

De Jure

Revista Jurídica
www.mpmg.mp.br/dejure

Ana Maria Andrade Lara
Andeirson da Matta Barbosa
Cláudio Chaves Arruda
Douglas de Moraes Silva
Hamilton da Cunha Iribure Júnior
Jéssica Moraes do Espírito Santo
João Batista Sales Rocha Filho
Lorena Carmo Sepúlveda
Wesley Willian Pinto e Silva

40



CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

DIRETORIA DE PRODUÇÃO EDITORIAL

Endereço/Address:
Av. Álvares Cabral, 1.740, 3º andar
Santo Agostinho - Belo Horizonte, MG - Brasil
CEP: 30170-008
www.mpmg.mp.br/dejure
dejure@mpmg.mp.br
+55 (31)3330-8262

De Jure: Revista Jurídica / Ministério Público do Estado de Minas Gerais.
v. 22, n. 40, jul./dez. 2024. Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais /
Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional / Diretoria de Produção Editorial, 2024.

Semestral.

ISSN: 1809-8487

Continuação de: De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.
O novo título mantém a sequência numérica do título anterior.

1. Direito – Periódicos. I. Minas Gerais. Ministério Público.

CDU. 34
CDD. 342

Descritores / Main entry words: Direito, Ministério Público, Direito Coletivo,
Direitos Fundamentais, Neoconstitucionalismo, Multidisciplinariedade,
Transdisciplinariedade / Law, Public Prosecution Service, Collective Rights,
Fundamental Rights, Neoconstitutionalism, Multidisciplinarity, Transdisciplinarity.

Linha Teórica

A De Jure foi sistematizada dentro de uma nova filosofia pluralista transdisciplinar e multidisciplinar, permitindo o acesso à informação em diversas áreas do Direito e de outras ciências. A revista destina-se aos operadores de Direito, e sua linha teórica segue, principalmente, o pós-positivismo jurídico no que é denominado neoconstitucionalismo, valorizando a Constituição de 1988 como centro de irradiação do sistema e como fonte fundamental do próprio Direito nacional. O neoconstitucionalismo é uma nova forma de estudar, interpretar e aplicar a Constituição, de modo emancipado e desmistificado. A finalidade é superar as barreiras impostas ao Estado Democrático de Direito pelo positivismo meramente legalista e gerador de bloqueios ilegítimos ao projeto constitucional de transformação da realidade social.

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.

Theoretical Profile

De Jure was systematized according to a new philosophy pluralist, transdisciplinar and multidisciplinary, allowing the access to information in many areas of Law and of other Sciences. It is intended for law enforcement agents, and its theoretical grounds mainly follow the legal post-positivism doctrine, with a special emphasis on the neoconstitutionalist approach. Neoconstitutionalism is a new theory to study, interpret and enforce the Constitution, aiming at overcoming barriers imposed to the lawful democratic states by the legal positivism, which blocks the constitutional project of transformation of the social reality.

The responsibility for the content of the articles is solely of their authors.

DE JURE

(ISSN 1809-8487)

Publicação semestral editada pela Diretoria de Produção Editorial, órgão do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em circulação desde 1997.

FOCO

A De Jure tem como foco a publicação de trabalhos técnico-científicos no campo do Direito ou ciências afins, tendo como tema principal o estudo das áreas de atuação do Ministério Público.

MISSÃO

Divulgar a produção intelectual sobre estudos de áreas pertinentes à atuação funcional ou áreas de interesse do Ministério Público, democratizando o conhecimento e valorizando pesquisas acadêmicas, avanços teóricos e empíricos na área do Direito e em áreas afins.

OBJETIVOS

- Promover a produção intelectual sobre temas relacionados às áreas de atuação ou de interesse do Ministério Público;
- Disseminar os conhecimentos teórico, metodológico e empírico do Direito junto aos operadores do Direito e à comunidade acadêmica;
- Estimular a reflexão sobre temas relacionados às áreas de atuação do Ministério Público e áreas correlatas;
- Contribuir para melhorias nos processos de gestão estratégica das organizações, decorrentes da identificação de tendências e transformações no ambiente.

PÚBLICO-ALVO

A De Jure está voltada a um público de membros do Ministério Público, magistrados, defensores públicos, advogados, pesquisadores, professores, estudantes e tomadores de decisão de alta qualificação que atuam na área de administração de organizações públicas, privadas e do terceiro setor, operadores do Direito em geral.

COPYRIGHT

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores. Permite-se a reprodução total ou parcial dos trabalhos, desde que explicitamente citada a fonte. A De Jure requer aos autores que estes concedam a propriedade de seus direitos de autor, para que os artigos e materiais sejam reproduzidos e publicados em meio impresso ou na homepage da revista, para fins exclusivamente científicos e culturais, sem fins de lucro.

INDEXAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO

A revista encontra-se depositada nas principais bibliotecas do sistema nacional (COMUT) e indexada em: RVBI – Senado Federal; Biblioteca Virtual do Ministério Público de Minas Gerais; Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia (IBICT); Ulrich's Periodicals Directory; Sistema Regional de Informação em Língua para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (LATINDEX). A De Jure também recebeu a qualificação de periódicos da QUALIS – sistema nacional de avaliação do Ministério da Educação (MEC), utilizado para avaliar e classificar periódicos como meios de produção científica.

DE JURE

(ISSN 1809-8487)

De Jure is a technical-scientific journal that has been published twice a year by the Center of Professional Development of the Public Prosecution Service of the State of Minas Gerais since 1997.

FOCUS

De Jure focuses on the publication of technical and scientific works in the areas of law that interest the Public Prosecution Service and other correlate areas.

MISSION

The mission of De Jure is to disseminate intellectual production concerning areas of interest to the Public Prosecution Service, allowing wide access to information, and valuing academic research, theoretical and empirical improvements in the area of Law and related areas.

OBJECTIVES OF THE JOURNAL

- Promote intellectual production on topics related to the areas of interest of the Public Prosecution Service;
- Disseminate theoretical, methodological and empirical knowledge on Law amongst legal practitioners and the academic community;
- Stimulate discussion on topics related to the areas of interest to the Public Prosecution Service and related areas;
- Contribute to improvements in the strategic management processes, due ot the identification of environmental trends and transformation.

TARGET AUDIENCE

De Jure is intended for an audience of members of the Public Ministry, judges, public defenders, lawyers, researchers, professors, students and highly qualified decision makers who work in the administration area of public, private and third sector organizations, operators of law in general.

COPYRIGHT

The responsibility for the content of material published is solely of their authors. Partial or total reproduction of works is allowed provided there is explicit citation of the source. De Jure requires that authors renounce their authorship rights so that the articles and other materials are reproduced and published in printed version or at the homepage of the journal, for non-profit scientific and cultural purposes.

INDEXATION AND DISTRIBUTION

The journal can be found in the main libraries of the Brazilian national system (COMUT) and it is indexed at: RVBI – Brazilian Federal Senate; Virtual Library of the Public Prosecution Service of Minas Gerais; Brazilian Institute of Information on Science and Technology (Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia - IBICT); Ulrich's Periodicals Directory; Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (LATINDEX). De Jure was also qualified in the QUALIS system – the national system of the Brazilian Ministry of Education (MEC), to evaluate and classify journals as means of scientific production.

DE JURE

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

Promotor de Justiça Paulo de Tarso Morais Filho

DIRETORA DO CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

Procuradora de Justiça Cássia Virgínia Serra Teixeira Gontijo

COORDENADOR PEDAGÓGICO DO CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

Promotor de Justiça Leonardo Barreto Moreira Alves

SUPERINTENDENTE DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO

Tereza Cristina Santos Barreiro

DIRETOR DE PRODUÇÃO EDITORIAL

Leonardo Camargo Souza

EDITORA RESPONSÁVEL

Procuradora de Justiça Cássia Virgínia Serra Teixeira Gontijo

CONSELHO EDITORIAL

Promotor de Justiça Alderico de Carvalho Junior, Mestre
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)

Promotor de Justiça Bergson Cardoso Guimarães, Doutor
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)

Procuradora de Justiça Cássia Virgínia Serra Teixeira Gontijo
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)

Promotora de Justiça Flávia Mussi Bueno do Couto
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)

Promotora de Justiça Giselle Luciane de Oliveira Lopes Viveiros Melo, Mestre
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)

Promotor de Justiça Guilherme Roedel Fernandez Silva, Mestre
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)

Promotora de Justiça Luciana Imaculada de Paula, Mestre
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)

Promotora de Justiça Maria Carolina Silveira Beraldo, Doutora
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)

Promotor de Justiça Pablo Gran Cristóforo, Mestre
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)

Prof. Dr. Antonio Gidi (Universidade de Houston, Houston/Estados Unidos)

Prof. Dr. Antonio Hermen de Vasconcellos e Benjamin (Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Brasília/Brasil)

Prof. Dr. Aziz Tuffi Saliba (Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)

Profa. Dra. Belinda Pereira da Cunha (Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa/Brasil)

Prof. Dr. Carlos Francisco Molina del Pozo (Universidade de Alcalá, Madri/Espanha)

Profa. Me. Cristina Godoy de Araújo Freitas (Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, São Paulo/Brasil)

Prof. Dr. Dermeval Farias Gomes Filho (Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília/Brasil)

Prof. Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Universidade Nacional Autónoma do México, Cidade do México/México)

Prof. Dr. Eduardo Martínez Álvarez (Universidade do Museu Social Argentino, Buenos Aires/Argentina)

Prof. Dr. Elton Venturi (Procurador da República do Ministério Público Federal, São Paulo/Brasil)

Prof. Dr. Emerson Garcia (Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/Brasil)

Prof. Dr. Fabiano Augusto Martins Silveira (Consultor Legislativo do Senado Federal, Brasília/Brasil)
Prof. Dr. Giovanni Aldo Luigi Allegretti (Investigador Sênior do Centro de Estudos Sociais, Coimbra/Portugal)
Prof. Dr. José Aroudo Mota (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasília/Brasil)
Prof. Dr. José Roberto Marques (Faculdade de Direito de Franca, Franca/Brasil)
Prof. Dr. Juan Carlos Ferré Olivé (Universidade de Huelva, Huelva/Espanha)
Prof. Dr. Juarez Estevam Xavier Tavares (Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/Brasil)
Prof. Dra. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira (Universidade Paranaense, Umuarama/Brasil)
Prof. Dr. Leonardo Silva Nunes (Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto/Brasil)
Prof. Dr. Luciano José Alvarenga (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)
Prof. Dr. Luis Maria Desimoni (Universidade de Ciências Empresariais e Sociais, Buenos Aires/Argentina)
Prof. Dr. Luiz Manoel Gomes Junior (Universidade Paranaense, Umuarama/Brasil)
Prof. Dra. Maria Creusa de Araújo Borges (Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa/Brasil)
Prof. Dra. Maria Garcia (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/Brasil)
Prof. Dra. Maria Tereza Aina Sadek (Universidade de São Paulo, São Paulo/Brasil)
Prof. Dr. Mário Frota (Associação Portuguesa de Direito do Consumo, Coimbra/Portugal)
Prof. Dr. Mário Lúcio Quintão Soares (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)
Prof. Dra. Miracy Barbosa de Sousa Gustin (Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)
Prof. Dr. Nelson Nery Junior (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/Brasil)
Prof. Dr. Nilo Batista (Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/Brasil)
Prof. Dr. Ricardo Carneiro (Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte/Brasil)
Prof. Dra. Rosânia Rodrigues de Sousa (Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte/Brasil)
Prof. Dr. Rosemiro Pereira Leal (Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)
Prof. Dr. Vittorio Manes (Universidade de Bolonha, Bolonha/Itália)

EDITORAÇÃO

Leonardo Camargo Souza
Raquel Diniz Guerra

REVISÃO

Larissa Vasconcelos Avelar
Luiz Carlos Freitas Pereira
Renato Felipe de Oliveira Romano
Sofia Cerqueira Borges

CAPA

Rafael de Almeida Borges

PROJETO GRÁFICO

João Paulo de Carvalho Gavidia
Rafael de Almeida Borges

DIAGRAMAÇÃO

Rafael de Almeida Borges

TRADUÇÃO

Alessandra de Souza Santos
Sofia Cerqueira Borges (atualização)

COLABORARAM NESTA EDIÇÃO COMO REVISORES AD HOC

Prof. Me. Adirson Antônio Glório de Ramos (Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce, Governador Valadares/Brasil)
Prof. Me. Anderson da Matta Barbosa (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)
Prof. Dr. Anderson de Paiva Gabriel (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/Brasil)
Prof. Me. Anna Catharina Machado Normanton (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)
Prof. Me. Carolina Costa de Aguiar (Universidade do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)
Prof. Dr. Isaac Newton Belota Sabbá Guimarães (Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Florianópolis/Brasil)
Prof. Dr. Joaquim José Miranda Júnior (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)
Prof. Me. Jorge Patrício de Medeiros Almeida Filho (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)
Prof. Dr. Joseli Lima Magalhães (Universidade Federal do Piauí, Teresina/Brasil)
Prof. Dr. Marco Aurélio Nogueira (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil)
Prof. Dr. Roy Reis Friede (Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Rio de Janeiro/Brasil)

ATTORNEY-GENERAL

Minas Gerais State Prosecutor Paulo de Tarso Morais Filho

DIRECTOR OF THE CENTER OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT

Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais Cássia Virgínia Serra Teixeira Gontijo

PEDAGOGICAL COORDINATOR OF THE CENTER OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT

Minas Gerais State Prosecutor Leonardo Barreto Moreira Alves

SUPERINTENDENT OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT

Tereza Cristina Santos Barreiro

DIRECTOR OF EDITORIAL PRODUCTION

Leonardo Camargo Souza

CHIEF EDITOR

Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais Cássia Virgínia Serra Teixeira Gontijo

EDITORIAL BOARD

Minas Gerais State Prosecutor Alderico de Carvalho Junior, MA
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Bergson Cardoso Guimarães, PhD
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)

Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais Cássia Virgínia Serra Teixeira Gontijo
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Flávia Mussi Bueno do Couto
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Giselle Luciane de Oliveira Lopes Viveiros Melo, MA
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Guilherme Roedel Fernandez Silva, MA
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Luciana Imaculada de Paula, MA
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Maria Carolina Silveira Beraldo, PhD
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Pablo Gran Cristóforo, MA
(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)

Prof. Antonio Gidi, PhD (Universidade de Houston, Houston/USA)

Prof. Antonio Hermen de Vasconcellos e Benjamin, PhD (Minister – Superior Tribunal de Justiça, Brasília/Brazil)

Prof. Aziz Tuffi Saliba, PhD (Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)

Prof. Belinda Pereira da Cunha, PhD (Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa/Brazil)

Prof. Carlos Francisco Molina del Pozo, PhD (Universidade de Alcalá, Madrid/Spain)

Prof. Cristina Godoy de Araújo Freitas, MA (São Paulo State Prosecutor – Ministério Público do Estado de São Paulo, São Paulo/Brazil)

Prof. Dermeval Farias Gomes Filho, PhD (Distrito Federal e Territórios Prosecutor – Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília/Brazil)

Prof. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, PhD (Universidade Nacional Autónoma do México, Mexico City/Mexico)

Prof. Eduardo Martínez Alvarez, PhD (Universidade do Museu Social Argentino, Buenos Aires/Argentina)

Prof. Elton Venturi, PhD (Federal Prosecutor – Ministério Público Federal, São Paulo/Brazil)

Prof. Emerson Garcia, PhD (Rio de Janeiro State Prosecutor – Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/Brazil)

Prof. Fabiano Augusto Martins Silveira, PhD (Legislative Consultant – Senado Federal, Brasília/Brazil)
 Prof. Giovanni Aldo Luigi Allegretti, PhD (Senior Researcher – Centro de Estudos Sociais, Coimbra/Portugal)
 Prof. José Aroudo Mota, PhD (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasília/Brazil)
 Prof. José Roberto Marques, PhD (Faculdade de Direito de Franca, Franca/Brazil)
 Prof. Juan Carlos Ferré Olivé, PhD (Universidade de Huelva, Huelva/Spain)
 Prof. Juarez Estevam Xavier Tavares, PhD (Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/Brazil)
 Prof. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira, PhD (Universidade Paranaense, Umuarama/Brazil)
 Prof. Leonardo Silva Nunes, PhD (Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto/Brazil)
 Prof. Luciano José Alvarenga, PhD (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)
 Prof. Luis María Desimoni, PhD (Universidade de Ciências Empresariais e Sociais, Buenos Aires/Argentina)
 Prof. Luiz Manoel Gomes Junior, PhD (Universidade Paranaense, Umuarama/Brazil)
 Prof. Maria Creusa de Araújo Borges, PhD (Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa/Brazil)
 Prof. Maria Garcia, PhD (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/Brazil)
 Prof. Maria Tereza Aina Sadek, PhD (Universidade de São Paulo, São Paulo/Brazil)
 Prof. Mário Frota, PhD (Associação Portuguesa de Direito do Consumo, Coimbra/Portugal)
 Prof. Mário Lúcio Quintão Soares, PhD (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)
 Prof. Miracy Barbosa de Sousa Gustin, PhD (Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)
 Prof. Nelson Nery Junior, PhD (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo/Brazil)
 Prof. Nilo Batista, PhD (Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/Brazil)
 Prof. Ricardo Carneiro, PhD (Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte/Brazil)
 Prof. Rosânia Rodrigues de Sousa, PhD (Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte/Brazil)
 Prof. Rosemiro Pereira Leal, PhD (Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)
 Prof. Vittorio Manes, PhD (Universidade de Bolonha, Bologna/Italy)

