ao povo a titularidade do poder. De tal modo, é próprio que o titular desse poder estatal tenha conhecimento das razões justificantes dos mais diversos atos praticados por seus representantes, quais sejam os atos administrativos.

“[...] motivação seja inidônea ou insuficiente, encerra importante consequência jurídica, que pode inclusive redundar em improbidade administrativa [...]”

Elencado como fundamental está o direito de informação, previsto no artigo 5º-B, inciso XXXIII. No mesmo sentido, o artigo 5º, inciso XXXIV, alínea b garante a obtenção de certidões em repartições públicas para a defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal.

De igual modo, o artigo 5º, inciso XXXV, da CF, ao assegurar a análise pelo Poder Judiciário de qualquer lesão ou ameaça de lesão, traz implicitamente a necessidade de se viabilizar esse controle mediante a exposição das razões do ato, de modo que o juiz só poderá avaliar se o administrador obedeceu às regras legais e aos princípios constitucionais se exerceu a motivação.

Ademais, o artigo 93, inciso X, da CF deve ser aplicado por analogia à Administração Pública. Considerando que o Poder Judiciário pratica atos administrativos no exercício de sua função atípica e deve motivá-los, também assim devem agir os administradores públicos que exercem tipicamente a função de administrar.

Como conclui Martins Junior:

Se o ato administrativo é decisão unilateral de criação, modificação ou extinção de direitos e deveres entre a Administração Pública e os administrados, dotado de regime jurídico diferenciado, na democracia são pontos luminosos: (a) a inscrição do dever de decisão e

sua submissão a um prazo; (b) a obrigatoriedade de motivação explícita e suficiente a toda espécie de decisão – como se infere de uma leitura conectada dos arts. 48, 49 e 50 da Lei nº 9.784/99[8].

O dever de motivação é exigível tanto para o ato vinculado quanto para o discricionário, em razão de constituir “formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos”[9].

A motivação é a exposição dos pressupostos de fato e de direito que determinaram a decisão (artigo 2º, inciso VII, Lei 9.784/1999).

Explicita Wallace Paiva Martins Junior:

Seu conteúdo reclama a observância de alguns requisitos genéricos (explicitação, clareza, congruência com graus adequados de certeza e segurança para viabilizar seus fins) ou específicos (particularidades previstas em determinadas regras jurídicas), devendo resultar, também, numa operação de avaliação de todos os interesses envolvidos no âmago de uma decisão administrativa e refletir uma ponderada opção assentada sobre o arsenal fornecido pela instrução precedente (arts. 38 e 47, Lei nº 9.784/99) iluminada pelos princípios da objetividade e da proporcionalidade (art. 2º, III e VI, Lei 9.784/99), entre outros[10].

Nesse contexto, a explicitação representa a evidenciação das particularidades relevantes da decisão, o material de ponderação e a própria ponderação. A clareza traduz a transmissão completa do conhecimento do processo lógico e jurídico condutor da decisão. Por seu turno, congruência é a qualidade da decisão como conclusão lógica e necessária dos motivos invocados entre si em face da própria decisão.

A motivação suficiente tem clareza e congruência nas premissas de fato e de direito. Traz, ainda, o embasamento do juízo valorativo, a exposição das finalidades perseguidas pela decisão tomada, mediante ponderação

reflexiva, correlacional, imparcial, objetiva e racional das situações constatadas, dos preceitos normativos aplicáveis, dos resultados e dos interesses da Administração Pública.

Não raro, vê-se que o administrador se utiliza da simples repetição de textos legais, da menção de conceitos jurídicos indeterminados, da transcrição de trechos de doutrinadores de renome ou da simples indicação das razões fáticas ou jurídicas. Trata-se, por óbvio, de um subterfúgio para pretensão preenchimento da motivação, porém não a satisfaz.

Com efeito, a motivação pode inclusive ser singela e sucinta, notadamente nos atos vinculados, que traduzem aplicação quase automática da lei. Porém, ainda assim, exigem-se os requisitos acima citados, pois “singeleza e concisão, todavia, não significam motivação implícita; a explicitação é requisito legal da suficiência (artigo 50, §1º, Lei 9.784/99)”[11].

A Lei 9.784/1999 admite a motivação *aliunde* de maneira facultativa e subsidiária, quando se adota o fundamento de pareceres, decisões, informações ou propostas, por referência expressa, como integrante do ato, segundo artigo 50, §1º, segunda parte.

Como requisito formal da motivação, deve-se mencionar ainda a publicidade, a qual visa à transparência, ou seja, a garantir ao administrativo o direito de conhecer as decisões proferidas.

MOTIVAÇÃO EM CASOS DE DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO DIANTE DE CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

A CF acolheu a presunção de que a realização de prévia licitação produz a melhor contratação, pois assegura a maior vantagem possível à Administração Pública, uma vez que são observados no procedimento os princípios da isonomia e da impessoalidade.



Não obstante a licitação ser regra para as contratações públicas, o próprio texto constitucional admite a dispensa e a inexigibilidade de licitação como medidas de exceção, pois o artigo 37, inciso XXI, ressalva a contratação direta nos casos específicos previstos em lei.

Na dispensa de licitação, o Poder Público encontra-se diante de situação em que é possível a realização de procedimento licitatório mediante competição, contudo a lei dispõe que é desnecessária a execução do certame.

O artigo 24 da Lei 8.666/1993 traz consigo uma série de incisos que tipificam hipóteses em que o procedimento de licitação prévio à contratação se faz dispensável. Nesses casos, a legislação permite a celebração dos contratos pelo Poder Público sem a necessidade de realização do procedimento licitatório, mas se trata de atuação discricionária do administrador, a quem compete, em cada caso, definir se realizará ou não o certame licitatório.

Por seu turno, a inexigibilidade de licitação deriva da inviabilidade de competição pelo Poder Público, o que decorre da ausência de pressupostos que justifiquem sua realização (pressuposto lógico, jurídico ou fático).