EDITING

Leonardo Camargo Souza
 Raquel Diniz Guerra

PROOF READING

Larissa Vasconcelos Avelar
 Luiz Carlos Freitas Pereira
 Renato Felipe de Oliveira Romano
 Sofia Cerqueira Borges

COVER

Rafael de Almeida Borges

GRAPHIC PROJECT

João Paulo de Carvalho Gavidia
 Rafael de Almeida Borges

LAYOUT

Rafael de Almeida Borges

TRANSLATION

Alessandra de Souza Santos
 Sofia Cerqueira Borges (update)

COLLABORATION AND REVIEW IN THIS ISSUE

Prof. Adirson Antônio Glório de Ramos, MA (Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce, Governador Valadares/Brazil)
 Prof. Anderson da Matta Barbosa, MA (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)
 Prof. Anderson de Paiva Gabriel, PhD (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/Brazil)
 Prof. Anna Catharina Machado Normanton, MA (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)
 Prof. Carolina Costa de Aguiar, MA (Universidade do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)
 Prof. Isaac Newton Belota Sabbá Guimarães, PhD (Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Florianópolis/Brazil)
 Prof. Joaquim José Miranda Júnior, PhD (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)
 Prof. Jorge Patricio de Medeiros Almeida Filho, MA (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)
 Prof. Joseli Lima Magalhães, PhD (Universidade Federal do Piauí, Teresina/Brazil)
 Prof. Marco Aurélio Nogueira, PhD (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brazil)
 Prof. Roy Reis Friede, PhD (Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Rio de Janeiro/Brazil)

PREFÁCIO

Com o presente exemplar, a Revista *De Jure*, revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, alcança sua 40ª edição! Não bastasse a chegada a este marco ensejar, por si só, razão suficiente para o justo orgulho da nossa Instituição, cabe mencionar que esta edição vai além dos artigos que a compõem, fazendo nossa revista progredir.

Assim, exitosa, tem caminhado a *De Jure*, que desde seus primeiros exemplares até o presente, vem repetindo a bem-sucedida fórmula de proporcionar não apenas obtenção de informações e conhecimento, como também, ao valer-se de forma e conteúdo contemporâneos, oportuniza leitura capaz de conciliar instrução e contentamento.

Pródiga em conhecimento, a presente edição traz luz para assuntos relevantes sobre a atuação do Ministério Público, além de temas de interesse a ele pertinentes como medidas de segurança, políticas públicas, dentre outros.

Certa de que a 40ª edição sorrirá à mente e ao espírito de todos os que se interessam pela ampliação do conhecimento e aprimoramento profissional, convido-os a compartilhar de suas relevantes informações, bem como da reflexão acerca dos conteúdos atuais abordados pelos artigos nela ofertados.

Cássia Virgínia Serra Teixeira Gontijo

Procuradora de Justiça

Diretora do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

APRESENTAÇÃO

Com alegria chegamos à 40ª edição da Revista De Jure, que, como as edições anteriores, segue imbuída do nobre propósito de ampliar e difundir o conhecimento.

Sempre alinhada com as regras e padrões de qualidade, nossa revista jurídica move-se em direção ao incremento da sua classificação no Qualis da Capes (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior). O Qualis, conjunto de procedimentos que estratifica/classifica toda a produção intelectual do país, afere, anualmente, a qualidade dos artigos publicados nos periódicos científicos nacionais.

Os artigos desta edição possuem, para além dos mencionados requisitos oficiais, inquestionável excelência literária, apta a acrescentar deleite ao qualificado conteúdo técnico.

Interessante destacar que a exogenia – um dos requisitos exigidos pela Capes – diz respeito à participação de conselheiros editoriais, avaliadores e autores provenientes de fora do Estado de Minas Gerais. Quanto maior o número de colaboradores não mineiros, melhor será a qualificação da revista.

Assim é que, para além da honra de contarmos com capacitados colaboradores mineiros, estendemos a todo o país nosso convite para que interessados além das Minas Gerais venham juntar-se ao time De Jure, submetendo artigos na plataforma www.mpmg.mp.br/dejure. Com a chegada de novos autores não mineiros, nossa missão de fomentar o debate pluralista e multidisciplinar seguirá com ainda maior robustez.

A todos os colaboradores, nosso agradecimento e nossa alegre iteração para que sigam participativos na Revista De Jure.

Paulo de Tarso Morais Filho

Procurador-Geral de Justiça

COLABORADORES DESTA EDIÇÃO

ANA MARIA ANDRADE LARA

Pós-graduada em Direito

ANDEIRSON DA MATTA BARBOSA

Mestre em Direito

CLÁUDIO CHAVES ARRUDA

Mestre em Direito

DOUGLAS DE MORAIS SILVA

Mestrando em Direito

HAMILTON DA CUNHA IRIBURE JÚNIOR

Doutor em Direito

JÉSSICA MORAIS DO ESPÍRITO SANTO

Pós-graduada em Direito

JOÃO BATISTA SALES ROCHA FILHO

Promotor de Justiça

LORENA CARMO SEPÚLVEDA

Pós-graduada em Direito

WESLEY WILLIYAN PINTO E SILVA

Assessor Jurídico

SUMÁRIO

16 - 43
Artigo

**A NÃO RECEPÇÃO DO
ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO PELA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

THE NON-RECEPTION OF THE PROSECUTION ASSISTANT
BY THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988

WESLEY WILLIYAN PINTO E SILVA

44 - 70
Artigo

**DIREITO, LIBERDADE INDIVIDUAL
E O LOUCO: A INOPERÂNCIA DAS
MEDIDAS DE SEGURANÇA EM FACE
DA LEI ANTIMANICOMIAL**

LAW, INDIVIDUAL LIBERTY AND THE CRAZY: THE INOPPERANCE OF
SECURITY MEASURES IN THE FACE OF THE ANTI-MANICOMIAL LAW

DOUGLAS DE MORAIS SILVA

HAMILTON DA CUNHA IRIBURE JÚNIOR

71 - 93
Artigo

**AS CAUSAS PRÓXIMAS
E REMOTAS DO
ATIVISMO JUDICIAL BRASILEIRO**

THE NEAR AND REMOTE CAUSES OF
BRAZILIAN JUDICIAL ACTIVISM

ANDEIRSON DA MATTÁ BARBOSA

94 - 120

Artigo

**EXCEÇÕES À REGRA DA GUARDA
COMPARTILHADA: INEVITABILIDADE
DO INSTITUTO SOB O VIÉS DO
MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E
DO ADOLESCENTE**

EXCEPTIONS TO THE RULE OF SHARED CUSTODY:
THE INEVITABILITY OF THE INSTITUTE UNDER
CHILDREN AND TEENAGERS' BEST INTEREST

ANA MARIA ANDRADE LARA

121 - 156

Artigo

**O ENFRENTAMENTO À
MORTALIDADE MATERNA E
INFANTIL EM MINAS GERAIS E A
ATUAÇÃO RESOLUTIVA DO
MINISTÉRIO PÚBLICO**

CONFRONTING MATERNAL AND INFANT MORTALITY IN MINAS
GERAIS AND THE RESOLUTIVE PERFORMANCE OF THE PUBLIC
PROSECUTOR'S OFFICE

LORENA CARMO SEPÚLVEDA

157 - 177

Artigo

**CÓDIGO DE ÉTICA E DISCIPLINA
DA POLÍCIA MILITAR:
AVANÇO OU RETROCESSO?**

THE ETHICAL CODE AND DISCIPLINARY RULES OF
MILITARY POLICE: ADVANCE OR REAL SETBACK?

JÉSSICA MORAIS DO ESPÍRITO SANTO

178 - 199
Artigo

**A APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA
FILOSÓFICA DE GADAMER NA
INTERPRETAÇÃO DO DIREITO
FUNDAMENTAL À PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

THE APPLICATION OF GADAMER'S PHILOSOPHICAL
HERMENEUTICS IN THE INTERPRETATION OF THE FUNDAMENTAL
RIGHT TO THE PRESUMPTION OF INNOCENCE IN THE BRAZILIAN
LEGAL SYSTEM

JOÃO BATISTA SALES ROCHA FILHO
CLÁUDIO CHAVES ARRUDA

200 - 212

NORMAS DE SUBMISSÃO/PUBLICAÇÃO

16 - 43

Artigo

**A NÃO RECEPÇÃO DO
ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO PELA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

WESLEY WILLIYAN PINTO E SILVA

A NÃO RECEPÇÃO DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

THE NON-RECEPTION OF THE PROSECUTION ASSISTANT BY
THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988

WESLEY WILLIYAN PINTO E SILVA

Assessor Jurídico

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil

wwillianpintoesilva@yahoo.com

RESUMO: O assistente de acusação, conforme projetado pelo Código de Processo Penal na década de 1940, não obteve guarida na nova sistemática inaugurada pelo novo ordenamento constitucional brasileiro, de sorte que a estrutura acusatória do processo penal, o qual tem o Ministério Público como titular da ação penal pública, não deixou espaços para a atuação de um terceiro, concomitantemente, no polo ativo da persecução penal. Afirma-se isso em virtude do fato de que quando a vítima aparece como protagonista na figura de assistente do órgão acusador, buscando cegamente a condenação do acusado, está-se diante de verdadeira vingança privada, incompatível, obviamente, com as diretrizes do Estado Democrático de Direito. Some-se a isso, o fato de haver grandes chances da conclusão do membro do órgão de acusação ser pela absolvição, ou, até mesmo, pelo decote de uma qualificadora ou majorante, enfim, as incongruências entre o *Parquet* e o assistente poderão facilmente ocorrer, conturbando o lado acusatório. Portanto, o que se buscará com o trabalho desenvolvido no presente artigo é demonstrar juridicamente por que o assistente de acusação não foi recepcionado pela novel Constituição, bem como apontar, do ponto de vista prático-forense, os efeitos que a atuação do ofendido como assistente pode ocasionar no decorrer do trâmite processual.

PALAVRAS-CHAVE: Assistente. Acusação. Recepção. Ministério Público.

ABSTRACT: The prosecution assistant, as designed by the Code of Criminal Procedure in the 1940s, did not find shelter in the system inaugurated by the new Brazilian constitutional order, so that the accusatory structure of the criminal procedure, which has the Public Ministry as the holder of the public criminal action, did not leave place for another one to participate, concomitantly, in the active pole of the criminal prosecution. This is stated by the fact that when the victim appears as the protagonist in the figure of the assistant of the accusatory organ, blindly seeking the accused's condemnation, it is a real private revenge, incompatible, obviously, with the guidelines of the Democratic State ruled by law. Added to this is the fact that there is a great chance of the conclusion of the member of the prosecution body is by acquittal, or even by the cleavage of a qualifier or major, finally, inconsistencies between the *Parquet* and the assistant can easily happen, disturbing the accusatory side. Therefore, what will be sought with the work developed in this article is to demonstrate legally why the prosecution assistant was not accepted by the new Constitution, as well as pointing out, from a practical-forensic point of view, the effects that the victim's performance as assistant may cause during the process.

KEYWORDS: Assistant. Indictment. Reception. Public Ministry.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O assistente de acusação no processo penal brasileiro. 2.1. Legitimidade de atuação. 2.2. Atribuições do assistente de acusação no processo penal. 3. Breve histórico da atuação da vítima no processo criminal. 3.1. Aspecto conceitual da vítima e o seu atual papel no processo penal brasileiro como parte e como assistente de acusação. 4. O processo penal e sua relação com a Carta Magna. 4.1. O assistente de acusação e sua não recepção pela Constituição Federal de 1988. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introdução

Não obstante a temática proposta ser pouco enfrentada pela doutrina e, de igual modo, pelos tribunais, a figura do assistente de acusação gera, para alguns estudiosos, grande controvérsia. À vista disso, o objeto do presente artigo gira em torno da não recepção deste instituto previsto no Código de Processo Penal.

Neste sentido, será demonstrado, ao longo deste estudo, que o Código de Processo Penal, elaborado com nítida influência da processualística italiana de Rocco, com viés fascista, diverge em vários pontos das diretrizes alçadas pelo novo Ordenamento Jurídico Constitucional.

Com efeito, a Nova Carta Política trouxe princípios-base de um processo penal democrático e garantista, baseado num sistema processual acusatório, rompendo com a inquisitorialidade.

Tendo por base essa nova realidade jurídica, questiona-se: o assistente de acusação, com todas as suas características, guarda compatibilidade com o processo penal constitucional? Será que a sua presença dentro de um processo traz à vítima maior certeza de justiça?

Dessa maneira, o objetivo do presente estudo centra-se em analisar os fundamentos que indicam a não recepção, pela Constituição de 1988, do assistente de acusação previsto no Código de Processo Penal vigente, identificando-se os impactos da atuação do assistente dentro do processo criminal.

Sendo o Ministério Público exclusivo titular da ação penal pública, rendeu-se ensejo ao fim da vingança privada, já que o Estado, titular do *ius puniendi*, é o único capaz de buscar a punição de um indivíduo que comete um ato criminoso. O Órgão Ministerial, ao menos em tese, segundo os fundamentos básicos trazidos pela Carta Magna, deve ser um órgão imparcial, buscando, se

evidente no caso concreto, até mesmo a absolvição do acusado, diferentemente da postura do assistente de acusação, que buscará a condenação a todo e qualquer preço.

Outro ponto que será discutido neste trabalho é a isonomia processual quando da intervenção do assistente de acusação; se a igualdade entre as partes no processo permanecerá ou não, fazendo-se um paralelo com a nova realidade do processo penal democrático.

Ademais, outro fundamento tratado no presente estudo diz respeito à ação penal privada subsidiária da pública. É cediço que a Constituição trouxe a referida faculdade, de modo que, em caso de eventual inércia do *Parquet*, a vítima ou os demais legitimados poderão figurar no polo ativo do processo, perquirindo a condenação do acusado.

A justificativa deste estudo é desenvolver conhecimento relevante no mundo prático, pois a atuação efetiva da vítima nos autos de um processo criminal pode desequilibrar a relação processual. A metodologia utilizada é dedutiva, por meio de pesquisa bibliográfica e documental, tendo como ponto de partida a leitura analítica dos textos e obras julgados importantes para embasar o arcabouço teórico. Com essas premissas, ao final do trabalho pode-se verificar se o assistente de acusação foi ou não recepcionado em razão da nova ordem constitucional e quais os impactos de sua presença dentro de um processo criminal.

O presente artigo foi dividido em três etapas. Na primeira etapa, será abordada a figura do assistente de acusação no processo penal brasileiro, buscando compreender o que se entende pelo instituto e suas atribuições. A segunda etapa abordará o histórico da vítima no processo penal, a fim de perquirir toda a evolução de sua participação e seu atual papel no processo penal. A terceira e última etapa tratará a relação do processo penal com a Constituição Federal, cuja compreensão possa responder se o assistente de acusação foi ou não recepcionado pelo Ordenamento Constitucional.

Em arremate, serão dedilhadas as considerações finais a respeito da temática versada, considerando as questões levantadas durante a feitura do trabalho, com o propósito de demonstrar a contribuição desta pesquisa para o tema tratado.

2. O assistente de acusação no processo penal brasileiro

Referido instituto encontra-se previsto no art. 268 do CPP, o qual possibilita ao ofendido, ou ao seu representante legal, assumir a posição de assistente do Ministério Público.¹ Segundo as lições de Júnior (2010), o assistente é “parte, mas não principal, pois sua atividade processual é acessória em relação àquela desenvolvida pela parte principal, que é o Ministério Público”.

Sendo a natureza jurídica do assistente parte secundária, contingente, é imperioso ressaltar que sua atuação é limitada e seu exercício supletivo, não abrangendo, obviamente, todos os poderes conferidos ao Ministério Público. Nos termos do art. 271 do Código de Processo Penal, os poderes conferidos ao assistente são:

Ao assistente será permitido propor meios de prova, requerer perguntas às testemunhas, aditar o libelo e os articulados, participar do debate oral e arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público, ou por ele próprio, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598 (BRASIL, 1941).