Romeu Felipe Bacellar Filho define inexigibilidade de licitação nos seguintes termos:

A inexigibilidade, pressupondo a inviabilidade de competição, em razão da natureza do negócio, do objeto a ser licitado ou da notória ausência de competidores, impede a realização da licitação, conforme dispõe o artigo 25 da Lei nº 8.666/93. O dispositivo em comento elenca hipóteses exemplificativas dessa excepcionalidade, dispondo ser inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, “em especial” nos casos elencados, não estipulando hipóteses taxativas^[12].

Tanto o processo de dispensa quanto o de inexigibilidade de licitação devem ser instruídos com os seguintes elementos: caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso; razão da escolha do fornecedor ou executante; justificativa do preço; e documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados (artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993).

Parece fundamental que o gestor apresente justificativa para a contratação direta, deixando claro os elementos caracterizadores da dispensa ou da inexigibilidade de licitação, em especial, a inviabilidade de competição desta última, e demonstrando o cumprimento das formalidades exigidas pela legislação.

Nesse contexto, ressalta-se o dever de motivação da contratação direta pelo gestor responsável, pormenorizando a subsunção fática com a hipótese legal e trazendo a lume os elementos da motivação acima alinhavados (explanação, clareza, coerência, publicidade).

Essa obrigação da motivação, além de imposição legal, visa a impedir que a contratação direta seja utilizada como burla ao certame licitatório.

Como pontua Ronny Charles Lopes de Torres:

Não são raros os casos em que o gestor, a pretexto de uma falsa inviabilidade de competição, utiliza-se da contratação direta por

inexigibilidade para favorecimentos contratuais em detrimento ao erário. A fiscalização dos Tribunais de Contas, Ministério Público e órgãos de controle deve ser rigorosa, no sentido de evitar que a inexigibilidade seja utilizada como pálio para corrupção e desrespeito ao interesse público[13].

Assim, passa-se a analisar as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade que contemplam conceitos jurídicos indeterminados, sobre os quais a motivação acurada do administrador é ainda mais relevante para se coibir a contratação direta sob o pretenso uso desses conceitos como subterfúgio à ilegalidade.

Dispõe o artigo 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993:

Artigo 24. É dispensável a licitação:
[...]

inciso IV – nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos[14].

A emergência a que se refere a lei pode ser real, após a ocorrência de um evento destruidor e que enseja providências reparadoras, ou potencial, quando existe prenúncio ou iminência de um fato danoso, fazendo-se necessária a execução de medidas preventivas para impedir sua propagação e os possíveis danos dela resultantes.

Esclarece Edgar Guimarães que “situações que envolvam riscos considerados ordinários à atuação administrativa não motivam nem legitimam o afastamento do dever de licitar”[15].

Nesse contexto, cumpre analisar se a situação emergencial por desídia ou negligência do gestor público justificaria a contratação direta mediante dispensa de licitação nessa hipótese.

Certo é que a desídia do administrador não se confunde com situação emergencial. De outro lado, forçoso reconhecer que os efeitos deletérios da falta de planejamento ou da atuação ineficiente são sentidos pelos administrados que não provocaram essa situação, de modo que a falta de contratação pode gerar risco de dano concreto a pessoas, bens ou interesses.

Por esse motivo, Edgar Guimarães pontua:

Nesses casos, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade recomendam a adoção de conduta que, ainda que praticada ao arrepio da ordem jurídica, representa menor grau de prejuízo. Nos casos em que o menor prejuízo estiver na celebração do contrato emergencial, entendemos que esse é o procedimento a ser adotado, promovendo-se, ato contínuo, as medidas necessárias para responsabilizar e sancionar os responsáveis pela omissão e criação da situação emergencial[16].

O Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás (TCM-GO) expediu a Instrução Normativa nº 10/2012, que admite a contratação pelo artigo 24, inciso IV, para evitar a descontinuidade da prestação de alguns serviços essenciais por novos gestores municipais em início de mandato.

O TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DE GOIAS, no use das atribuições que lhes são conferidas pelos artigos 1º, inc. XIV, e 3º da Lei Estadual 15.958 de 18.01.07 LO/TCM; e Considerando a necessidade de emitir orientações aos agentes políticos municipais que iniciam seus mandatos; Considerando que a continuidade administrativa é um dos objetivos a serem perseguidos pela Administração Pública, independentemente da mudança de sua gestão; Considerando a necessidade de minimizar os efeitos do processo de transição

das gestões municipais, de forma a que não prejudiquem os atendimentos básicos a população; RESOLVE

Art. 1º – Manifestar aos novos gestores que nos contratos com prazos de vigência expirando em 31 de dezembro do ano que antecedeu a sua posse, relativos a credenciamentos na área da saúde, prestação de serviços de limpeza pública, transporte escolar, serviços contábeis e jurídicos, locação de veículos e equipamentos, assistência técnica, locação de imóveis e outros diretamente vinculados a continuidade da prestação dos serviços públicos, é facultada a prorrogação dos ajustes, nas mesmas condições anteriores, mediante termo aditivo firmado em 02 de janeiro do primeiro ano da administração, ou a contratação direta por dispensa de licitação, com fundamento no artigo 24, IV, da Lei nº 8.666/93, se caracterizadas as condições ali prescritas.

Art. 2º – Manifestar aos citados gestores que é facultada a prorrogação dos contratos de escopo relativos a fornecimento de materiais, alimentos, medicamentos, combustíveis e outros assemelhados, diretamente vinculados a continuidade da prestação dos serviços públicos, pelo prazo necessário ao exaurimento da quantidade contratada ou até a realização dos procedimentos licitatórios pertinentes, mediante termo aditivo firmado em 02 de janeiro do primeiro ano da administração.

§ 1º. Os ajustes citados no caput poderão ter a sua quantidade acrescida em até 25% do valor atualizado do contrato, no caso de não ter sido aditivado tal acréscimo;

§ 2º. Na hipótese do caso não se enquadrar nas situações acima, poderá ser adotada a contratação direta, por dispensa de licitação, com fundamento no artigo 24, IV, da Lei nº 8.666/93, se caracterizadas as condições ali prescritas[17].

Não obstante a permissão de contratação direta nas hipóteses acima citadas, o tribunal de contas estabeleceu prazo máximo para sua ocorrência, segundo disposto no artigo 3º da referida instrução normativa:

Art. 3º – Alertar que em todas as situações previstas nesta instrução, o prazo pactuado não poderá exceder noventa dias, contados a partir de 02 de janeiro, sendo indispensável a apresentação da justificativa pertinente no caso de

prorrogação e acréscimo, bem como a observância do disposto no artigo 26 da Lei Federal nº 8.666/93, no caso de dispensa de licitação[18].

Tanto na hipótese de contratação direta por desídia do administrador, quanto para evitar a descontinuidade da prestação de serviços essenciais nos moldes delineados pelo TCM-GO, é necessária a motivação esmerada da situação emergencial e ensejadora da situação.

O administrador deve explicitar a situação de emergência ou calamidade pública de maneira fundamentada e concreta; urgência e necessidade de imediato atendimento da situação; risco de lesão ao interesse público, a bens privados ou públicos ou a pessoas; possibilidade de afastamento desses riscos ou prejuízos por meio da dispensa de licitação.

Prevê o artigo 24, inciso V, da Lei nº 8.666/1993:

Artigo 24. É dispensável a licitação:

[...]

inciso V – quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas[19].

A hipótese em comento contempla o caso de licitação deserta, verificada quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração.

O prejuízo advindo da realização de novo certame deve ser formalmente justificado, a se observar a importância da motivação para aclarar o dano potencial da questão temporal de um novo procedimento licitatório e da premente necessidade de contratação direta.

Com efeito, “a identificação deste eventual prejuízo deve constar no processo administrativo, através de manifestação do setor técnico, corroborada pela autoridade competente pela contratação”[20].

Nesse sentido, determinou o Tribunal de Contas da União (TCU) a certo órgão que

somente procedesse à realização de processos de dispensa de licitação com base no artigo 24, inciso V, da Lei nº 8.666/93, quando, justificadamente, não pudesse ser repetido o certame sem prejuízo para a Administração, mantendo-se, neste caso, todas as condições pré-estabelecidas[21].

Na dicção do artigo 24, inciso X, da Lei 8.666/1993:

Artigo 24. É dispensável a licitação:
[...]

inciso X – para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia[22].

Os requisitos para cabimento dessa hipótese legal são: compra ou locação do imóvel destinada ao atendimento das finalidades precípuas da Administração; escolha do bem, condicionada pelas instalações e localização, únicas a atender a necessidade; e preço compatível com o mercado.

Quanto ao segundo requisito, não basta a simples pretensão de compra ou locação. Deve haver uma pretensão qualificada, ou seja,

“a entidade pública deverá justificar a necessidade de aquisição ou locação de um dado imóvel, em razão de suas peculiaridades, necessárias à satisfação do interesse público”[23].

Embora os fatores que ensejam a compra ou locação do imóvel pareçam afeitos à subjetividade, estão na realidade relacionados à finalidade pública do ato, razão pela qual a motivação dos elementos concretos e objetivos deve ser pontuada minuciosamente.

Como explicita Ronny Charles Lopes de Torres:

Nesse diapasão, a localização é um importante fator que pode justificar a escolha (contratação direta) de um imóvel, mesmo existindo outro de mesmas dimensões, com valor de locação menor. Outrossim, um melhor acesso através de transporte público (pelo público usuário ou pelos servidores e colaboradores do órgão contratante) ou mesmo a proximidade com outro órgão ou instituição para o qual seja necessário rotineiro deslocamento (como se dá entre uma estatal que desenvolve tecnologia e determinado laboratório ou entre uma Procuradoria e os órgãos judiciais de maior atuação) podem se apresentar como fatores determinantes de escolha, relacionados à finalidade pública que se visa atingir com o uso do imóvel, mesmo existindo mais de um imóvel apto ao atendimento da pretensão contratual[24].

A motivação desse requisito ganha especial relevância para se demonstrar o interesse público, e não as preferências subjetivas do gestor, pois a atividade administrativa está pautada pelos princípios da impessoalidade, da moralidade e da economicidade.

No tocante à inexigibilidade de licitação, prevê o artigo 25, inciso II, da Lei 8.666/1993:

Artigo 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:
[...]

II – para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação[25].

Para aferir-se a contratação de serviços técnicos previstos no artigo 13 da Lei de Licitações, se subsume à hipótese legal de inexigibilidade disposta no artigo 25, II, da mencionada lei, é mister verificar e motivar o seguinte: i) se o objeto é um serviço de natureza singular; ii) se o sujeito contratado

possui notória especialização; iii) se essa notória especialização lhe confere as qualidades necessárias para a plena satisfação do objeto de natureza singular; iv) se essa notória especialização é objetivamente demonstrável; v) se a conjugação de todos esses elementos torna inviável a competição.

Serviços técnicos são os arrolados no artigo 13 – denominados, mais precisamente, “serviços técnicos profissionais especializados”. Dentre eles, são dois os mais usuais e demandam análise acurada: a) assessoria ou consultoria técnica (inciso III) e b) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas (inciso V).

Todavia, a par de constituir um serviço técnico que se enquadre nessas hipóteses, o objeto do contrato deve possuir natureza “singular” – termo sinônimo de “distinto” ou “invulgar” e antônimo de “comum” ou “corriqueiro”.

Toshio Mukai pontua sobre o tema:

Não há necessidade de que o serviço seja único, inédito, extraordinário, raro. Basta que detenha características que o aproxime em certo grau daquelas características singulares. [...] Portanto, o serviço de natureza singular é aquele que guarda certo grau (maior que o normal) de complexidade a justificar a contratação de um profissional ou firma de notória especialização[26].

Indispensável, assim, que o serviço técnico, no interior do conjunto que o categoriza, revista-se de características individualizadoras, as quais justifiquem uma contratação diferenciada para sua satisfação.

Dado que o serviço técnico necessário é de natureza singular, a pessoa ou empresa contratada para realizá-lo há também de ser diferenciada. Essa distinção é denominada pela lei “notória especialização”.