Vale lembrar que não se permite a intervenção do assistente de acusação na fase de inquérito, sendo sua admissão permitida somente após o recebimento da denúncia, com inclusão autorizada em qualquer fase do processo enquanto não houver o trânsito em julgado. Outro ponto de destaque é que o Órgão Ministerial deverá ser previamente ouvido sobre a admissão do assistente, além do

1 Art. 268. Em todos os termos da ação pública, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no Art. 31.

fato de que este, acaso admitido, receberá o processo no estado em que se encontrar, conforme preconiza o art. 269 do CPP.²

Nos termos do art. 273 do mesmo diploma³, não caberá recurso à decisão que deferir ou não a habilitação do assistente, devendo a parte insurgente impetrar mandado de segurança a fim de discutir a matéria (TJ-RS - MS: 70049967151 RS, Relator: Jaime Piterman, Data de Julgamento: 23/08/2012, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 18/9/2012).

2.1. Legitimidade de atuação

Quanto à legitimidade para atuar como assistente de acusação, o art. 268 do Código de Processo Penal dispõe que deve habilitar-se o ofendido ou o seu representante legal. O dispositivo ainda acrescenta que, em sua falta, poderão atuar como assistente de acusação as pessoas mencionadas no art. 31 do referido diploma processual, quais sejam, cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.⁴

Aqui, uma observação a ser feita. Para que os legitimados atuem como assistentes do *Parquet*, é mister a capacidade postulatória para tal, estando o legitimado representado por um advogado, caso ele não seja um (OLIVEIRA, 2020).

O vocábulo “vítima”, em sentido técnico penal, representa o sujeito passivo da infração penal, ou seja, aquele que sofre as consequências diretas de um ato delituoso. Há, no entanto, infrações penais em que não há ofendido determinado, sendo sujeito

2 Art. 269. O assistente será admitido enquanto não passar em julgado a sentença e receberá a causa no estado em que se achar.

3 Art. 273. Do despacho que admitir, ou não, o assistente, não caberá recurso, devendo, entretanto, constar dos autos o pedido e a decisão.

4 Art. 31. No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou prosseguir na ação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

passivo a própria coletividade; nessas hipóteses, por óbvio, não poderá haver assistência, mesmo que haja algum prejudicado direto com a infração (FILHO, 2010).

Nesta senda, é imprescindível analisar a natureza do delito, a fim de se averiguar a possibilidade da atuação do assistente no decorrer da ação penal, considerando só ser possível a sua atuação em crimes que possuam um ofendido determinado (TÁVORA; ALENCAR, 2012).

Acrescenta, ainda, Vicente Greco Filho:

Por exemplo, no caso de crime de tráfico de entorpecentes, um dos núcleos do tipo é “ministrar”. Alguém foi prejudicado com o ato de ministrar, mas não poderá ingressar como assistente, porque os crimes da lei n.º 11.343/2006 são de perigo contra a saúde pública, sendo sujeito passivo a coletividade (FILHO, 2010).

Portanto, considerando a legislação vigente e, nesse ponto, dissociando-se da real discussão proposta nesse trabalho, é válido afirmar que em delitos, por exemplo, de porte ilegal de armas de fogo (art. 12 da Lei nº 10.826/03), ou até mesmo do já citado tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da lei nº 11.343/06), não é possível cogitar a atuação do assistente do Ministério Público, haja vista que o sujeito passivo nesses crimes é a própria coletividade.⁵

5 Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Art. 12. Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

2.2 Atribuições do assistente de acusação no processo penal

De partida, cumpre ressaltar que o assistente receberá o processo no estado em que se encontrar, conforme determinação do art. 269 do Código de Processo Penal. Outrossim, não se permite a atuação do assistente na fase de inquérito policial; só pode ser admitido após o recebimento da denúncia, em qualquer fase do processo, até o trânsito em julgado da sentença, conclusão a que se chega a partir da leitura conjunta do artigo supracitado com a primeira parte do artigo 268 do mesmo diploma.

Quanto às funções do assistente de acusação, ensina o professor Edilson Mogenout Bonfim, a respeito de, ao menos, quatro correntes diversas que tratam do tema:

- a) Para alguns, o assistente atua como auxiliar da acusação, com vistas à aplicação da lei penal e consequente a condenação do réu.
- b) Para outros, ingressa o assistente como simples informante, carregando aos autos elementos probatórios e requerendo diligências na busca da verdade real.
- c) Um terceiro grupo de autores, por outro lado, entende que o assistente defende um interesse de ordem patrimonial, consistente na indenização do dano *ex delicto*. Tal opinião funda-se na circunstância de que, uma vez acolhida a pretensão acusatória, poderá o assistente ajuizar ação na esfera cível, tendo como título executivo a sentença condenatória.
- d) Finalmente, parcela doutrinária sustenta desempenhar o assistente dupla função: cooperar com o Ministério Público na busca da condenação e, assim agindo, garantir seu interesse quanto à indenização civil. É uma concepção mista do assistente (BONFIM, 2019).

As suas atribuições são indicadas no art. 271 do CPP, autorizando-se ao assistente propor meios de provas, requerer perguntas às testemunhas, aditar o libelo e os articulados, participar do debate oral e arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público, ou por ele próprio, nos casos indicados pelos arts. 584, § 1º, e 598 do CPP.⁶

6 § 1º Ao recurso interposto de sentença de impronúncia ou no caso do no VIII do art.

De suma importância, a lição trazida pelo professor Júnior (2021), que assevera “Em suma: não pode o assistente de acusação arrolar testemunhas, exceto nos processos por crime de competência do Tribunal do Júri, em que poderá arrolar testemunhas, desde que, somada ao rol do MP, não exceda o limite legal”.

Destarte, com a exceção trazida acima, o eminente professor defende a impossibilidade de o assistente arrolar testemunhas, já que o momento processual para a realização deste ato já passou, considerando-se que ele somente pode atuar após o recebimento da denúncia (LOPES JÚNIOR, 2021).

No tocante aos recursos, destaca-se que é uma faculdade do assistente de acusação em recorrer das decisões judiciais. Vale destacar a edição de três súmulas editadas pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema:

Súmula 208 do Supremo Tribunal Federal: O assistente do Ministério Público não pode recorrer, extraordinariamente, de decisão concessiva de *habeas corpus*.

Súmula 210 do Supremo Tribunal Federal: O assistente do Ministério Público pode recorrer, inclusive extraordinariamente, na ação penal, nos casos dos arts. 584, §1º, e 598 do Código de Processo Penal.

Súmula 448 do Supremo Tribunal Federal: O prazo para o assistente recorrer, supletivamente, começa a correr imediatamente após o transcurso do prazo para o Ministério Público.

Por derradeiro, há na doutrina uma forte discussão sobre a possibilidade do assistente de acusação interpor recurso de apelação

581, aplicar-se-á o disposto nos arts. 596 e 598.

Art. 598. Nos crimes de competência do Tribunal do Júri, ou do juiz singular, se da sentença não for interposta apelação pelo Ministério Público no prazo legal, o ofendido ou qualquer das pessoas enumeradas no art. 31, ainda que não se tenha habilitado como assistente, poderá interpor apelação, que não terá, porém, efeito suspensivo.

com o fim de majorar a pena do réu. Nessa senda, Vicente Greco Filho argumenta que:

[...] quem reduz o interesse do assistente de acusação à reparação civil exclui a possibilidade, porque a quantidade de pena não interfere na responsabilidade civil, uma vez que já houve condenação. Todavia, ainda que o assistente intervenha, também, com a finalidade de colaboração com a justiça, a quantidade de pena não lhe concerne. Trata-se de aplicação puramente técnica e de interesse público, encontrando-se atividade de colaboração com a justiça esgotada com a condenação. Só o Ministério Público pode recorrer da quantidade de pena ou concessão de benefício penal (FILHO, 2010).

Como se viu, a figura do assistente gera tumultuosos debates entre os doutrinadores, demonstrando sua nítida inconsistência com o processo penal constitucional, sendo mais uma das razões pelas quais se sustenta sua não recepção pela nova ordem constitucional.

3. Breve histórico da atuação da vítima no processo criminal

Ao longo tempo, o papel da vítima no processo penal sofreu consideráveis mudanças. Na antiguidade, por exemplo, viveu-se o que posteriormente foi denominado de “Idade de Ouro”, período em que o ofendido era o grande protagonista.

Neste período, vigorou o sistema da vingança privada, em que era dada ao ofendido a chance de retribuir, na mesma moeda, o mal a ele causado. As primeiras codificações de que se tem conhecimento, notadamente, o famoso Código de Hamurabi, a Lei das XII Tábuas, bem como o Código de Manu, segundo Bitencourt (2019), impeliram um “tratamento igualitário entre autor e vítima”, tendo em vista que estabeleceram um marco de proporcionalidade entre a conduta do acusado e a pena imposta pela vítima.

A transição da idade de ouro para a fase de neutralidade teve seu início no direito canônico com a consequente admissão do sistema inquisitorial no processo penal (OLIVEIRA, 1999). Neste novo cenário, a vítima passa de uma figura central do processo para mera coadjuvante, alçando o Estado à condição de titular do *ius puniendi*, que passa a deter o domínio da persecução penal, extinguindo-se, portanto, a vingança privada. Até mesmo a concepção de delito se altera neste momento, de modo a ser concebido não mais como um dano individual, mas coletivo, social (OLIVEIRA, 1999).

Neste aspecto, a principal razão para este distanciamento da vítima no processo penal, àquela época, seria o senso de vingança que a motivava (JORGE, 2005). Com a readequação do papel do ofendido dentro do processo, a punição do autor do fato delituoso deixa de ser uma mera vingança privada para ser uma verdadeira vingança social. Desse modo, segundo Jorge (2005), “a parcialidade e a intenção de vingança permaneciam, só que desta vez exercidas pelos legitimados publicamente para tal”.

Posteriormente, com o Iluminismo e a Revolução Francesa, o processo penal teve grande influência do princípio da dignidade humana, com o viés cada vez maior da humanização na aplicação das penas. Neste segmento, a vítima, outrora “esquecida”, volta a ser comentada após a Segunda Guerra Mundial, com os estudos da vitimologia e criminologia.

A propósito, leciona Ana Sofia Oliveira Schmidt Oliveira:

A ideia de que a vítima deseja vingança, deseja o sofrimento daquele que a fez sofrer, gera uma expectativa de neutralização da vítima a fim de que não se converta, ela própria, em autora de um crime através de uma reação passional. Nesse aspecto, a vítima é vista como uma ameaça aos direitos humanos, pois pode responder à violência com violência. É possível que o afastamento da vítima, na criminologia, deva-se à incorporação de uma

justificativa mais adequada à ciência do direito penal: a neutralização da vítima seria a maneira de neutralizar também a cadeia da violência ou da vingança (OLIVEIRA, 1999).

Dessarte, a análise do papel da vítima deve ser feita levando-se em consideração as diretrizes de um processo constitucional democrático.

3.1. Aspecto conceitual da vítima e o seu atual papel no processo penal brasileiro como parte e como assistente de acusação

A origem histórica do vocábulo “vítima” possui respaldo religioso, relacionando-se ao sacrifício de um animal ou até mesmo de uma pessoa. Entretanto, na contemporaneidade, o termo é utilizado para referir-se àquele que experimenta as consequências de determinado ato, fato ou até mesmo um acidente (BITTENCOURT, 1987).

Por sua vez, para a ciência jurídica, vítima é todo aquele ou aquela que sofre uma lesão ou ameaça de lesão a um bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico. Para fins do presente estudo, entende-se como vítima aquela que sofre um injusto ocasionado pela violação de uma norma penal.

Em se tratando da seara penal, o sujeito passivo classifica-se como o legítimo titular do bem jurídico lesionado, podendo ser, dependendo da situação apresentada pelo caso concreto, pessoa física, jurídica, a coletividade ou o próprio ente estatal.

Sob o viés formal, o Estado sempre será o sujeito passivo mediato, ou também chamado “constante”, pois sempre a conduta delituosa atingirá a ordem social. Quanto ao aspecto material, o sujeito passivo será aquele diretamente atingido pela ação criminosa, ou seja, será o titular do bem jurídico violado (BITTENCOURT, 2019).

Conforme discutido anteriormente, o Estado assumiu a titularidade exclusiva do *ius puniendi* buscando dar fim à vingança privada, consagrando ao acusado diversos direitos e garantias fundamentais assegurados pela Carta Magna de 1988. Assim, ao aplicar uma pena a determinado autor de uma conduta criminoso, o Estado deve obedecer às diretrizes do devido processo legal.

Neste vértice, a vítima passa a ocupar diferentes papéis dentro do processo penal, ora figurando como parte autora da ação penal nas situações que admitem a ação penal privada, apresentando a queixa-crime, ora ofertando representação para que o Estado, na figura do Ministério Público, possa atuar na persecução penal, bem como pode também a vítima ocupar a condição de assistente de acusação. A ação penal privada constitui verdadeira exceção à regra da ação penal pública, devendo as hipóteses estarem expressamente previstas em lei.

Há, na doutrina, inclusive, posicionamentos contrários quanto à manutenção da ação penal privada no ordenamento jurídico pátrio, sob o argumento de ser verdadeiro resquício da vingança privada (BITENCOURT, 2019).

Quanto às ações penais, tem-se que a ação penal subsidiária da pública encontra previsão constitucional estampada no art. 5º, inciso LIX, da Constituição Federal de 1988.⁷ É utilizada diante da inércia do titular da ação penal – o Ministério Público – em oferecer a denúncia, requerer diligências, ou promover o arquivamento do inquérito policial. Nessa situação, o ofendido poderá dar início à persecução penal por meio da queixa-crime, devendo-se observar o prazo decadencial de 06 (seis) meses a partir do término do prazo para o *Parquet*.

Cumprido destacar que a referida ação penal não ostenta a natureza jurídica de ação penal privada propriamente dita, além do

7 LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;

fato de o Ministério Público poder aditar a queixa a qualquer momento, oferecer denúncia substitutiva, requer diligências, produzir provas, além de poder praticar qualquer ato que dê andamento ao processo.

No que tange à ação penal condicionada à representação, seu início fica sujeito ao atendimento de uma condição de procedibilidade para que, só então, possa o Ministério Público conferir andamento ao feito. Tal condição se aperfeiçoa quando a vítima ou o seu representante legal manifesta a vontade de ver o autor do fato ser responsabilizado criminalmente. Nos crimes que admitem a representação, o ofendido poderá, de igual forma, atuar como assistente de acusação.

Finalmente, cumpre esclarecer que a ação penal pública incondicionada é a regra na seara penal brasileira, e sua titularidade é conferida ao Ministério Público, conforme preconiza o art. 129, I, da CF, de cujo procedimento a vítima poderá participar somente na condição de assistente de acusação, conforme se verá.⁸

4. O processo penal e sua relação com a Carta Magna

O processo penal tal como se conhece deve ser interpretado conforme os preceitos mínimos traçados pela Constituição, considerando que esta traz, em seu bojo, normas gerais que devem ser aplicadas ao processo.

Diante de tal premissa, é mister ressaltar que o Código de Processo Penal vigente passou a vigorar nos idos de 1941, há mais de 40 anos antes da vigência da atual Carta Magna. Em razão disso, e por sofrer influências de um regime político e jurídico diferentes, é certo a eventual incompatibilidade em alguns pontos entre os diplomas.

8 I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

O Código de Processo Penal foi elaborado com clara inspiração na legislação italiana vigente na década de 1930, com viés nitidamente inquisitório e fascista (OLIVEIRA, 2020). Entretanto, após a ocorrência das duas grandes guerras mundiais, houve uma tendência entre os países em assumirem compromissos internacionais os quais impunham o reconhecimento de direitos básicos aos indivíduos (FERNANDES, 2012).

Com efeito, em razão dessa influência cada vez maior dos direitos fundamentais dentro do processo penal, gerou uma dissociação do modelo clássico do sistema processual inquisitivo, para um modelo garantidor dos direitos do acusado.

Conforme Antônio Scarance Fernandes:

Na evolução do relacionamento indivíduo-Estado, sentiu-se a necessidade de normas que garantissem os direitos fundamentais do ser humano contra o forte poder estatal intervencionista. Para isso, os países inseriram em suas Constituições regras de cunho garantista, que impõe ao Estado e a própria sociedade o respeito aos direitos individuais (FERNANDES, 2012).

Em que pese tais mudanças ocorridas na estrutura processual em razão de compromissos internacionais firmados entre diversos países, fato é que o Código de Processo Penal vigente ostenta inúmeros traços de inquisitorialidade e autoritarismo, considerando que o referido *Códex* foi entabulado conforme as diretrizes do Código Rocco Italiano.

A seu tempo, com a vigência da Novel Carta Magna, houve a instituição de um sistema com amplas garantias individuais, que influenciaram, com maior rigor, as normas processuais penais, as quais serviriam como um instrumento de proteção ao acusado.