A especialização resulta de “desempenho anterior, estudos, experiências, publicações,

organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades” (artigo 25, §1º, Lei 8.666/1993)[27]. E a essa especialização deve-se aliar a notoriedade, ou seja, aquela há de ser tal que reflita no conceito que goza o profissional ou a empresa no campo de sua especialidade.

Conquanto não tenha a lei estabelecido uma forma legal específica para demonstrar a notória especialização, exigiu que esta fosse comprovada, porquanto a parte final do dispositivo em tela (§ 1º do art. 25) dispôs que seus elementos constituintes devem “permitir inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato”.

Inferir significa “deduzir pelo raciocínio”[28]. E tal inferência há de ser precisa, para levar a uma conclusão essencial e indiscutível, como quer a lei. Assim, claro está que a notória especialização deve ser objetivamente demonstrada.

Outro elemento que se pode deduzir da definição legal é a conformidade entre o objeto e o sujeito contratado, consignada pela palavra “adequado”, na expressão “o mais adequado à plena satisfação do objeto contratado”. Portanto, a notória especialização deve conferir ao profissional ou à empresa, justa e precisamente, as qualidades necessárias para plena satisfação do objeto, não outras.

Exige a lei, portanto, a obrigatoriedade de nexo entre as características do profissional qualificado e a plena satisfação do objeto do contrato. Desse modo, é necessário vislumbrar correlação entre o profissional escolhido pela Administração Pública e o objeto do contrato, a saber, ele deve ser, circunstancialmente, o mais indicado para o objeto específico do contrato.

A hipótese legal em comento não se justifica para contratação de profissionais para execução de serviços rotineiros, a exemplo de

contratação de serviços advocatícios de assessoramento jurídico cotidiano, como não raras vezes ocorre.

Não se justifica, por exemplo, a contratação direta de profissionais de serviços de advocacia notoriamente especializados para propositura de simples execuções fiscais, para a elaboração de pareceres ou de minutas de contratos, pois “a singularidade imposta pelo artigo 25 parece restringir a hipótese a serviços específicos, delimitados e extraordinários, que requeiram a 'expertise' não verificada nos quadros da administração”[29].

Portanto, a contratação de advogados para a execução de serviços de trato diário, ordinário, próprios da advocacia pública, que podem ser prestados por quaisquer profissionais habilitados, desafia o vínculo efetivo com o município, segundo inteligência do artigo 37, inciso II, da CF.

Para o TCU, a “regra para contratação de serviços advocatícios é a licitação, sendo a inexigibilidade 'exceção', a qual deve ser precedida, obrigatoriamente, da comprovação da inviabilidade fática ou jurídica de competição, da singularidade do objeto e da notoriedade do contratado”[30].

Como última hipótese legal de análise, cabe citar o artigo 25, inciso III, da Lei 8.666/1993:

Artigo 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

[...]

III – para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública[31].

O pressuposto para que o profissional do setor artístico seja contratado por meio de inexigibilidade de licitação é a inviabilidade de se realizar uma escolha minimamente objetiva do serviço almejado.

Pela redação legal, a contratação de profissional do setor artístico demanda: contrato firmado pelo próprio contratado ou por meio de empresário exclusivo e consagração do artista pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Além dos requisitos do artigo 25, é imprescindível a publicação da inexigibilidade na imprensa oficial, a justificativa da escolha do contratado e, ainda, a justificativa do preço (artigo 26 da Lei nº 8.666/1993), evitando-se prejuízos ao erário em razão de superfaturamentos.

Quanto à primeira exigência legal, é preciso que a Administração Pública firme contrato com o próprio contratado, tencionando a lei a evitar que intermediários tornem a contratação mais onerosa aos cofres públicos, ou por meio de empresário exclusivo, pois, em havendo pluralidade, cabível é a licitação diante da viabilidade de competição.

Necessário pontuar que a exclusividade de empresário não se confunde com a simples autorização. Enquanto aquela se refere a uma representação perene e duradoura, esta se restringe a determinadas festividades ou a curtos períodos.

A mera autorização para a contratação com o ente público não preenche o requisito legal, tratando-se de artifício utilizado para burlar a exigência de licitação. Com efeito, caso fosse admitido, o artista poderia firmar quantas autorizações quisesse, com quantas pessoas quisesse (o que faria surgir vários “empresários” ou representantes), o que demonstraria a viabilidade de competição, desautorizando a inexigibilidade para a contratação.

Segundo o TCU, deve-se exigir a comprovação da existência do contrato de exclusividade entre a empresa ou o empresário contratado e o artista, “não sendo suficiente documento que confere exclusividade apenas para o dia da apresentação e restrita à qualidade do evento”[32].

A consagração do artista pela crítica especializada ou pela opinião pública, embora encerre termo jurídico indeterminado, demanda a motivação, a fim de se evitar a contratação para encobrir intenções escusas e facilitar a dilapidação do patrimônio público.

De fato, a consagração é fator de extrema relatividade e varia no tempo e no espaço. Logo, o administrador deve sopesar na motivação a figura do artista e de seu talento pessoal, o prestígio deste perante a comunidade e até sua repercussão em mídias sociais.

A consagração do artista, se não for notória, deve ser devidamente comprovada nos autos do processo de inexigibilidade, seja mediante a juntada de noticiários de jornais, seja pela demonstração de contratações pretéritas para atrações relevantes junto a entes públicos ou à iniciativa privada, ou por outros meios idôneos. Se não houver tal comprovação, a contratação é ilegal.

No que se refere à necessidade de justificativa do preço (o valor deve ser razoável), é possível utilizar como parâmetro para aferir sua razoabilidade as contratações pretéritas perante outros entes públicos ou mesmo junto a particulares.

O TCU já dispôs sobre a matéria no Acórdão nº 822/2005, asseverando que:

Quando contratar a realização de cursos, palestras, apresentações, shows, espetáculos ou eventos similares, demonstre, a título de justificativa de preços, que o fornecedor cobra igual ou similar preço de outros com quem contratava para evento de mesmo porte, ou apresente as devidas justificativas, de forma a atender ao inc. III do parágrafo único do art. 26 da Lei nº. 8.666/1993[33].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cumpra analisar se a ausência, a insuficiência ou a inidoneidade da motivação nos casos de dispensa ou inexigibilidade de licitação encerra apenas ilegalidade ou configura improbidade administrativa.

Primeiramente, urge apontar a distinção entre os conceitos de ilegalidade e improbidade. A ilegalidade pressupõe desrespeito à lei, de modo que a improbidade é uma ilegalidade coadjuvada pela lesão aos princípios que regem a Administração Pública.

Como ressaltam Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves:

Evidenciada a harmonia entre os fatos, o ato praticado e os valores consubstanciados nos princípios regentes da atividade estatal, estará demonstrada a probidade. Descumprida a regra ou inobservados os princípios, ter-se-á um relevante indício de configuração da improbidade. Este pensamento deve ser condensado com a assertiva de que os atos dos agentes públicos devem estar em conformidade com o 'princípio da juridicidade', nomenclatura utilizada para englobar todas as regras e os princípios (inclusive a moralidade) a que devem estar circunscritos os atos do Poder Público[34].

Nas hipóteses legais de dispensa ou inexigibilidade de licitação, a ausência ou insuficiência de motivação, sem a ponderação da previsão legal autorizadora da contratação direta em cotejo com a circunstância fática, devidamente explicitada pelo gestor de forma concreta e minudente, configura improbidade administrativa, por violação aos princípios regentes da Administração Pública. De fato, a violação ao dever de motivação contraria a relação de conformidade entre o ato administrativo e a lei, em afronta ao princípio da legalidade.

O princípio da impessoalidade estabelece que a atuação do agente público deve basear-se na ausência de subjetividade. Nesse aspecto, a

ausência de motivação por vezes mascara o desvio do interesse público na contratação direta, quando o administrador age com inclinações e interesses pessoais, próprios ou alheios.

O princípio da moralidade exige que a Administração e seus agentes atuem em conformidade com princípios éticos aceitáveis socialmente.

Para que seja identificada a real intenção do agente, a motivação do ato é fundamental para aferir o objetivo colimado com a prática do ato, notadamente em casos de dispensa e inexigibilidade que trazem conceitos indeterminados, como os alhures expostos, pois é impossível a penetração no psiquismo do agente.

Vislumbra-se que

para a visualização da moralidade do ato, será sempre necessário analisar o motivo e o objeto em cotejo com o interesse público consubstanciado na finalidade, o que permitirá a identificação de eventuais vícios dos atos discricionários ou mesmo a presença de abuso de poder[35].

A inobservância ao dever de motivação, apta a ensejar a violação ao princípio da moralidade administrativa, pode ser assim delineada:

Estará ausente a moralidade administrativa quando o agente praticar o ato fundando-se em motivo inexistente (ausência de situação de fato ou de direito que determine ou autorize a prática de um ato), insuficiente (o valor dos motivos não denota a necessidade do ato), inadequado (falta de correspondência entre o que deveria motivar o ato – causa – e a natureza categorial de seu objeto – efeito), incompatível (ausência de adequação com o objeto do ato) e desproporcional (valoração irrazoável dos motivos, levando a um resultado incompatível com o interesse público específico a que deveria visar o ato); identificando-se igual vício quando o objeto for impossível (o resultado jurídico visado não se compatibiliza com o ordenamento jurídico ou com a realidade fática), desconforme

(incompatibilidade lógica entre a escolha e o interesse público contido na regra da finalidade) ou ineficiente (grave comprometimento do interesse público pela desproporcionalidade entre custos e benefícios)[36].

Por fim, é clarividente que a ausência de motivação macula o princípio da publicidade, que nada mais é que a divulgação ou conhecimento público do ato.

O artigo 10, inciso VIII, da Lei 8.429/1992 prevê:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

[...]

VIII – frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente[37].

Portanto, como elemento ínsito ao ato administrativo, a ausência, a insuficiência ou inveracidade da motivação em casos de dispensa ou inexigibilidade ensejam não só a ilegalidade, mas a improbidade administrativa pelo administrador que assim agiu, corolário do grave atentado dos princípios reitores da licitação e da atuação constitucional do administrador ■

NOTAS E REFERÊNCIAS

[1] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 95.

[2] MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. A motivação e a lei do processo administrativo. In: NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (Orgs.). Processo administrativo: temas polêmicos da Lei nº 9,784/99. São Paulo: Atlas, 2011. p. 281.

[3] MARINELA, Fernanda. Direito administrativo. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010. p. 281.