Nesse sentido, acrescenta a doutrina:

A nova ordem constitucional passou a exigir que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo de

aplicação da lei penal, mas, além e mais que isso, que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado (OLIVEIRA, 2020).

Ademais, o escólio de Aury Lopes Júnior:

Nesse viés, insere-se a finalidade constitucional-garantidora da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais, em especial da liberdade individual. Ademais, a Constituição, constituiu, logo, necessariamente, orienta a instrumentalidade do processo penal (LOPES JÚNIOR, 2010).

Com efeito, é válido afirmar que a Carta Magna estabeleceu um sistema de paridade de armas no processo penal, tendo em vista que é cediço que o Estado possui posição favorável na relação jurídica processual, já que os elementos probatórios que dão azo à condenação de um acusado estão à sua pronta disposição, sendo nítida a desvantagem do réu desde o introito do processo.

Nesse sentido, é clarividente que a Constituição Cidadã rompeu com o sistema de inquisitorialidade antes predominante. Entretanto, para que haja um sistema processual compatível com os ditames constitucionais, muitas incongruências entre a ordem constitucional e o processo penal deverão ser ajustadas, sendo uma delas relacionada ao assistente de acusação, conforme será expendido.

4.1. O assistente de acusação e sua não recepção pela Constituição Federal de 1988

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, nitidamente garantista, houve um rompimento de muitos institutos infralegais construídos anteriormente e que não guardavam compatibilidade com o novo diploma constitucional que passou a vigorar.

Isso porque, conforme preceitua o art. 129, I, da Constituição Federal, incumbe de modo privativo, ao Ministério Público, pro-

mover a ação penal pública: “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”.

Diante disso, verifica-se que o poder constituinte outorgou ao *Parquet* a exclusividade, o monopólio da ação pública, não tendo lugar para que o ofendido possa atuar no processo.

Ressalta-se que as diretrizes de um processo penal democrático não se coadunam com o assistente de acusação, tendo em vista que a sua presença dará ensejo a uma acusação tendenciosa, considerando que por mais que o Ministério Público seja o órgão que promova a ação penal, sua atuação deve se dar de modo imparcial, podendo concluir, inclusive, pela absolvição do acusado, fato que não se vislumbra com a atuação do assistente (VIDOTTO, 2017).

Em que pese a maioria da doutrina e da jurisprudência não encarar o tema de modo controvertido, uma parcela, ainda que minoritária, defende a não recepção do assistente em nosso ordenamento jurídico.

A propósito, o magistério de Lênio Luiz Streck:

A própria discussão, que se desenvolve há alguns anos no Brasil, sobre a natureza do assistente de acusação, não tem mais sentido. Dito de outro modo: a polêmica a respeito de ser a figura do assistente um auxiliar da acusação (Frederico Marques) ou deste ter a função de procurar defender seu interesse na indenização do dano ‘ex delicto’ (Tourinho Filho) teve lugar no âmbito de ordens constitucionais totalmente diferentes da atual. Destarte no momento em que uma nova ordem constitucional rompe com os resquícios da privatização do processo penal, cometendo ao Ministério Público o monopólio da ação penal pública, toda a legislação anterior, com ela incompatível, automaticamente está derogada. Do mesmo modo, a discussão doutrinária, forjada no bojo do sistema anterior, fica sem efeito (STRECK, 1992).

Um dos principais argumentos de que os doutrinadores se valem para defender a ideia da incompatibilidade do assistente é que o

processo penal com a vigência da Carta Política de 1988 sofreu uma enorme guinada, com a instauração do sistema acusatório, reforçado ainda mais pela entrada em vigor da Lei nº 13.964/19, que adicionou o art. 3-A ao Código de Processo Penal, adotando, de modo expresso o mencionado sistema, perdendo lugar, portanto, o antigo sistema inquisitório, em que predominava a vingança privada.⁹

A propósito, importante mencionar que a vingança privada teve seu início quando o mundo ainda era dividido em tribos, sendo que, quando um clã praticava um crime em relação ao outro, este se vingava, praticando todo ato de atrocidade que se possa imaginar (BITENCOURT, 2002).

Para chegar ao sistema atual, passou-se por diversos sistemas processuais penais, como, por exemplo, a Lei de Talião, que preconizava o conhecido brocardo “olho por olho, dente por dente”, sistemática que fora adotada pelo Código de Hamurabi.

No Brasil, após 1988, o sistema processual deixa de ser o inquisitório para ser o acusatório, implicando dizer que antes não só a vingança privada era de clara presença, assim como também verificava-se a figura de um juiz eminentemente parcial, que exercia nítida influência na produção probatória. Além dessas características, acrescentam-se os métodos desumanos de interrogatório anteriormente utilizados (VIDOTTO, 2017).

Com efeito, tais institutos que maculavam a processualística criminal não foram recepcionados pelo novo ordenamento constitucional, entretanto, o assistente de acusação foi um dos únicos que ainda nos dias atuais gera entre os operadores do direito certa divergência, conforme se expõe.

9 Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

O texto maior disciplina que incumbe ao Ministério Público promover privativamente a ação penal pública, ostentando, pois, a qualidade de *dominus litis*, estando vedados determinados institutos jurídicos, tais como a figura do promotor *ad hoc*, a ação penal pública *ex officio* e o assistente de acusação (LIMA, 2000).

A respeito do assistente de acusação e sua pertinência, aponta Streck (1992): “A manutenção dos artigos 268 e seguintes do Código de Processo Penal caminha na esteira da admissão, pelo sistema jurídico, de uma acusação sistemática, descompromissada com os interesses da sociedade.”

Outro argumento acerca da não recepção do assistente é que este afrontaria a isonomia processual entre a acusação e a defesa. Sob esse prisma, havendo no polo ativo tanto o Órgão Ministerial como o assistente de acusação, é iniludível que a acusação terá um conjunto probatório muito mais robusto e consistente para comprovar as suas alegações, aliado ao fato de que estas ostentarão de igual maneira maior credibilidade.

Com efeito, essa latente desigualdade entre as partes que desrespeita a isonomia processual golpeia, semelhantemente, o princípio do devido processo legal (BANDEIRA DE MELLO, 2017).

Nessa vereda, considerando que o processo penal é um instrumento garantidor dos interesses indisponíveis dos indivíduos, e que esse encargo recai ao Ministério Público por excelência, não há motivos para que o particular, na figura do ofendido ou dos demais legitimados, atuem no processo como assistentes, pois já se tem a seara cível responsável pela resolução de conflitos de interesse disponíveis, em que o ofendido pode buscar a reparação dos danos sofridos, sendo este o seu principal intento quando atua no processo penal.

Salienta-se, ainda, que a figura do assistente de acusação é um resquício inequívoco da privatização do processo, sendo esta en-

tendida como verdadeiro movimento político criminal em que a vítima ocupa posição de destaque na relação jurídica processual, figurando no polo ativo da ação penal, sendo a ela possibilitado o exercício da vingança por meio do instrumento que é o processo (LIMA, 2000).

Nas lições de Rodolfo Bettiol e Giuseppe Bettiol:

Um alargamento das possibilidades e faculdades da vítima viria, na verdade, a subordinar todo processo penal a uma exigência de vantagens individuais, quando o indivíduo lesado dispõe de outras vias destinadas a obter o reconhecimento de suas pretensões. Não se pode ver na parte civil o titular de uma acusação privada, de modo a reconhecer-lhe a legitimidade de se substituir ao Ministério Público em matéria de recursos. Isto implicaria um alargamento inconcebível de faculdades e uma degradação do processo, de portador da justiça a simples instrumento de tutela de interesses privados (BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, 2008).

É por meio da persecução penal que se busca a condenação do indivíduo, e da execução penal, momento em que o condenado cumpre a pena, que o Estado ostenta o direito de processar o transgressor, de julgá-lo e exigir que o mesmo cumpra a repri-menda imposta. Mencionado sistema é caracterizado pelo que se denomina de Estado Democrático de Direito, garantidor do equilíbrio processual entre a acusação e defesa (JARDIM, 2005).

Em outras palavras, aceitar a vítima como assistente de acusação é admitir, ainda que reflexamente, a vingança privada, tendo em vista que o propósito desta é justamente o júbilo do prazer da vingança pelo ato criminoso perpetrado.

A seu turno, realizando-se uma análise do contexto histórico social no Brasil, no qual o Código de Processo Penal foi inserido, denota-se de forma cristalina o intento do legislador em buscar a reparação econômica da vítima pelos danos sofridos em razão do delito praticado.

Entretanto, após a vigência da atual Constituição, e com todos os princípios em seu texto consagrados, verifica-se que a vingança privada perdeu seu lugar tornando-se, consequentemente, inadmissível a atuação do assistente de acusação por coerência lógica.

Chama-se atenção para o fato de que na maioria dos países europeus somente em situações excepcionais a intervenção de particulares juntamente com o *Parquet* no processo penal é admitida, sendo que tal intervenção é limitada às ações cíveis que buscam a reparação dos danos (DIAS, 2004).

Segundo o magistério de Lênio Streck:

Não se pode admitir, no momento em que se caminha mais e mais em direção ao Direito Público um retrocesso que sustente aspectos privados no processo penal. A figura do assistente de acusação é condizente com um direito liberal-individualista, de cunho ordenador, instituído em dado momento histórico (STRECK, 2001).

Ademais disso, segundo o mesmo autor (2001) “a manutenção da figura do assistente de acusação reforça a antiga tese – que deve ser combatida – do ‘direito penal do autor’, em detrimento do ‘direito penal do fato’”.

Aramis Nassif, dissertando sobre a atuação do assistente de acusação no Tribunal do Júri, ensina:

Certamente, a jurisprudência nacional, ainda que relutante, saberá expurgar do sistema jurídico brasileiro a figura do assistente de acusação, eis que seu malefício destaca-se no Tribunal do Júri, onde, até mesmo, em constrangedora colisão com o pensamento do Ministério Público, sua atuação patrocinada pela família da vítima, obriga-o a acusar, numa estranha e triste similitude com o princípio da obrigatoriedade defensiva, gerando lamentável perplexo no Conselho de Defesa (NASSIF, 1996).

Destaca-se outro argumento de suma relevância acerca da não recepção do assistente de acusação após a vigência da atual Carta Política. Mencionado argumento encontra guarida no instituto da ação penal privada subsidiária da pública, prevista no art. 5º, inciso LIX, da CF, e no art. 29 do Código de Processo Penal.¹⁰

A supramencionada ação penal foi prevista na Constituição Federal de 1988, alçada a qualidade de direito fundamental da pessoa, sendo usada somente nas hipóteses de o membro do Ministério Público quedar-se inerte (JARDIM, 2005).

A par disso, a previsão da ação penal privada subsidiária da pública, no texto maior, ampara ainda mais a não recepção do assistente de acusação pelo novel ordenamento constitucional, tendo em vista que o seu *status* constitucional revoga qualquer lei infraconstitucional que permita qualquer tipo de mitigação/limitação ao exercício da ação penal pública pelo Órgão Ministerial. Cumpre destacar, inclusive, que, por ser cláusula pétrea, a mencionada regra não pode sofrer alteração por emenda constitucional. Ademais, a referida ação penal é a única ressalva presente no processo penal brasileiro (BONAVIDES, 2019).

Em arremete às ponderações doutrinárias que circundam a temática proposta, tem-se que a atuação do assistente de acusação configura clara hipótese de afronta ao princípio do contraditório, considerando que não se oportuniza ao *Parquet* ou à defesa do acusado a possibilidade de influenciar na decisão do magistrado no tocante à admissão ou rejeição do assistente, sendo um poder arbitrário do julgador.

10 LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;

Art. 29. Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.

Nessa linha de raciocínio, ensina Tourinho Filho (2007) “Após a audiência do Ministério Público, seja qual for seu parecer, cumprirá ao Juiz dar o seu despacho, admitindo ou não a intervenção do assistente. É o juiz o árbitro da admissão”.

Nesta senda, o princípio do contraditório materializa-se com o diálogo entre a acusação, defesa e o julgador, consubstanciado na possibilidade do réu de refutar/contestar e manifestar em todas as fases do processo penal (DIAS, 2004).

Em síntese, quando não é dada ao acusado a possibilidade de se insurgir da admissão do assistente de acusação, além da ofensa ao já comentado princípio do contraditório, deduz-se a clara subordinação da Constituição Federal ao Código de Processo Penal (BATISTA, 2010).

No que tange à jurisprudência, não obstante a predominância no sentido da recepção do assistente de acusação, há, ainda que poucos, julgados isolados da região sul do Brasil que exararam decisões na contramão do pensamento dominante.

Nesse vértice, os julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que rechaçaram o assistente trazem como argumentação o fato de que a participação da vítima no processo penal suplementa a ideia de justiça retributiva, ou seja, paga-se o mal com o mal (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Criminal nº 70009016981. 5ª Câmara Criminal. Relator: Des. Amilton Bueno de Carvalho. Julgado em 03/08/2004).

Além disso, o referido tribunal traz o argumento outrora defendido neste trabalho, de que o Estado assumiu o monopólio do *ius puniendi*, pondo fim à ideia da dominação do mais forte.

Para fins de destaque, o excerto abaixo realça bem o que se propõe com o presente estudo:

PROCESSUAL PENAL. APELO DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. ILEGITIMIDADE POSTULATÓRIA. AUSÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO. NÃO RECEPÇÃO.

1. Com a superação da vingança privada, o Estado, como reserva ética, assume a condição de “ofendido” e cala a vítima. Trata-se de conquista da civilização porque o punir assume sua condição de racionalidade, afastando as ambições menos nobres daquele que sofre o crime diretamente, via de regra permeadas pela emotividade e pelo sentimento de busca de punição a qualquer preço. 2. O Direito Penal, enquanto ramo do Direito Público, não comporta a participação da vítima para a busca da consagração de seus interesses privados (recomposição dos danos sofridos) que, por certo, são merecedores da proteção do Estado, mas no local próprio, qual seja, o juízo cível. 3. A Constituição Federal admite a intervenção da vítima no processo penal somente através da ação penal privada subsidiária da pública (art. 5º, LIX, da CF), nos casos de inércia do órgão ministerial – única exceção prevista à acusatoriedade exclusivamente pública –, hipótese diversa da retratada nestes autos. Não conheceram do apelo. UNÂNIME. (APELAÇÃO CRIME Nº 70013178421, QUINTA CÂMARA CRIMINAL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, RELATOR: AMILTON BUENO DE CARVALHO, JULGADO EM 30/11/2005).

Vale comentar que os demais argumentos sustentados pelo Tribunal citado são justamente no sentido da privatização do processo penal, tendo em vista que admitir a vítima como assistente significa dar a ela a possibilidade de perquirir a reparação dos danos, o que somente deve ocorrer em âmbito cível.

Além deste fato, reforçando as ponderações doutrinárias expendidas anteriormente, o TJRS assevera que a Constituição vigente já trouxe a possibilidade de intervenção da vítima em caso de inércia do Ministério Público, valendo-se da ação penal subsidiária da pública, sublinhando o que o autor Bonavides havia dito, no sentido de ser a única exceção prevista para a atuação do ofendido na ação penal de natureza pública.

Em contraponto, a título de curiosidade, destaca-se a existência de interessante julgado também no Estado do Rio Grande do Sul que admitiu o assistente de acusação no incêndio da Boate

Kiss, em que a 1^o Câmara Criminal do referido Tribunal, admitiu a habilitação de assistente de acusação com o fim de representar 242 vítimas do evento, admissão essa feita por analogia (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Correição Parcial n^o 70054289947. 1^a Câmara Criminal. Relator: Des. Manuel José Martinez Lucas. Julgado em 23/5/2013).

Em arremate, cumpre ressaltar que nem o Superior Tribunal de Justiça e, tampouco, o Supremo Tribunal Federal, pronunciaram-se sobre o tema. Como se viu, o único Tribunal de Justiça a emitir julgados ainda que esparsos sobre a controvérsia do assistente de acusação, foi o do Estado do Rio Grande do Sul, sendo necessário que se aguarde um futuro pronunciamento dos tribunais superiores.

5. Conclusão

Ao longo do trabalho, percebe-se a escassez de material doutrinário e jurisprudencial acerca da recepção do assistente de acusação. Entretanto, quando se analisa o referido instituto à luz da Carta Magna, vislumbra-se quão aprofundado o debate pode ser, tendo em vista a amplitude dos desdobramentos tanto teóricos quanto práticos.

Em que pese a pobreza de material jurídico, fato é que na atualidade o tema é controvertido, haja vista a robustez dos argumentos esposados neste trabalho que foram apresentados pelos doutrinadores que enfrentaram a discussão sustentando a não recepção do assistente.

Conforme os argumentos apresentados, verificou-se a nítida afronta ao sistema acusatório instituído pela Constituição vigente, pelo fato de o assistente de acusação fazer parte de um processo inquisitivo, em que a vítima é a grande protagonista da relação processual, buscando a condenação do réu para saciar seu desejo de vingança.