- [4] ALLEGRETTI, 1988, apud MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Op. cit., p. 280.
- [5] MARINELA, Fernanda. Op. cit., p. 250.
- [6] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 108-112.
- [7] BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1 mar. 1999. Disponível em: <https://bit.ly/1A1BFyK>. Acesso em: 10 abr. 2019.
- [8] MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Op. cit., p. 285.
- [9] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 82.
- [10] Ibidem, p. 292-293.
- [11] Ibidem, p. 293.
- [12] BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Direito administrativo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 105. (Coleção curso e concurso, v. 24).
- [13] TORRES, Ronny Charles Lopes de. Lei de licitações públicas comentadas. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 369.
- [14] BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 7 jul. 1994. Disponível em: <https://bit.ly/2NdkWEI>. Acesso em: 11 abr. 2019.
- [15] GUIMARÃES, Edgar. Contratação direta: comentários às hipóteses de licitação dispensável e inexigível, Curitiba: Negócios Públicos, 2013. p. 49.
- [16] Ibidem, p. 51.
- [17] GOIÁS. Tribunal de Contas do Estado de Goiás. Instrução Normativa nº 10 de 2012. Institui o Projeto Processo Integrado como a nova forma de atuação do Tribunal no desempenho de suas atribuições constitucionais de controle externo e dispõe sobre aspecto correlatos. Goiânia: TCM, 2012. Disponível em: <https://bit.ly/2uZRPcU>. Acesso em: 11 abr. 2019.
- [18] Ibidem.
- [19][22][25][27][31] BRASIL, 1993.
- [20] TORRES, Ronny Charles Lopes de. Op. cit., p. 300.
- [21] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.151/2007 – 2ª Câmara.
- [22] BRASIL, 1993.
- [23] GUIMARÃES, Edgar. Op. cit., p. 77.
- [24] TORRES, Ronny Lopes Charles de. Op. cit., p. 311.
- [26] MUKAI, Toshio. A empresa privada nas licitações públicas: manual teórico e prático. São Paulo: Atlas, 2000. p. 23.
- [28] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário Eletrônico Aurélio Século XXI. 3. ed. Curitiba: Editora Positivo, 2004. Versão 5.11.
- [29] TORRES, Ronny Lopes Charles de. Op. cit., p. 390.
- [30] BRASIL. Tribunal de Contas da União Acórdão 3795/2013, Segunda Câmara, TC 012.998/2005-9, relator Ministro Aroldo Cedraz, 2/7/2013.
- [32] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 7770/2015 – Primeira Câmara.
- [33] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 822/2005.
- [34] GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.57.
- [35] Ibidem, p.95.
- [36] MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Moralidade administrativa: do conceito à efetivação, in Revista de direito administrativo nº 190/1, 1992, apud GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.95.
- [37] BRASIL. Lei 8.429 de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 3 jun. 1992. Disponível em: <https://bit.ly/2CfB1U9>. Acesso em: 11 abr. 2019.



**RÔMULO
CORRÊA
DE PAULA**

Especialista em Direito Civil e
Processual Civil pela
Universidade Candido Mendes

Especialista em Direito Processual
pela Fundação do Ensino
Superior de Rio Verde (Fesurv)

Ex-Coordenador do Centro de Apoio
Operacional do Consumidor e Terceiro
Setor do MPMGO

Diretor Regional Centro-Oeste da
Associação Nacional do Ministério
Público do Consumidor (MPCON)

Diretor Adjunto da Região Centro-Oeste
do Instituto Brasileiro de Política e
Direito do Consumidor (Brasilcon)

Promotor de Justiça do Estado de Goiás

PROJETO OLHO NA BOMBA: POR UM MERCADO DE COMBUSTÍVEIS COM PREÇOS MAIS JUSTOS

O reduzido número de fornecedores, a homogeneidade do produto e a forte sindicalização dos agentes econômicos tornam o consumidor de combustíveis superexposto a condutas anticoncorrenciais e abusivas.

Não fosse suficiente, a partir de meados de 2017, a situação desse consumidor tornou-se ainda mais grave, com a nova política de preços implementada pela Petrobrás, que passou a acompanhar as variações do barril de petróleo internacional. Desde então, os reajustes são sucessivos e, muitas vezes, diários.

Em Goiás, em novembro de 2017, o cenário revelou-se ainda mais preocupante. É que, aparentemente sem justo motivo, os consumidores da região metropolitana de Goiânia foram vítimas de elevadíssimos reajustes nas margens de lucros praticadas por inúmeros postos revendedores.

Esse quadro de extremada vulnerabilidade do consumidor desnudou a completa ausência de ferramentas de acompanhamento, controle e investigação dos órgãos que fiscalizam o setor de venda a varejo de combustíveis, o que praticamente inviabiliza a comprovação dos crimes e abusos praticados.

Tem-se, pois, um quadro de dupla vulnerabilidade. A primeira, do consumidor, que,

desprovido de informações sobre os preços praticados, é forçado a adquirir combustíveis no posto revendedor geograficamente mais acessível, e não naquele que pratique o preço mais vantajoso.

A segunda, do Estado, representado por seus órgãos de fiscalização e controle, que não possuem informações, dados e ferramentas suficientes para combater práticas lesivas aos consumidores perpetradas por agentes econômicos desse setor.

Nesse contexto e ainda no ano de 2017, o Centro de Apoio Operacional do Consumidor e Terceiro Setor do Ministério Público do Estado de Goiás (MP-GO) (Gestão 2017/2019) realizou diversos estudos para sugerir aos órgãos de execução uma estratégia de atuação nos casos referentes ao mercado de combustíveis.

Durante os estudos foram constatadas as dificuldades que os órgãos de fiscalização em geral enfrentam para a comprovação de condutas anticompetitivas, a exemplo do cartel, cuja configuração exige, para além do alinhamento de preços, o conluio entre os agentes econômicos, conforme artigo 4º, inciso II, da Lei 8.137/1990. Percebeu-se que o êxito das investigações sobre esse ilícito esbarra na ausência de dados e ferramentas que possibilitem a identificação dos agentes econômicos responsáveis pela manipulação do mercado e na dificuldade de comprovação dos ajustes entre eles.

Além disso, evidenciou-se que inexistente um acompanhamento histórico dos preços praticados pelos postos revendedores de combustíveis por parte dos órgãos de fiscalização, o que dificulta a obtenção de indícios econômicos dos ilícitos anticoncorrenciais e a comprovação de práticas abusivas, tal qual a majoração injustificada de preços (artigo 39, inciso X, da Lei nº 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor).



Concluiu-se, assim, que a criação de uma plataforma única que consolidasse e expusesse os preços praticados por todos os estabelecimentos revendedores de combustíveis do estado de Goiás permitiria, a um só tempo: i) para o consumidor, a concretização do direito de informação e escolha; e ii) para o Estado, a criação de um banco de dados contendo o histórico de preços praticados, que, agregado a uma ferramenta de análise automatizada de dados, poderia instruir os procedimentos investigativos identificando condutas anticoncorrenciais e abusivas praticadas pelos fornecedores de combustíveis (como, por exemplo, sincronismos de preços entre postos de uma determinada região; reajustes abusivos sem justa causa; *dumping* etc.).

Frente a essas constatações, o então Procurador-Geral de Justiça, Dr. Benedito Torres Neto, sugeriu ao governador do estado a propositura de lei estadual que consolidasse uma nova política pública destinada à concretização do direito à informação e de escolha do consumidor, bem como ao melhor aparelhamento dos órgãos de fiscalização.

A referida sugestão foi acolhida pelos Poderes Executivo e Legislativo estaduais, desaguando na publicação da Lei 19.888/2017, do estado de Goiás, que dispõe, entre outros, sobre a obrigatoriedade dos postos revendedores de combustíveis informarem imediatamente ao MP-GO os valores cobrados pelo litro da gasolina, do etanol e do diesel, bem como suas alterações, sob pena de sanções.

A instrumentalização da nova lei ocorreu por meio da construção de ferramentas tecnológicas, inclusive aplicativos para dispositivos móveis, que fornecem a seus usuários, em uma plataforma GPS, os preços praticados pelos postos revendedores de combustíveis do estado de Goiás.

Desse modo, o consumidor recebe informações que lhe permitem (efetivamente) escolher seu fornecedor de combustíveis com base em vários critérios (preço, distância, trajeto a ser percorrido etc.), e não apenas baseando-se no critério geográfico.

Essa efetiva concretização do direito de escolha, reflexamente, fomenta a concorrência no setor, pois ocasiona uma natural exclusão dos agentes econômicos que realizam práticas e preços abusivos.

Paralelamente, as ferramentas tecnológicas também disponibilizam para o MP-GO dados que permitem uma análise histórica e comparativa dos preços praticados, permitindo a identificação de indícios econômicos de práticas lesivas à concorrência e ao consumidor e possibilitando seu enfrentamento.

Com isso, o projeto Olho na Bomba tem contribuído para o desenvolvimento de um mercado de revenda de combustíveis mais saudável para o consumidor e para o bom fornecedor e um aparelhamento eficiente dos órgãos estatais de fiscalização e controle.

DESCRIÇÃO DA INICIATIVA

O Projeto Olho na Bomba possui três propósitos principais:

1) Concretização do direito à informação dos consumidores goianos por meio da disponibilização pelo *app* dos preços praticados por

todos os estabelecimentos revendedores de combustíveis do estado de Goiás;

2) Disponibilização aos integrantes do MP-GO e demais órgãos de fiscalização de ferramentas aptas a identificar práticas anticoncorrenciais e abusivas perpetradas por fornecedores desse setor;

3) Fomento à concorrência no setor de combustíveis por meio do exercício da escolha consciente e esclarecida dos consumidores.

Para atingir essas finalidades e após a aprovação da Lei nº 19.888, de 2017, o MP-GO celebrou com a Universidade Federal de Goiás (UFG) o Convênio nº 023/2017-DCC-MPGO, que objetiva unir os esforços das duas instituições para a criação de ferramentas tecnológicas aptas a operacionalizar as novas determinações legais e a implementar os propósitos do projeto Olho na Bomba, citados.

O referido convênio, que se encontra em fase final de execução, já teve como frutos principais os seguintes produtos:

1) Plataforma web para cadastramento dos postos de combustíveis e atualização de seus preços – trata-se de uma estrutura de informação, hospedada no sítio eletrônico www.olhonabomba.mpggo.mp.br, que permite aos postos revendedores de combustíveis a realização de seu cadastro no sistema Olho na Bomba, inclusive com a indicação, em um mapa, de sua exata



Audiência pública na Assembleia Legislativa antes da aprovação da Lei 19.888-17

localização. Com suas senhas definidas durante o cadastro, os postos revendedores podem acessar seus perfis no sítio eletrônico para comunicar as alterações dos preços por eles praticadas.

2) Dois aplicativos para dispositivos móveis (smartphones), um para o sistema iOS e outro para o sistema Android (os mais utilizados pela população), que se baseiam em um sistema GPS com alcance a todos os municípios goianos e possuem comunicação instantânea com a plataforma web acima mencionada, possibilitando ao consumidor goiano:

I. Visualizar, em um mapa de navegação, a localização e os preços praticados pelos postos de combustíveis da região em que ele se encontra, destacando em cores diferentes o mais caro e o mais barato;

II. Pesquisar o melhor trajeto entre pontos de partida e de destino, inclusive entre diferentes cidades do estado de Goiás, recebendo as informações sobre o melhor caminho em um mapa de navegação. Nesse mapa o consumidor recebe, ainda, informações sobre os postos de combustíveis existentes no trecho escolhido e seus respectivos preços, com destaque para aqueles com maior e menor preço;

III. Consultar lista dos postos de combustíveis do município escolhido e os preços de cada um, tanto pelo critério crescente de distância (em relação à localização atual do usuário) quanto pelo critério de preço (nas ordens crescente ou decrescente);

IV. Denunciar ao MP-GO divergências entre os preços informados na plataforma web e os efetivamente praticados pelos postos de combustíveis, o que pode ensejar a aplicação das sanções indicadas na Lei 19.888/2017, do estado de Goiás. Essas denúncias são feitas mediante leitura, por meio do próprio aplicativo, do **QR Code** da nota fiscal de

aquisição do combustível, que fornece um link de acesso à segunda via da nota fiscal (registrada no banco de dados da Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás), em que constam o preço efetivamente pago pelo consumidor, a hora da compra e os dados de identificação do fornecedor. Assim, os dados constantes no Sistema Olho na Bomba são comparados com os da nota fiscal, e, se for o caso, a denúncia (instruída com certidão de servidor do MP-GO sobre a divergência de preços) é encaminhada ao Procon (estadual ou municipal) para a instauração do devido procedimento administrativo;

V. Configurar o aplicativo com suas preferências (de município e de tipo de combustível) para consultas, sem prejuízo de poder alterar suas escolhas a qualquer momento e de, paralelamente à suas preferências, poder pesquisar qualquer município goiano ou tipo de combustível.

3) Ferramenta de análise automatizada dos dados recebidos pelo MP-GO, a ser utilizada no bojo dos procedimentos investigativos devidamente instaurados. O sistema fornece ao membro do Ministério Público, em forma de relatórios ou gráficos, dados trabalhados que podem auxiliar e agilizar as investigações sobre práticas anticoncorrenciais ou reajustes abusivos.