A esse respeito, também foi discutida a privatização do processo penal quando da atuação da vítima de modo a buscar interesses particulares quando, em verdade, deve-se buscar, por meio da atuação estatal, a punição do acusado de modo imparcial, obedecendo-se as regras do jogo.

Nesse diapasão, outro argumento sustentado refere-se à ausência de equilíbrio na relação processual, isso porque além do Ministério Público ocupar o polo ativo, tem-se a atuação conjunta do assistente que busca de modo parcial a condenação do acusado, implicando a desproporcionalidade da paridade de armas no processo.

Por mais que a vítima mereça, sim, especial atenção por parte do Estado, a privatização do processo penal não é a maneira mais adequada para que isso se concretize, tendo outras áreas do direito, a exemplo do cível, que serão a via adequada para cuidar de eventual reparação de danos.

Por fim, não obstante o pensamento contrário, fato é que a assistência à acusação não foi recepcionada, conforme as razões aviadas, de forma que o processo penal não pode consagrar meios para a salvaguarda de direitos de natureza pessoal, sob pena de nítido retrocesso à vingança privada.

6. Referências

ALENCAR, Rosmar Rodrigues e; TAVORA, Nestor. *Curso de direito processual penal*. 6ª. ed. Rev. ampl. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012.

AQUINO, José Carlos G Xavier de; NALINI, José Renato. *Manual de Processo Penal*. 5ª ed. São Paulo: IASP, 2016.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 20ª ed. São Paulo: Verbatim, 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BATISTA, Eugênio Raúl Nilo ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*: 1 vol. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. *Instituições de Direito e Processo Penal*. 1ª ed. São Paulo: Pillares, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 1.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Vítima*. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1987.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BONFIM, Edilson Mogenout. *Curso de Processo Penal*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 de jul. 2021.

BRASIL. *Decreto-Lei n.º 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República. [1941]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 13 jul. 2021.

BRASIL. *Lei n.º 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República. [2019]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 14 jul. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Súmula n.º 208*, de 13 de dezembro de 1963.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Súmula n.º 210*, de 13 de dezembro de 1963.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Súmula n.º 448*, de 1º de outubro de 1964.

DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Processual Penal*. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FILHO, Vicente Greco. *Manual de processo penal*. 8ª ed. e amp. São Paulo: Saraiva, 2010.

JARDIM, Afrânio Silva. *Ação Penal Pública – Princípio da Obrigatoriedade*. 5ª ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 11ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LIMA, Marcellus Polastri. *Temas Controvertidos de Direito e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

LIMA, Marcellus Polastri. *Ministério Público e Persecução Criminal*. 2ª ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. v. 1. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MACHADO, Antônio Alberto. *Processo penal*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 36ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.

NASSIF, Aramis. *Júri – Instrumento de Soberania Popular*. rev. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt. *A vítima e o Direito Penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.

JORGE, Alline Pedra. *Em Busca da Satisfação dos Interesses da Vítima Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 43ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

STRECK, Lênio Luiz. *Tribunal do Júri – Símbolos e Rituais*. 4ª ed. rev. mod. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. A inconstitucionalidade do Assistente de Acusação no Processo Penal em face da Constituição de 1988, IX congresso do Ministério Público. Salvador: Livro de Teses, Tomo II, 1992.

TJRS. Apelação criminal nº 70009016981, 5ª Câmara Criminal. Relator: Des. Amílton Bueno de Carvalho. Julgado em 03/08/2004. JusBrasil, 2004. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5562417/apelacao-crime-acr-70009016981-rs/inteiro-teor-101917339>>. Acesso em: 13 jul. 2021.

TJRS. Correição Parcial nº 70054289947, 1ª Câmara Criminal. Relator: Des. Manuel José Martinez Lucas. Julgado em 23/05/2013. JusBrasil, 2013. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112850157/correicao-parcial-cor-70054289947-rs>>. Acesso em: 13 jul. 2021.

TJ-RS. Mandado de segurança nº 70049967151, 2ª Câmara Criminal. Relator: Des. Jaime Piterman. Data de Julgamento: 23/08/2012. Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 18/09/2012. JusBrasil, 2012. Disponível em: < <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22393450/mandado-de-seguranc-a-ms-70049967151-rs-tjrs/inteiro-teor-110670873>>. Acesso em: 10 jul. 2021.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

VIDOTTO, Guilherme Santos. *O Assistente de Acusação à Luz da Constituição de 1988*. Jus. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/58991/o-assistente-de-acusacao-a-luz-da-constituicao-federal-de-1988>>. Acesso em: 7 jul. 2021.

Artigo recebido em 31/03/2023.

Artigo aprovado em 14/07/2023.

DOI: 10.59303/dejure.v22i40.495

44 - 70

Artigo

**DIREITO, LIBERDADE INDIVIDUAL E O
LOUCO: A INOPERÂNCIA DAS
MEDIDAS DE SEGURANÇA EM FACE DA
LEI ANTIMANICOMIAL**

DOUGLAS DE MORAIS SILVA
HAMILTON DA CUNHA IRIBURE JÚNIOR

DIREITO, LIBERDADE INDIVIDUAL E O LOUCO: A INOPERÂNCIA DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA EM FACE DA LEI ANTIMANICOMIAL

LAW, INDIVIDUAL LIBERTY AND THE CRAZY: THE INOPERANCE OF
SECURITY MEASURES IN THE FACE OF THE ANTI-MANICOMIAL LAW

DOUGLAS DE MORAIS SILVA

Mestrando em Direito

Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre/Brasil

douglasmorais907@gmail.com

HAMILTON DA CUNHA IRIBURE JÚNIOR

Doutorado em Direito

Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre/Brasil

<http://lattes.cnpq.br/9009611714454221>

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Breve digressão histórica sobre os loucos e os manicômios no Brasil. 2.1. Quem é o louco na seara criminal jurídica?; 2.2 A instituição de manicômios judiciais no Brasil. 3. Sistema penal de Medida de Segurança. 4. Loucura e Direito Penal; 4.1 Lei de reforma psiquiátrica ou antimanicomial; 4.2. Vedação absoluta à internação manicomial do louco em observância ao direito à liberdade individual; 5. Conclusão; 6. Referências.

RESUMO: A disciplina *Horizontalização dos Direitos Fundamentais* analisa, com viés hipotético-dedutivo, de que forma as medidas de segurança inoperam em face das disposições da Lei Antimanicomial e provocam redução de acesso a políticas públicas de pessoas em condições de sanidade mental permanentemente comprometida. Analisa, ainda, de que forma essa redução traz impactos à liberdade individual. Contudo, a aplicação da medida de segurança deve ser abolida porque, além de ilegal e inconstitucional, gera um tratamento distinto e nada igualitário entre as pessoas com transtornos mentais que cometem crimes.

PALAVRAS-CHAVE: Direito e loucura; liberdade individual; Lei Antimanicomial.

ABSTRACT: The discipline Horizontalization of Fundamental Rights analyzes, with a hypothetical-deductive bias, how security measures do not operate in the face of the provisions of the Anti-Asylum Law and cause reduced access to public policies for people in conditions of permanently compromised mental health. It also analyzes how this reduction impacts individual freedom. However, the application of the security measure must be abolished, because in addition to being illegal and unconstitutional, it generates a different and not egalitarian treatment between people with mental disorders who commit crimes.

KEYWORDS: Law and madness; individual freedom; Anti-Asylum Law.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Breve digressão histórica sobre os loucos e os manicômios judiciais no Brasil. 2.1. Quem é o louco na seara criminal brasileira? 2.2. A instituição de manicômios judiciais no Brasil. 3. Sistema penal de medidas de segurança. 4. Loucura e direito penal. 4.1. Lei de reforma psiquiátrica ou antimanicomial. 4.2. Vedação absoluta à internação manicomial do louco em observância ao direito à liberdade individual. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introdução

O artigo 26 do Código Penal brasileiro (BRASIL, 1940) dispõe sobre a pessoa inimputável por doença mental, atribuindo-lhe a natureza de causa excludente da culpabilidade do réu. Nos termos do dispositivo, todo aquele que, ao tempo da prática do delito e em decorrência de enfermidade mental, houver sido totalmente incapaz de compreender a ilicitude do seu ato ou de se orientar conforme a lei, torna-se isento de pena, devendo cumprir medida de segurança, consubstanciada em internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico por tempo indeterminado, ou tratamento ambulatorial, até que se diagnostique, por meio de perícia psiquiátrica específica, a cessação do estado de periculosidade do agente, entendido, grosso modo, como juízo de presunção de delinquência futura.

De acordo com o discurso jurídico inerente a essa regra penal, a condição de doente mental irresponsabiliza o indivíduo de responder por seus atos. Em vez de penalizá-lo, o Estado, por meio da medida de segurança, assume a sua tutela/custódia. Porém, esse viés protetivo mascara a finalidade estratégica de a referida medida neutralizar o perigo representado pela loucura e pelo crime, legitimada por saberes médico-jurídicos que integram o dispositivo, entendido como “o conjunto de saberes, instituições, legislações, práticas profissionais e preconceitos que sustenta a loucura como um mal a ser combatido” (MALCHER, 2018, p. 160).

A Constituição brasileira (BRASIL, 1988) e a Lei Federal 10.216 (BRASIL, 2001), de um lado, asseguram que indivíduos como os atendidos nos hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico (HCTs) tenham os seus direitos e a sua dignidade resguardados. De outro lado, a triste realidade retratada na precariedade dessas instituições e a absoluta falta de tratamento adequado à doença de que eles são acometidos corrobora que retornem à sociedade com pouca ou nenhuma perspectiva de inclusão, fadados ao isolamento. Logo, mesmo que exerçam o seu direito individual à

liberdade, esses indivíduos permanecem aprisionados e vigiados por uma sociedade discriminante, porquanto contaminada pelo estereótipo que associa a loucura à violência e à criminalidade.

Consoante dados de uma pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ – (BRASIL, 2012), existem 23 hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico no Brasil, distribuídos pelas 26 unidades federativas, contando uma população de aproximadamente 4 mil internos. Em 2011, constataram-se em três estados brasileiros 260 pessoas em situação asilar, por terem perdido o vínculo familiar e pela ausência de políticas de desinstitucionalização. No Estado da Bahia, foram encontrados 30 pacientes já com laudo de desinternação, mas ainda custodiados. No Estado do Paraná, das 430 pessoas internadas, não havia mais necessidade alguma de que 108 permanecessem asiladas. E no Estado do Rio de Janeiro, havia 136 pacientes, dos quais 75 permaneciam custodiados simplesmente por não terem para onde ir.

Basta uma breve pesquisa nesses estabelecimentos para se constatar que, em todo o país, faltam residências terapêuticas que absorvam pacientes que já cumpriram medidas de segurança, assim como há uma precariedade enorme de equipes de saúde. Geralmente, no quadro funcional dessas unidades, não há psiquiatra, sequer médico, cuja equipe atua com número mínimo de enfermeiros, assistentes sociais e psicólogos. Equipamentos de saúde, no mais das vezes, funcionam em quantidade reduzida, acham-se obsoletos ou funcionam muito mal. A ausência de política de desinternação torna comum a permanência além do tempo devido, situação que se agrava pelos casos de abandono familiar em face do isolamento a que essas pessoas são constantemente submetidas. (MALCHER, 2018, p. 160)

Violência, exclusão, privação da liberdade, maus-tratos, práticas de tortura e as mais variadas ordens de abuso de poder sempre estiveram presentes na história dos manicômios. E no Brasil não

é diferente. A presença dos hospitais de custódia e de tratamento psiquiátrico implica, de fato, a retomada aos famigerados manicômios judiciais, na contramão da luta antimanicomial deflagrada em meados da década de 1970, cujo precursor foi o Movimento Nacional da Luta Antimanicomial (MNLA), considerado o ator fundamental para as reflexões acerca da dimensão jurídico-política da Reforma Psiquiátrica brasileira, materializada posteriormente na Lei 10.216/2001, a chamada Lei de Reforma Psiquiátrica ou Lei Antimanicomial, que redirecionou o modelo de saúde mental no Brasil ao trazer como principal inovação o fim do manicômio e, como regra, o tratamento do louco em meio aberto. (CORREIA, SOUSA JUNIOR, 2020, p. 1.626)

2. Breve digressão histórica sobre os loucos e os manicômios judiciais no Brasil

O interesse pelo estudo da loucura atravessou séculos e conquistou espaços entre os diversos tipos de ciência. A loucura, em remoto tempo, era tratada como elemento de absoluta exclusão do indivíduo da sociedade. Há defensores da proposta segundo a qual, no início do desenvolvimento das sociedades, loucos, criminosos, asilados e enfermos eram enviados para um único espaço e recebiam o tratamento de exílio. Somente com o avançar das ciências e da sociedade é que esses espaços coletivos foram divididos em hospitais, asilos, prisões, manicômios e sanatórios. (FOCAULT, 2019, p. 87)

Na história mais recente, os loucos foram torturados e encarcerados, apresentados em espetáculos e desafiados a uma sobrevivência diária. Por isso, o espaço social deles foi sendo conquistado aos poucos. Uma inicial investigação da figura do louco nas principais legislações penais em território brasileiro desde 1500 – quando os limites dos monarcas não eram claros e as Cortes eram meramente espaços de defesas dos direitos normais, sem

dotação de uma jurisdição – até a atualidade traz o reconhecimento e a identidade da pessoa com doença mental ao longo desse período. (HESPANHA, 1994, p. 474)

Em matéria penal, apontam-se algumas instituições psiquiátricas que funcionaram no Brasil e ficaram destacadas por suas condições desumanas, instalações ou tratamentos. Nessa fase, embora poupados, vestígios de torturas e explorações bem como apontamentos de grave lesão à dignidade humana darão subsistência ao discorrido na sequência.

2.1. Quem é o louco na seara criminal brasileira?

O Direito que regeu o Brasil, desde o descobrimento até a independência, foi o Direito português. No primeiros doze anos do Brasil Colonial, vigoraram as Ordenações Afonsinas mandadas compor por D. João I, as quais foram sucedidas pelas denominadas Ordenações Manuelinas, fruto da compilação de uma legislação que desejava ser mais “perfeita” na visão do D. Manuel, o Venturoso, publicada em 1521, cuja vigência se estendeu até 1569, quando entrou em vigor o Código de Dom Sebastião I de Portugal. Durante todo esse período, os conceitos de louco e de loucura não foram explorados, tratando-se de igual maneira as pessoas do território, diferindo unicamente a questão de abrandamento da pena para pessoas com determinadas idades. (PIERANGELLI, 1980, p. 6)

Com o objetivo de reagir contra os realces que obteve D. Sebastião I, por seu Código compilado, Dom Felipe II da Espanha, que assumiu o trono português como Dom Felipe I, ordenou que fossem novamente compiladas as Ordenações Manuelinas. Essa nova estruturação deu origem às Ordenações Filipinas, publicadas em 11 de janeiro de 1603, que buscou corrigir as contradições, acrescentar as disposições posteriores e amenizar os

impactos do Direito Canônico provocados pelo Código de Dom Sebastião I (TRÍPOLI, 1936, p. 118).

Reconhece-se que o Livro V das Ordenações Filipinas – que vigorou por cerca de dois séculos no Brasil – consubstanciou o primeiro Código Penal, o qual se fundamentou em preceitos religiosos, chegando a confundir o crime com pecado e ofensa moral. Nele, eram severamente punidos os hereges, os benzedores, os apóstatas e os feiticeiros (PIERANGELLI, 1980, p. 7).

Nessa legislação, inobservava-se a definição de louco ou mesmo de tratamento, mas abordava o sujeito com desenvolvimento mental incompleto, quando da aplicação da pena, cujo requisito de abrandamento era a idade superior a 17 anos e inferior a 20 anos, em conformidade com o que prescrevia o título CXXXV, item 2.º: “quando os menores serão punidos por os delictos que fizerem” [grafia original] (PORTUGAL, 1603).

A suspensão do Livro V das Ordenações Filipinas se deu em 1830 com a criação do Código Criminal do Império do Brasil (BRASIL, 1830), publicado depois da conquista da Independência de 1822 e a promulgação da Constituição do Império do Brasil de 1824.

O Código Criminal postulado teve norteamento na Constituição do Império (BRASIL, 1824), já que o dispositivo 179 da respectiva Carta garantia a inviolabilidade dos direitos civis e políticos, consubstanciado no princípio da liberdade e da segurança da pessoa e da propriedade.

Foi no artigo 12 do Código Penal do Império do Brasil que Dom Pedro I previu: “Os loucos que tiverem commettido crimes serão recolhidos ás casas para elles destinadas, ou entregues ás suas famílias, como ao juiz parecer mais conveniente” (grafia original) e, antes disso, no artigo 10, § 2º, prescreveu: “Tambem não se julgarão criminosos: [...] Os loucos de todo o genero, salvo se tiverem lucidos intervallos e nelles commetterem o crime”.

Embora seja essa a remota previsão brasileira sobre os loucos que contravêm as leis penais, percebe-se que o termo loucura ainda se restringia ao abstrato, ocupando-se, a bem da verdade de discorrer sobre o tema, a literatura médica da época. (grafia original – BRASIL, 1830)

A partir desse momento, a academia de ciências jurídicas de todo o país discorreu sobre as suas criações ao longo dos séculos XIX e XX. Também passou a ser questionado por juízes principalmente nos debates médicos, o que provocou uma maturação científica no conceito de loucura que alterou a maneira de como o assunto era percebido pelo Direito.

O artigo 26 da Lei 7.209/1984, em uma alteração do Código Penal de 1940, prevê: “é isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento”. (BRASIL, 1940)

Quando o dispositivo menciona a inimputabilidade penal por dotação de doença mental tida pelo agente, cabe ponderar que a doença mental é compreendida por qualquer tipo de enfermidade ou patologia que elimine a capacidade do entender ou do querer humano. A condição mental comprometida pode ser por doença permanente ou transitória, considerando-se, inclusive, algumas questões físicas que podem afetar a psique da pessoa, como delírio dos tifóides ou dos pneumônicos. Essa condição do agente deve ser atestada por perícia psiquiátrica, que apresentará laudo da condição mental afetada, devendo, como condição para ser reconhecida, fazer-se presente ao tempo da prática delitiva. (GALVÃO, GRECO, 1999, p. 433)

Ainda no dispositivo é mencionado o desenvolvimento mental incompleto, que se refere aos menores de 18 anos e aos portadores de retardo mental. A expressão “desenvolvimento mental re-

tardado” é compreendida por diversas espéciesde oligofrenias, como idiotice, imbecilidade, debilidade mental propriamente dita, e os que detêm carência de certos sentidos. (GALVÃO, GRECO, 1999, p. 438-439)

2.2. A instituição de manicômios judiciários no Brasil

Durante o período colonial brasileiro, só recebiam tratamento à loucura os loucos que pertencessem a famílias financeiramente abastadas, uma vez que eram tratados em seus próprios domicílios ou enviados à Europa para esse fim. Caso contrário, se ficassem agitados, eram encarcerados em cômodos separados e, se necessário, amarrados. Já os alienados pobres, em regra mal nutridos e doentes, vagavam pelas ruas das cidades e, se perturbassem os transeuntes, eram recolhidos às cadeias e às instituições de correção moral, onde facilmente faleciam. As principais terapias para a loucura nos primeiros séculos do Brasil Colônia consistiam nas sangrias ou nos sedenhos, isso quando não se praticavam exorcismos católicos ou fetichistas para os quais com muita frequência se consultavam padres e curandeiros para resolver a questão da insanidade dos doentes. (MOREIRA, *apud* ELIA, 1996, p. 5)

Com o advento do artigo 12 do Código Criminal de 1830, tornou-se inevitável a obrigaçãode a Coroa promover o abrigamento dos loucos, à época também chamados de alienados. Pautados na justificativa de que não havia espaços públicos exclusivos para abrigar esse público, os casos de extrema necessidade eram acolhidos pelas Santas Casas da capital ou do interior. Em outras hipóteses, os pacientes eram confinados nas cadeias públicas e barbaramente amarrados. (ELIA, 1996, p. 5)

O primeiro hospital destinado a acolher e a tratar esses indivíduos no país foi criado pelo Decreto Imperial 82, de 18 de julho de 1841, por D. Pedro II, sob a seguinte motivação: “Desejando

assignalar o fausto dia de Minha Sagração com a criação de um estabelecimento de publica beneficência hei por bem fundar um Hospital destinadoprativamente para tratamento de alienados, com a denominação de Hospício de Pedro Segundo, o qual ficará annexo ao Hospital da Santa Casa da Misericordia desta Côrte” (grafia original – BRASIL, 1841). Construído com uma voluptuosa arquitetura, o local ficou popularmente conhecido como “O Palácio dos Loucos”.

O Hospício Pedro Segundo, o primeiro no país, destacou-se e foi alvo de grandes polêmicas. Durante a existência recebeu, além do nome de fundação, as denominações “Hospício Nacional dos Alienados” e “Hospital Nacional dos Alienados”, até que, sem as mínimas condições de funcionamento, foi fechado e doado à Universidade Federal do Rio de Janeiro, sendo os internos transferidos do prédio, entre março e setembro de 1944, para a Colônia Juliano Moreira e para o Hospital Psiquiátrico do Engenho de Dentro. (FIOCRUZ, 2018, p. 7)

A Colônia Juliano Moreira (Complexo Juliano Moreira), em Jacarepaguá, Rio de Janeiro, ficou conhecida por ter ocupado o posto de terceiro manicômio mais populoso do país. Inaugurada em 1924 com uma área de 7.350.000 m², era popularmente a “Colônia de Alienados de Jacarepaguá”. A instituição foi marcada por métodos pouco ortodoxos de submeter os pacientes a eletrochoque e a cárcere privado, tratamentos degradantes e tortuosos que tiveram fim com a criação da Associação dos Funcionários, em 1986, que assumiu a regência da Colônia e abriu os canais intelectuais da instituição. O Ministério da Saúde, em 1988, destituiu o diretor dela, mediante espaços ocupados pelo Exército e por um tanque de guerra posicionado no portão de entrada, cenário que mudou depois de uma extensa negociação entre os seus funcionários e o governo. Embora ainda em funcionamento, mas sob a denominação de Instituto Municipal de Assistência à Saúde Juliano Moreira (IMASJM), tornou-se irreconhecível depois da reforma psiquiátrica e do avanço da luta antimanicomial. (VASCONCELOS, 2008, p. 120-122)

Em diversos períodos, a Colônia Juliano Moreira encaminhou seus pacientes p o r c a u s a da superlotação ou das baixas condições de abrigamento para o Hospital Psiquiátrico do Engenho de Dentro, também sediado no Rio de Janeiro, nacionalmente afamado por ter sido o berço profissional de Nise da Silveira e por ser a sede da primeira colônia destinada a mulheres alienadas. (SILVA, 2017, p. 3-4)

Também nacionalmente se destaca, porém por seus tratamentos e terrores, o Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico Professor André Teixeira Lima, igualmente cunhado de Franco Rocha I, no Estado de São Paulo, um hospital-presídio que recebeu seus primeiros internos em 1934, sendo 150 criminosos com doenças mentais. Nas dependências dele há oito pavilhões. O Pavilhão 8, destinado a pessoas extremamente debilitadas, possui grades na parte externa e interna de suas janelas. (TAVORALO, 2003, p. 20-24)

Registre-se que as mencionadas instituições têm em seus históricos tratamentos torturantes e precários, com condições sanitárias calamitosas de iminente reforma de suas dependências, bem como de intervenções e esquecimentos. Não obstante, sobre os manicômios nacionais, importa ainda fazer menção ao “fatídico” Hospital Colônia de Barbacena, em Minas Gerais, fundado em 1903.

Em torno de 60 mil pessoas morreram dentro das dependências do Manicômio de Barbacena. Os corpos desses seres humanos, quando o cemitério não os comportava mais, foram, por vezes, objeto de tráfico entre a Instituição e a Faculdade de Medicina da Universidade Federal de Minas Gerais e da Universidade Federal de Juiz de Fora; em outras oportunidades, acabaram sendo diluídos em ácido. O local foi responsável pelo maior escândalo nacional, com repercussão internacional, de tortura e desumanidade com os internos. (ARBEX, 2013, p. 69)

Esses manicômios, responsáveis por capítulos obscuros da história brasileira, foram capazes de chocar até os mais experientes pesquisadores globais de suas épocas, e continuam a provocar espanto nos atuais.

3. Sistema penal de medidas de segurança

A conformação legal vigente das medidas de segurança no Brasil segue a sistemática do Código Penal (BRASIL, 1940) na sua origem, cujas condicionantes de aplicabilidade passaram a ser a prática de um delito e a periculosidade do agente, nos termos do artigo 76, incisos I e II.

Originariamente, as medidas de segurança não se restringiam aos indivíduos considerados inimputáveis – o que somente veio a ocorrer com a Reforma Penal da Parte Geral do Código Penal de 1984, podendo também ser aplicadas ao agente imputável, desde que legalmente presumida a sua periculosidade (artigo 78), ou as determinadas em função de um juízo discricionário do magistrado, baseado na personalidade e nos antecedentes do autor do delito bem como nas circunstâncias e nos motivos de sua prática (artigo 77).

Tratava-se do sistema “duplo binário”, da expressão *doppio binario*, cunhada pela legislação italiana, que consiste na imposição sucessiva da pena e da medida de segurança em consequência do mesmo fato para o condenado presumivelmente perigoso. (DOTTI, 2002, p. 621)

Com a alteração promovida pela Lei 7.209 (BRASIL, 1984), passou a adotar-se o “sistema vicariante”, também identificado como “binário único”, que consiste na imposição exclusiva da pena ou da medida de segurança, evitando-se assim a aplicação dupla de ambas.

Conforme as atuais regras do sistema penal pátrio, o autor imputável de uma conduta punível apenas estará sujeito à pena correspondente, ao passo que a pessoa inimputável, à medida de segurança unicamente. Quanto àquele que vier a ser considerado semi-imputável, mais conhecido na seara jurídica como “fronteiriço”, só poderá ser aplicada uma ou outra: pena ou medida de segurança.

As medidas de segurança, ao lado das penas, são modalidades de resposta criminal, entendidas, portanto, como espécies do gênero sanção penal. Contudo, diferentemente das penas, que apresentam caráter retributivo-preventivo, as medidas têm natureza eminentemente preventiva. Enquanto as penas pressupõem a culpabilidade do agente para sua aplicação, o fundamento para a imposição das medidas de segurança consiste na periculosidade do indivíduo.

O Código Penal brasileiro (BRASIL, 1940) prevê duas espécies de medidas de segurança: a) detentiva – aplicável tanto aos imputáveis quanto aos semi-imputáveis, com a internação em hospital de custódia ou tratamento em outro estabelecimento; b) restritiva – aplicável se a pena privativa de liberdade cominada for de detenção, quando há tratamento ambulatorial realizado em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou local com dependência médica adequada. Este é o regramento do Estatuto Repressivo, artigos 96 e 97.

Independentemente de ser internação ou tratamento ambulatorial, a execução da medida de segurança se dará no hospital de custódia e tratamento psiquiátrico – mais conhecido como manicômio judiciário. Trata-se, portanto, do local destinado ao cumprimento da medida de segurança aplicada ao imputável ou ao semi-imputável. Não importa se a natureza da medida de segurança imposta é a substitutiva de caráter processual – quando o juiz do processo substitui a pena aplicada ao semi-imputável pela medida de segurança, entendendo necessário o tratamento curativo – ou a substitutiva de caráter incidental – quando o juiz da execução penal substitui a pena pela medida de segurança em virtude de superveniência de doença mental ou perturbação da saúde mental durante o seu cumprimento.

Diferentemente da pena privativa de liberdade, cujo *quantum* de aplicação deve obedecer aos limites definidos expressamente na legislação penal, variando entre patamares mínimo e máximo na co-

minação em abstrato de cada tipo penal, as medidas de segurança não apresentam limite máximo, apenas o mínimo de um a três anos, nos termos do § 1º do artigo 97 do Código Penal. (BRASIL, 1940)

O fato de inexistir limite temporal máximo previsto em lei propicia que as medidas de segurança possam protrair-se indefinidamente no tempo, permitindo a longa permanência de indivíduos em manicômios judiciais, em uma situação de perpétua privação da liberdade. Importa registrar que apenas em 2015, e por meio da jurisprudência, foi que se passou a fixar um prazo máximo para o cumprimento, nos termos da decisão do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2015), ínsita na Súmula 527, *in verbis*: “o tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado”.

De toda sorte, uma vez aplicada, a medida de segurança vigorará por tempo indeterminado, de modo que a liberdade do indivíduo passa a estar vinculada à cessação da “periculosidade”, cujo reconhecimento demanda um exame pericial sensível que declare expressamente que ele não oferece mais riscos à convivência social.

A aplicação da medida de segurança baseada na periculosidade social (juízo que se volta para o futuro) e não na culpabilidade penal (juízo que se volta para o passado) é próprio de um direito penal perigoso e constitucionalmente temerário. Vale frisar a histórica dificuldade para se determinar com precisão o conceito de periculosidade, o qual tem sido lastreado por critérios confusos e bastante discrepantes.

Sebastián Soler (1929, p. 21) define a periculosidade como “a potência, a capacidade, a aptidão ou a idoneidade que um homem tem para converter-se em causa de ações danosas”. Conforme essa ideia, qualquer pessoa mentalmente sadia poderia ser considerada perigosa, permitindo-se a aplicação de alguma medida de natureza punitiva, típica do chamado direito penal de autor, fundado na ideia de periculosidade, cujo conceito não

vai além de sintoma de uma inferioridade biológica, psicológica ou de natureza moral. Nesse aspecto, o crime passa a ser “apenas uma lente que permite ver alguma coisa daquilo onde verdadeiramente estaria o desvalor que se encontra em uma característica do autor”. (ZAFFARONI, BATISTA *et al*, 2015, p. 131).

Percebe-se no sistema penal brasileiro, em particular desde o advento do Código Penal (BRASIL, 1940) e da Lei de Execuções Penais (BRASIL, 1984), a teoria da periculosidade a medidas de segurança aplicadas de forma generalizada a indivíduos imputáveis ou não, já que o direito penal perigoso gerou estragos que permanecem até hoje e refletem para muito além das referidas medidas. Veja-se, por exemplo, o art. 8º da Lei de Execuções Penais, o do famigerado exame criminológico, procedimento igualmente previsto para fins de concessão do livramento condicional, nos termos do art. 83, parágrafo único, do Código Penal, que exige, para o condenado por crime de natureza dolosa cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a constatação de “condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir”. Eo mesmo Código Penal, art. 59, prevê que o magistrado, quando da fixação da pena, deverá averiguar a “personalidade do agente”.

Destarte, a teoria da periculosidade e, conseqüentemente, das medidas de segurança, não encontra qualquer espaço no Estado Democrático de Direito. A propósito, a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) conferiu à culpabilidade o colorido especial de pressuposto fundamental para a imposição de quaisquer sanções penais, nos termos dos incisos XLV e LVII do art. 5º, razão pela qual a aplicação das medidas de segurança vai de encontro ao princípio constitucional (e também legal) da culpabilidade, porque são espécies de sanção penal lastreadas na periculosidade.

Tão falacioso quanto o mito da periculosidade, outra ficção jurídica presente na legislação nacional é o laudo de exame de cessação da periculosidade necessário para que o indivíduo se veja

livre da medida de segurança, nos termos do que prescreve o § 1º do artigo 97 do Código Penal. A bem da verdade, consiste em um exercício de futurologia que “continua a alcançar mulheres e homens submetidos às medidas de segurança de recolhidos aos manicômios judiciais por serem acometidos de transtornos mentais”. (CAETANO, 2018, p. 89)

Qualquer espécie de sanção penal só será legitimamente aplicada em conformidade com o direito penal do fato e desde que embasada no princípio da culpabilidade, o qual, aliás, é “o mais importante dos que derivam diretamente do estado de direito, porque sua violação implica o desconhecimento da essência do conceito de pessoa”. (ZAFFARONI, BATISTA *et al*, 2015, p. 245)

Rechaçável, assim, a ideia arbitrária de que uma pessoa seja penalizada pelo que poderá fazer e não pelo que realmente fez, não se devendo, pois, dar guarida a um conceito axiomático sem relevância teórica à luz da metodologia científica. (YAROSCHESKY, COELHO, 2013, p. 26)

Logo, se o direito penal do autor não se coaduna em hipótese alguma com o Estado Democrático de Direito, também não existe lugar para que a periculosidade seja admitida como fundamento na imposição de sanções penais, na medida em que a periculosidade resulta da análise de condições inerentes ao próprio indivíduo e não ao delito. Portanto, não há sustentação alguma as medidas de segurança no regime constitucional brasileiro, próprias do direito penal perigoso.

4. Loucura e direito penal

No contexto do Estado de Direito brasileiro, a Constituição Federal de 1988 elegeu, já no inciso III do artigo 1º, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa,

conceito profundamente sensível e caro às sociedades cristãs ocidentais contemporâneas, resgatado pela cultura ocidental lastreada na concepção kantiana de que a pessoa deve ser considerada sempre como fim, nunca como meio, notadamente depois da Segunda Guerra Mundial, diante de toda sorte de horrores perpetrados naquele período.