4) Transferência tecnológica do conhecimento e da gestão das ferramentas da UFG para a Superintendência de Informática (SINFO) do MP-GO, o que permitirá ao *Parquet* Goiano, após o fim da execução do convênio, gerir e manter os produtos entregues.



Reunião da PGJ e Reitoria UFG - Celebração de Convênio.

PROJETO OLHO NA BOMBA EM NÚMEROS

O Olho na Bomba está registrado no Instituto Nacional de Propriedade Intelectual como “programa de computador” (classificação que engloba a plataforma web e os aplicativos para dispositivos móveis) de titularidade do MP-GO e da UFG.

Segundo o artigo 2º do Ato do Procurador-Geral de Justiça nº 37, de 29 de junho de 2018, o período de cadastramento dos postos no Sistema Olho na Bomba, sem a incidência de sanções, transcorreu entre os dias 09 de julho a 08 de agosto de 2018. Até abril de 2019, 1.682 estabelecimentos revendedores de combustíveis do Estado de Goiás (99,00% do total) já tinham realizado seus cadastros na plataforma.

Em pouco mais de seis meses desde seu lançamento oficial, que ocorreu em 25 de setembro de 2018, o aplicativo Olho na Bomba obteve mais de 350.000 downloads. No mesmo período, foram recebidas 767 denúncias de descumprimento da Lei 19.888/2017.

TRANSCRIÇÃO DA LEI 19.999/2017, DO ESTADO DE GOIÁS

GOVERNO DO ESTADO DE GOIÁS
Secretaria de Estado da Casa Civil

LEI Nº 19.888, DE 20 DE NOVEMBRO DE 2017

Dispõe sobre a obrigatoriedade de informação dos valores cobrados pelo litro de combustível pelos postos revendedores.

A ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE GOIÁS, nos termos do art. 10 da Constituição Estadual, decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Os postos revendedores de combustíveis são obrigados a informar ao Ministério Público

do Estado de Goiás o valor cobrado pelo litro da gasolina, do etanol e do diesel.

§ 1º VETADO.

§ 2º A informação prevista no caput deve ser atualizada no momento em que os preços dos combustíveis sofrerem alteração.

Art. 2º Para cumprimento do disposto no art. 1º, os postos revendedores de combustíveis devem fazer, no prazo de até 30 (trinta) dias após a entrada em vigor desta Lei, cadastro perante o Ministério Público do Estado de Goiás.

§ 1º Caberá ao Ministério Público do Estado de Goiás regulamentar, por Ato do Procurador-Geral de Justiça, a forma de realização do cadastro do posto revendedor de combustíveis, o meio pelo qual serão transmitidas as informações previstas no artigo 1º, bem como as demais providências necessárias ao cumprimento desta Lei.

§ 2º Por ocasião do cadastramento, os postos revendedores já deverão informar os preços então vigentes.

§ 3º VETADO.

Art. 3º O Ministério Público do Estado de Goiás poderá divulgar as informações obtidas com base nesta Lei para o público em geral e utilizá-las para o cumprimento de sua função constitucional.

§ 1º A prerrogativa prevista no caput é aplicada à Superintendência de Proteção aos Direitos do Consumidor/PROCON-GOIÁS.

§ 2º O Ministério Público do Estado de Goiás e o PROCON-GOIÁS poderão fornecer as informações obtidas com base nesta Lei a outros órgãos públicos ou entes privados.

§ 3º O Ministério Público do Estado de Goiás compartilhará, em tempo real, as informações recebidas na forma do artigo 1º ao PROCON-GOIÁS.

Art. 4º O descumprimento do previsto nesta Lei sujeitará o infrator à pena da multa prevista no

art. 56 da Lei federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), cujo valor será revertido em favor do Fundo Estadual de Defesa do Consumidor, sem prejuízo das sanções de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas.

§ 1º VETADO.

§ 2º A multa prevista no caput será aplicada mediante auto de infração do PROCON-GOIÁS, observado o regular procedimento administrativo.

§ 3º Para fins do disposto no § 2º deste artigo, poderá o PROCON-GOIÁS realizar convênio com os PROCONS Municipais ou órgãos equivalentes.

§ 4º Ficam os Oficiais de Promotoria do Ministério Público do Estado de Goiás autorizados a realizar verificação in loco sobre a adequação entre os preços informados à Instituição e os efetivamente cobrados pelos postos revendedores de combustíveis.

§ 5º Para fins do disposto no caput deste artigo, poderá o Ministério Público do Estado de Goiás, por meio de certidão do Oficial de Promotoria que consubstancie o ocorrido, noticiar o PROCON-GOIÁS sobre o descumprimento da circunstância descrita no caput.

§ 6º A prerrogativa prevista no § 4º deste artigo é aplicada aos fiscais do PROCON-GOIÁS.

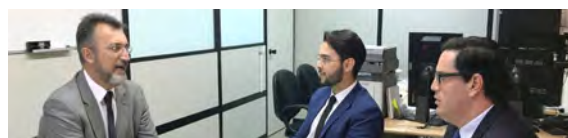
Art. 5º Esta Lei entra em vigor após decorridos 60 (sessenta) dias de sua publicação.

PALÁCIO DO GOVERNO DO ESTADO DE GOIÁS,
em Goiânia, 20 de novembro de 2017, 129ª da República.

MARCONI FERREIRA PERILLO JÚNIOR
(D.O. de 21-11-2017)[1] ■

NOTAS E REFERÊNCIAS

[1] GOIÁS. Lei nº 19.888, de 20 de novembro de 2017. Dispõe sobre a obrigatoriedade de informação dos valores cobrados pelo litro de combustível pelos postos revendedores. Diário Oficial do Estado de Goiás, Goiânia, 21 nov. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2BXhTt8>. Acesso em: 2 ago. 2018.



Apresentação projeto aos deputados estaduais.



Lançamento do app “Olho na Bomba”- 25/09/2018



Apresentação projeto para ANP - Porto Alegre -RS- 11/2018



Entrevista - Projeto “Olho na Bomba”