Na questão da dignidade, os autores, em geral, buscam a sua raiz na autonomia do indivíduo, na capacidade de ele entender o fato e de agir conforme esse entendimento. Em outras palavras, enxergam a dignidade no fato de a pessoa ter vontade própria, estar livre para fazer ou deixar de fazer algo sem ser forçada por agentes externos. Contudo, nesse contexto, de acordo com Jacobina (2004, p. 75), a doutrina deixa de lado a discussão sobre a pessoa humana que apresenta sua capacidade de entendimento ou de determinação tolhida por forças internas.

Tratar o inimputável ou semi-imputável de forma equiparada à do imputável, a fim de lhe conferir o “devido processo legal” ou de não o considerar “culpado até o trânsito da sentença penal condenatória”, conforme determina a Constituição Federal (BRASIL, 1988) no artigo 5º, incisos LIV e LVII, respectivamente, nada tem de dignidade, na medida em que se estará a submeter ao processo penal uma pessoa que não tem a capacidade de compreender esses termos. Como verificar a culpa de alguém que é legalmente irresponsável pelos seus atos? Como garantir a personalidade (a pena não deve passar da pessoa do condenado) se, conforme o sistema penal e processual penal em prática, o louco deve ser absolvido e depois apenado?

Com vistas a afastar essa sistemática retrógrada e inconstitucional, emergiu no ordenamento jurídico brasileiro a Lei 10.216/2001 (BRASIL, 2001), mais conhecida como Lei de Reforma Psiquiátrica ou Antimanicomial, que impõe um dever de releitura quanto à execução das medidas de segurança, voltando a atenção ao novo

paradigma de reorientação do modelo de saúde mental que coloca em xeque, de uma vez por todas, o mito da periculosidade e o estigma do “louco perigoso”. Dessa maneira, o tratamento penal da loucura deixa de repetir, como preocupação única, a dimensão da segurança pública e passa a ser abordada na esfera de acolhimento da saúde pública. (CAETANO, 2018, p. 143)

4.1. Lei de reforma psiquiátrica ou antimanicomial

A Lei Federal 10.216/2001 (BRASIL, 2001) trouxe novo paradigma de cuidado para com as pessoas com transtornos mentais no Brasil e configurou um passo importante na conquista de seus direitos ao reconhecê-las como cidadãs, o que constitui um dos principais instrumentos de proteção e defesa dos direitos humanos dessas pessoas. Essa lei, que garante a oferta de um tratamento humanizado e tem como finalidade a reinserção social desses seres humanos, prevê o fechamento progressivo dos manicômios e a desinstitucionalização das pessoas acometidas de transtornos mentais, retirando-as das paredes de um hospital e reintegrando-as no âmbito da comunidade, redirecionando, portanto, o modelo assistencial em saúde mental.

Conforme Pereira (2004, p. 179), o Projeto de Lei 3.657/1989 – que originou a Lei de Reforma Psiquiátrica apresentado à Câmara dos Deputados – teve a fundamental participação do Movimento Nacional de Luta Antimanicomial, que durante sua trajetória delimitou o problema e propôs uma resolução ao reforçar a importância do enfrentamento das instituições de exclusão social e a elaboração de estratégias para garantir os direitos sociais e a própria cidadania dos loucos. (BRASIL, 1989)

Segundo a Lei de Reforma Psiquiátrica ou Antimanicomial, essas pessoas devem ser tratadas de forma digna, garantindo-lhes, entre outros direitos: o acesso ao melhor tratamento do sistema de

saúde em consonância com suas necessidades; a proteção de toda e qualquer forma de exploração e abuso; o sigilo sobre suas informações garantido; e, principalmente, o tratamento em ambiente terapêutico da forma menos invasiva possível. Há, ainda, a Resolução n.º 5 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (BRASIL, 2004), que estabelece as diretrizes para a adequação das medidas de segurança às disposições dessa lei.

No universo de proposições e avanços levados a efeito no âmbito das políticas de saúde direcionadas à pessoa com transtorno mental, a Lei 10.216/2001 teve como foco modificar o paradigma de tratamento e garantia de direitos e proteção às pessoas com doença mental. O maior destaque foi a nomeação de que a internação em hospitais de tratamento psiquiátrico seria realizada como medida excepcional, circunscrita apenas aos casos em que outros recursos de cuidado se mostrassem insuficientes e, ainda assim, por períodos determinados. Nesses casos extraordinários, a segregação deveria englobar os serviços médicos, os de assistência social, os psicológicos, os ocupacionais e os de lazer de forma a oferecer amparo integral à pessoa com sofrimento mental. (BRASIL, 2001).

As reformulações que se estabelecem no contexto da referida lei pretendem fomentar práticas de natureza concomitantemente políticas, jurídicas, clínicas e institucionais. Por conseguinte, no lugar do abrigo institucional, a comunidade se torna o “meio privilegiado para o atendimento das necessidades sociais, de saúde e outras condições requeridas pelos sujeitos, sendo os serviços e redes de suporte de base comunitária os aparatos mais adequados para contribuir com tal finalidade”. (SILVA, CAMPOS *et al*, 2018, p. 253)

Apesar dos efeitos salutarres derivados da vigência desse marco legal forjado a partir das lutas instauradas em prol da reforma psiquiátrica, percebe-se que, passados anos da sua publicação, a eficácia ainda é em parte incipiente no que concerne

às práticas dirigidas a esses indivíduos que, além do sofrimento psíquico, apresentam-se em conflito com a lei e, por essa razão, passaram a ser englobados também nos domínios das intervenções jurídicas, sendo passíveis da consequência penal tradicional denominada medida de segurança, cuja legitimidade para aplicação ainda encontra suporte no argumento jurídico ora inconstitucional previsto no artigo 96 do Código Penal (BRASIL, 1940), que contempla a opção do internamento.

Nesses casos, em particular, o mecanismo da internação asilar persiste como a estratégia mais corriqueira, conforme atesta o relatório produzido pelo Conselho Federal de Psicologia de 2015 depois de inspeção em hospitais de custódia nos diferentes estados do país, o que confirma mas também denuncia a ineficiência desse dispositivo como método de tratamento, seja pela estrutura física, seja pela lógica que sustenta. (SILVA, CAMPOS *et al*, 2018, p. 253)

A demonstrar tal assertiva, decisões do Supremo Tribunal Federal entre abril de 2001 e janeiro de 2018 – acerca da aplicação da medida de segurança pós-advento da Lei 10.216/2001 – verificaram a permanência da medida de segurança de internação como resposta jurídica dada à pessoa em sofrimento mental considerada irresponsável pelos seus atos e que comete fato definido como crime, sem considerar as mudanças previstas pelo novo paradigma de cuidado com as pessoas acometidas de transtornos mentais. Apesar do rol de direitos firmados na Constituição e na lei, em três dos 16 casos analisados, as pessoas estavam internadas havia mais de 30 anos quando seus pleitos chegaram ao Supremo Tribunal Federal. (NETTO, NAVES, 2018, p. 199)

Esse cenário de patente afronta à Constituição Federal e de ilegalidade não pode permanecer, em face dos direitos da pessoa humana. É inadmissível que o indivíduo com transtornos mentais tenha ceifado o seu direito individual à liberdade em razão da prática decrime sem a consciência de tê-lo cometido.

4.2. Vedação absoluta à internação manicomial do louco em observância ao direito à liberdade individual

O ambiente desumano encontrado nos manicômios exige ações imediatas do poder público e da própria sociedade, porque envolve questões de saúde e de direitos de seres humanos que se encontram discriminados e esquecidos, duplamente estigmatizados como loucos e criminosos. Trata-se, pois, de uma população altamente vulnerável e muito fragilizada.

A internação desses indivíduos, inimputáveis e mantidos fechados nesses hospitais de custódia, transforma a vida de muitos deles em prisão perpétua, pois o risco de periculosidade nunca é extinto, já que o tratamento que lhes é devido não é prestado de maneira adequada pelo Estado. Isso não se coaduna com a dignidade humana, muito menos se alinha aos princípios constitucionais da Carta Magna e da Reforma Psiquiátrica promovida pela legislação infraconstitucional.

A vigência da Lei Antimanicomial passou a regular na integralidade a atenção em saúde mental no território brasileiro e, embora não tenha declarado expressamente a revogação da disciplina legal que prevê a internação psiquiátrica como medida de segurança, acabou por derogar as disposições que se tornaram incompatíveis com a novel legislação.

Os princípios inerentes à Lei de Reforma Psiquiátrica (BRASIL, 2001) determinam que se promova o acesso ao tratamento em saúde mental na rede pública, substitutiva ao modelo manicomial. Logo, o tratamento do indivíduo com transtorno mental deve dispensar o manicômio judiciário como lugar para esses loucos infratores, o que afasta essa prática reacionária e a substitui pela inclusão dessa população nas políticas públicas de atenção à saúde mental, sem desprezar, no entanto, a importância do tratamento jurídico na solução de cada caso.

Nesse contexto, as políticas públicas voltadas à saúde dessas pessoas devem caminhar em sentido diametralmente oposto às práticas asilares, integrando-se aos princípios constitucionais e fundamentais dos direitos humanos e às diretrizes da reforma psiquiátrica conformadas pela Lei 10.216/2001, as quais resgatam essencialmente a humanidade do portador de sofrimento mental infrator, para que a prática “corresponda à esperança que palpita em todo ser condenado de se reintegrar no sentido vivido”. (LACAN, 2003, p. 131)

A privação da liberdade dos indivíduos loucos deve ser combatida a todo custo. Não é mais possível nem concebível tolerar seu convívio com internações perpétuas fundamentadas na periculosidade presumida em função do diagnóstico de “doente mental”, ou no conceito de “incapacidade do agente” e de outros diagnósticos utilizados para estigmatizar o indivíduo como portador de um deficit permanente de humanidade.

Esse entendimento retrata a interlocução do direito com a saúde mental dentro dos parâmetros estabelecidos pela luta antimanicomial e pela reforma psiquiátrica. Em razão disso, os hospitais de custódia ou os manicômios, por força da Lei 10.216/2001, devem ser definitivamente superados para abrir espaço à rede substitutiva e à integração comunitária, orientação que deve ser efetivada, irredutivelmente, nos casos que envolvem o “louco infrator”. (BRISSET, JUNCAL, 2018, p. 456)

O direito à liberdade individual dos loucos infratores deve alinhar-se, pois, a uma proposta que seja desenhada conforme os ditames da Lei 10.216/2001 (Lei de Reforma Psiquiátrica), com a vedação absoluta da internação manicomial, extinguindo-se os hospitais de custódia e o tratamento psiquiátrico. Paralelamente, deve investir-se na rede pública desáude com a articulação dos recursos sociais necessários para o correto, devido e humanizado acolhimento desses indivíduos, desvinculando-os, assim,

completa e definitivamente de qualquer referencial de impunibilidade e periculosidade e, conseqüentemente, das perícias médicas para verificação da suposta cessação de periculosidade.

5. Conclusão

No Brasil, por mais de 300 anos inexistiu qualquer previsão legal em matéria penal acerca dos loucos, de forma que eles eram equiparados aos demais cidadãos no rigor e na exigência. Submetidos a formas variadas de crueldade e tratamento desumano, os mais agressivos eram confinados às prisões e às Santas Casas, até que em 1841 lhes foi destinada a primeira instituição, sob decreto de D. Pedro II, a qual, desgraçadamente, ficou popularmente conhecida como “O Palácio dos Loucos”.

De acordo com o Código Penal, o doente mental é considerado inimputável e, na hipótese de ele cometer crime, ser-lhe-á aplicada uma medida de segurança, a qual se baseia na periculosidade do indivíduo – diferentemente da pena, cujo fundamento consiste na culpabilidade. Tem-se, ainda, que a medida de segurança pode ser de caráter detentivo ou restritivo, cuja execução, de qualquer sorte, acaba sendo confinada a um hospital de custódia e a um tratamento psiquiátrico. Em outras palavras, um manicômio judiciário.

Independentemente da espécie da medida de segurança adotada, trata-se de modelo incompatível com o legítimo efeito. Anota-se que o cumprimento da medida de segurança foi fixado pela Súmula 527 do Superior Tribunal de Justiça com o prazo máximo abstrato de extensão. Com isso, inicia-se o afastamento do eterno confinamento do doente mental às entidades de custódia, demonstrativo do cenário e do rigor que ocupava a punição fundada na potencialidade de risco e não efetivamente no dano provocado.

A periculosidade, como fundamento da medida de segurança, encontra lastro em conhecimento médico, sociológico e jurídico que remonta ao final do século XIX, com as ideias da Escola Positiva, representada, principalmente, por Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garofalo, a qual adotou o modelo da causalidade baseado na existência de uma deficiência nata e na amoralidade intrínseca dos indivíduos que levou à higienização, e, sobretudo, ao estigma de os doentes mentais serem necessariamente perigosos para justificar o seu isolamento, o que, de acordo com o artigo 97, § 1º, do Código Penal, pode dar-se, na prática, por tempo indeterminado.

O importante marco na luta pelos direitos das pessoas com transtornos mentais se deu com a entrada em vigor da Lei Federal 10.216/2001, que ficou conhecida como a Lei de Reforma Psiquiátrica ou Lei Antimanicomial, com a pretensão de solucionar os conflitos que orbitam a questão da medida de segurança criminal. Garantidora de humanidade durante o tratamento dos doentes mentais, busca a sua reinserção social e, principalmente, prevê a extinção progressiva dos manicômios, trazendo à prática determinadas políticas de desinternação dos acometidos pelos diversos transtornos. Embora configure uma guinada no trato desses indivíduos, sob a perspectiva da saúde mental, requer maior eficácia da lei diante das situações hodiernas.

De fato, a Lei Federal 10.216, em vigor desde abril de 2001, pretendeu modificar o paradigma do tratamento em saúde mental no Brasil. A internação foi nominalmente revista para apenas ser aplicável em caráter excepcional, e só quando outras formas de cuidado não se demonstrarem eficientes. Contudo, a aplicação da medida de segurança deve ser abolida porque, além de ilegal e inconstitucional, gera um tratamento distinto e nada igualitário entre as pessoas com transtornos mentais que cometem crimes. Para elas, a medida cabível é a segurança, não o tratamento traduzido em apartação social muitas vezes por prazo indeterminado. O caminho não pode ser outro senão a real extinção dos

grandes centros de tratamento mental, ainda sobreviventes, que violam a dignidade da pessoa humana e passam despercebidos seus direitos e garantias fundamentais.

Não obstante reconhecer a novel legislação como inovadora na seara da saúde mental das pessoas com transtornos dessa natureza, deve-se avançar a eficácia de um modelo para tratamento que privilegie a inclusão desses indivíduos indevidamente chamados de “loucos” em uma rede de apoio psicossocial em que atuem peritos psiquiátricos e uma equipe multidisciplinar voltada à desinstitucionalização, reintegrando os portadores de transtornos mentais à comunidade.

Entretanto, a mudança de paradigma decorrente da Lei de Reforma Psiquiátrica ou Lei Antimanicomial urge maior abertura da sociedade para a questão. O longo caminho para trilhar maiores oportunidades para o indivíduo é a responsabilização social pelo outro, respeitando-o em sua diferença, subjetividade e individualidade, sem submetê-lo à violência do rótulo, do estigma de perigoso que ainda persiste no seio da sociedade.

Por derradeiro, é indispensável mencionar o viés da metodologia hipotético-dedutiva da leitura e revisão de títulos bibliográficos e legislação vigente, bem como o meio lógico entre o louco e a sua liberdade individual de forma que um se incompatibiliza com o outro quando contrastados com o sistema penal de medidas de segurança, ainda mais ao submeter a análise o presente cenário sob a óptica da Lei de Reforma Psiquiátrica ou Lei Antimanicomial.

6. Referências

ARBEX, Daniela. *Holocausto brasileiro*: vida, genocídio e 60 mil mortes no maior hospício do Brasil. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

BRASIL. *Código Criminal do Império do Brasil*. Publicado em 16 dez.1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em 24.1.2023.

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*. Outorgada em 25 mar. 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 24.1.2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Seminário –Judiciário, sistema penal e sistema socioeducativo*: questões estruturais e mudanças necessárias, em 3 e 4 mar. 2012. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/seminario-apresenta-diagnostico-dos-hospitais-de-custodia-no-pais/>>. Acesso em: 27.12.2022.

BRASIL. Decreto-lei 2.848, 7 dez. 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 31 dez. 1940. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 27.12.2022.

BRASIL. Decreto 82, 18 jul. 1841. *Fundando um Hospital destinado privativamente para tratamento de Alienados, com a denominação de Hospício de Pedro Segundo* (grafia original). Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/norma/385725/publicacao/15742236>>. Acesso em: 12.1.2023.

BRASIL. Lei 7.209, 11 jul. 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei 2.848, 7 dez. 1940 – Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/17209.htm>. Acesso em: 12.1.2023.

BRASIL. Lei 10.216, 6 abr. 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. *Diário Oficial da União*, Brasília, 9 abr. 2001. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/10216.htm>. Acesso em: 12.1.2023.

BRASIL. Lei 7.210, 11 jul. 1984. Institui a Lei de Execução Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 jul. 1984. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm>. Acesso em: 12.1.2023.

BRASIL. Projeto de Lei 3.657, 12 set. 1989. Dispõe sobre a extinção progressiva dos manicômios e sua substituição por outros recursos assistenciais e regulamenta a internação psiquiátrica compulsória. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD29SET1989.pdf#page=30>>. Acesso em: 23.12.2022.

BRASIL. Resolução n.º 5, 4 maio 2004. Dispõe a respeito das Diretrizes para o cumprimento das Medidas de Segurança, adequando-as à previsão contida na Lei 10.216 de 6 abr. 2001. Disponível em: <<https://www.gov.br/depem/pt-r/composicao/cnpec/resolucoes/2004/resolucao05de04demaiode2004.pdf>>. Acesso em: 23.12.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 527. *Diário da Justiça Eletrônico*, 18 de maio de 2015. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27527%27>>. Acesso em: 17.12.2022.

BRISSET, Fernanda Otoni de Barros; JUNCAL, Regina Geni Amorim. O que diriam os “loucos”? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n.º 144, junho, 2018.

CORREIA, Ludmila Cerqueira; SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. O Movimento Antimanicomial como sujeito coletivo de direito. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 11, n.º 3, 2020.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal* – parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ELIA, Francisco Carlos da Fonseca. *Doença mental e cidade: o hospício de Pedro II*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa. Ministério da Cultura, 1996.

FOCAULT, Michel. A história da loucura. 11 ed., São Paulo: Editora Perspectiva, 2019.

GALVÃO, Fernando; GRECO, Rogério. *Estrutura jurídica do crime*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

HAROLDO, Caetano. *Loucura e direito penal*: pistas para a extinção dos manicômios judiciais. Tese de doutorado em Psicologia – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2018.

HESPANHA, Antônio Manuel. *Às Vésperas do Leviatã*: instituições e poder político Portugal – Sec. XVII. Coimbra: Almedina, 1994.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. Direito penal da loucura: medidas de segurança e reforma psiquiátrica. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, vol. 5, n.º 1, março, 2004.

LACAN, Jacques. *Outros escritos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

MALCHER, Farah de Sousa. Crime e loucura: a exclusão do louco infrator pelo dispositivo jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n.º 144, junho, 2018.

MOREIRA, Juliano. Memórias do Dr. Juliano Moreira. *Arquivos Brasileiros de Psiquiatria*, n.º 1, 1907, apud ELIA, Francisco Carlos da Fonseca. *Doença mental e cidade*: o hospício de Pedro II. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa. Ministério da Cultura, 1996.

NETTO, MenElick de Carvalho; NAVES, Letícia. A punição da loucura: as decisões do Supremo Tribunal Federal após a Lei da Reforma Psiquiátrica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n.º 144, junho, 2018.

PEREIRA, Rosemary Corrêa. *Políticas de saúde mental no Brasil*: o processo de formulação da lei de reforma psiquiátrica (10.216/01). Tese de doutorado em Ciências na área de Saúde Pública – Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2004.

PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil*: evolução histórica. Bauru: Javoli, 1980.

PORTUGAL. Ordenações Filipinas. Portugal, 11 de janeiro de 1603. Disponível em: [<http://www1.ci.uc.pt/ihit/proj/filipinas/ordenacoes.htm>]. Acesso em: 24.1.2023.

SILVA, Aline Reis da; CAMPOS, Bruno da Silva *et al.* Do silenciamento e segregação à responsabilidade: por um tratamento renovado para o psicótico em conflito com a lei. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n.º 144, junho, 2018.

SILVA, Carine Neves Alves da. *Colônia de Alienados de Engenho de Dentro (1911- 1932)*. XXIX Congresso Nacional de História. Brasília, 2017.

SOLER, Sebastián. *Exposición y crítica de la teoría del estado peligroso*. Buenos Aires: Valerio Abeledo Editor, 1929.

TAVORALO, Douglas. *A casa do delírio: reportagem no Manicômio Judiciário de Franco Rocha*. 2. ed. São Paulo: Senac, 2003.

TRÍPOLI, César. *História do Direito Brasileiro (Ensaio)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1936.

VASCONCELOS, Vinicius Carvalho de. *A dinâmica do trabalho em Saúde Mental*: limites e possibilidades na contemporaneidade e no contexto da Reforma Psiquiátrica Brasileira. Dissertação mestrado em Saúde Pública – Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca – Fundação Oswaldo Cruz (ENSP/Fiocruz), Rio de Janeiro, 2008.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac; COELHO, Thalita da Silva. Periculosidade criminal: conceito, tratamento e consequências. *Percursos Acadêmicos*, Belo Horizonte, v. 3, n.º 5, janeiro a junho, 2013.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo *et al.* *Direito penal brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

Artigo recebido em 19/06/2023.

Artigo aprovado em 27/06/2023.

DOI: 10.59303/dejure.v22i40.503

71 - 93
Artigo

**AS CAUSAS PRÓXIMAS E REMOTAS DO
ATIVISMO JUDICIAL BRASILEIRO**

ANDEIRSON DA MATTA BARBOSA

AS CAUSAS PRÓXIMAS E REMOTAS DO ATIVISMO JUDICIAL BRASILEIRO

THE NEAR AND REMOTE CAUSES OF BRAZILIAN JUDICIAL ACTIVISM

ANDEIRSON DA MATTA BARBOSA

Mestre em Direito

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil

ambarbosa@mpmg.mp.br

RESUMO: O fito de explicitar as causas remotas e próximas do ativismo judicial brasileiro desvela o constrangimento epistemológico resultante da redução da liberdade das cortes em entender que o direito é o que os tribunais dizem. Logo, o ativismo judicial ofende o regime democrático e ocasiona a perda da autonomia do direito, conforme método hermenêutico-fenomenológico da *Crítica Hermenêutica do Direito*, de Lenio Luiz Streck.

PALAVRAS-CHAVE: ativismo judicial; constrangimento epistemológico; dizer o direito.

ABSTRACT: The purpose of explaining the remote and proximate causes of Brazilian judicial activism unveils the epistemological constraint resulting from the reduction of the freedom of the courts to understand that the law is what the courts say. Therefore, judicial activism offends the democratic regime and causes the loss of the autonomy of the law, according to the hermeneutic-phenomenological method of the *Hermeneutic Critique of Law*, by Lenio Luiz Streck.

KEYWORDS: judicial activism; epistemological constraint; say the right.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Ativismo judicial versus Judicialização da política. 3. O neoconstitucionalismo como causa remota do ativismo judicial brasileiro. 4. As causas próximas do ativismo judicial brasileiro. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introdução

O neoconstitucionalismo como causa remota do ativismo judicial para promover o fortalecimento de um dirigismo constitucional acabou por dar azo ao nascimento de teorias de decisão judicial que apostam no livre convencimento do magistrado para a resolução de questões difíceis, o que tem influenciado os pronunciamentos jurídicos brasileiros desprovidos de uma teoria da decisão judicial a estarem em descompasso com a maneira idealizada por seu criador. Aliás, os fatores que levam os tribunais a dizer o que é o direito, em uma nítida relação sujeito-objeto, deixa clara a necessidade de um constrangimento epistemológico.

2. Ativismo judicial versus Judicialização da política

Antes de explicitar as causas do ativismo judicial, é necessário diferenciá-lo da judicialização da política. Tate e Vallinder (1995, p.13) veem “judicialização da política” como o processo pelo qual cortes e juízes passam a elaborar ou a aumentar políticas públicas que já foram ou deveriam ter sido criadas por outros, podendo-se dizer que a judicialização essencialmente envolve transformar algo numa forma de processo judicial.

Nas democracias, principalmente nas assembleias eleitas popularmente, as tomadas de decisão se baseiam no princípio majoritário de um livre e público debate entre iguais, caso em que o Legislativo toma conta dos direitos e obrigações da maioria. Constitui tarefa das cortes proteger os direitos fundamentais dos cidadãos, e a judicialização da política significa atender ao segundo em detrimento do primeiro (TATE; VALLINDER, 1995, p. 13-14).

No que se refere especificamente ao fenômeno da judicialização da política, Tate e Vallinder (1995) apontam que facilitariam a expansão do poder judicial: a existência de um regime democrático; a separação de poderes; uma política de direitos; o uso dos tribunais por Grupos de Interesses; o uso do tribunal pela oposição; instituições majoritárias inefetivas; percepções das instituições formuladoras de política; e a delegação deliberada das instituições majoritárias.

O ativismo judicial, segundo Lenio Luiz Streck (2016, p.730), extrapola os limites da Constituição, dos princípios jurídicos, das leis, da jurisprudência, etc. e/ou invade a competência dos demais poderes. E complementa: “sempre é ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais, como se fosse possível uma linguagem privada construída à margem da linguagem pública” (2016, p. 724).

Assim, diferentemente do ativismo judicial, a judicialização da política ocorre quando “algumas questões de larga repercus-

são política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário e não por instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional ou o Poder Executivo” (BARROSO, 2009, p. 12). Em outras palavras, resulta no cumprimento, via Judiciário, dos objetivos políticos constitucionais, ou seja, o Judiciário entrega aos jurisdicionados aquilo que lhes é garantido pelo texto constitucional, ainda que de forma contingencial (SILVA, 2015, p. 244).

Logo, no ativismo judicial o julgador deixa o direito de lado e decide conforme suas convicções pessoais, com argumentos de política, moral, sem qualquer critério hermenêutico ou, quando utiliza alguma metodologia filosófica, emprega-a equivocadamente, ultrapassando-se os limites conferidos pela Constituição. Streck (2016, p.724) aponta que no caso específico da judicialização da política, o ativismo representa decisão na qual a vontade do julgador substitui o debate político para realizar pretensão “avanço” ou para manter o *status quo*. Ativismo é, assim, um “behaviorismo judicial”.

Apesar desse posicionamento doutrinário contrário ao ativismo judicial, é necessário destacar que existe opinião favorável. Julgando que ele faz parte da solução e não do problema, em razão da crise de representatividade dos poderes Legislativo e Executivo, Luís Roberto Barroso afirma que o ativismo judicial “é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura”. Para o referido ministro do Supremo Tribunal Federal, juízes não agem por vontade política própria, mas como representantes indiretos da vontade popular. “Os riscos para a legitimidade democrática, em razão de os membros do Poder Judiciário não serem eleitos, se atenuam na medida em que juízes e tribunais se atenham à aplicação da Constituição e das leis” (BARROSO, 2009, p. 20-21).

Abboud (2021) deixa contribuição para o tema ao introduzir a “proceduralização”¹ como medida que evita o agigantamento do Judiciário em temas complexos como o direito à saúde. Segundo ele:

[...] a aplicação da proceduralização se reservaria aos casos em que a complexidade que lhes é ínsita impõe a necessidade de estruturação de soluções e procedimentos para a imunização do problema surgido, por exemplo, a questão da judicialização da saúde ou temas referentes à tecnologia. Em ambos os casos, o STF não tem conhecimento necessário para encerrar, em definitivo, problemas que envolvam essas temáticas. Outrossim, a todo momento podem surgir inovações tecnológicas e científicas que tornariam a decisão judicial obsoleta (ABBOUD, 2021, p. 591).

Ainda segundo Abboud (2021, p. 609), que compartilha a posição da impossibilidade de se pretender assegurar a efetividade do direito à saúde mediante a atuação protagonista do Judiciário sem levar em consideração questões orçamentárias, há necessidade da proceduralização não só para manter as vias de aprendizagem

1 A proceduralização constitui verdadeira mudança de paradigma no ato decisório, uma vez que permite a absorção da complexidade: diálogo, acordo e autorregulação, modalidades que podem interagir na resolução de um mesmo litígio. A proceduralização advém do Direito Procedural, que prega haver uma dissonância cognitiva do Poder Público, que, em lugar de reconhecer suas próprias limitações, aposta na materialização como modo de lidar com as questões contemporâneas, sem buscar novas formas de produção de conhecimento, razão pela qual é necessário progredir para um modelo de Estado Procedural apto a lidar com a complexidade típica das questões da pós-modernidade. A ideia procedural básica é de que os tribunais ajam como verdadeiros árbitros de interesses, cabendo à corte especificar com quais procedimentos as partes chegarão, por si mesmas, à solução negociada que considerem mais adequada, produzindo conhecimento que poderá ser usado de modo a impor solução apta a ser modificada posteriormente porque contém a autorreflexividade. O modelo procedural se apresenta como uma terceira via, instituída para permitir que o Poder Público lide com a complexidade que a materialização e a formalização não conseguem absorver, auxiliando o Judiciário em face do indecidível, assumindo o Estado-juiz uma posição de humildade frente às limitações inerentes à decisão judicial tradicional, uma vez que a solução será construída cooperativamente com os que serão afetados, não provocando o mesmo nível de ressentimento social gerado a partir da decisão estatal tradicional. Infelizmente, o acoplamento de paradigmas depende de longa e desafiadora transição. Fique claro que o paradigma da proceduralização não pretende substituir um outro modelo de decisão, mas buscar um acoplamento paradigmático com a proceduralização (ABBOUD, 2021, p. 566-567, 570, 572, 598, 602). Note-se que no caso da proceduralização existe intervenção do Judiciário em políticas públicas, só que de forma que previna qualquer tipo de ativismo judicial ou mesmo judicialização da política temerária.

abertas, como para possibilitar o diálogo entre os poderes para a melhor regulamentação possível do tema. Abboud (2021, p. 612-613) afirma que a proceduralização constitui um paradigma apto a evitar decisões discricionárias, uma vez que cria conhecimento, flexibilizando e dialogando com os demais poderes, deixando temas relevantes sem o mínimo de regulamentação.

Enquanto no ativismo judicial há um julgar baseado no “sentir” do julgador, no livre convencimento, por questões emotivistas, utilitaristas, pragmatistas, na judicialização da política é, em muitos casos, contingencial e necessário. O Judiciário, por deliberada omissão e ineficiência, ao se valer da jurisdição constitucional e sem ultrapassar os limites hermenêuticos, entrega aos jurisdicionados aquilo que lhes é garantido pela Constituição, como o direito à saúde, o livre exercício do voto, a segurança pública, o regime democrático, entre outros.

3. O neoconstitucionalismo como causa remota do ativismo judicial brasileiro

Compreendido o que seja ativismo judicial, é essencial se compreender como surgiu o neoconstitucionalismo e como ele deu nascimento a algumas das teorias jurídicas contemporâneas, explicitando em que medida constitui uma causa remota do ativismo judicial brasileiro.

Depois da Segunda Guerra Mundial, com o fim de ditaduras ocorridas na Alemanha e na Itália, as constituições promulgadas ao redor do mundo instituíram mecanismos para a proteção dos direitos fundamentais. No período anterior, prevalecia uma cultura jurídica essencialmente legalista, sendo a lei a fonte principal do direito. Sem força normativa, os direitos fundamentais valiam apenas quando protegidos pela lei (SARMENTO, 2009, p. 4).

Ressalve-se, todavia, que a expansão do poder judicial não se inaugurou com o fim da Segunda Guerra Mundial. Antes, já haviam sido criados mecanismos de defesa judicial da Constituição, como a *judicial review*, em prática desde 1803 (SANTOS, 2021, p. 48). Em 1803, convém lembrar, a primeira instância de revisão judicial é o famoso caso *Marbury v. Madison*. Durante a última parte do século 19, a Suprema Corte decidiu estabelecer a revisão judicial como uma característica básica do sistema governamental americano.

Além da experiência americana e alemã, a tradição europeia de revisão judicial se encontra na Áustria, capitaneada por Hans Kelsen, que se tornou professor de direito em 1911 na universidade de Viena, e, terminada a Primeira Guerra Mundial, lhe foi confiada a tarefa de redigir a Constituição para a nova república austríaca. Nas regras de revisão judicial, certas contradições ao sistema americano se observaram: não era para ser manipulada pelas cortes ordinárias, mas por uma corte constitucional (TATE; VALLINDER, 1995, p. 23).

No período pós-Segunda Guerra Mundial, o papel das cortes e dos juízes foi expandido, e a judicialização da política ocorreu em muitos países democráticos (TATE; VALLINDER, 1995, p. 17). Não obstante o controle concentrado ter sido inovação incapaz de se considerar como fundante do neoconstitucionalismo, houve um fortalecimento dessa espécie de controle em detrimento do controle difuso (SANTOS, 2021, p. 53).

Em razão dos movimentos históricos que se seguem ao fim da Segunda Guerra Mundial, há uma radical mudança na intencionalidade em relação ao direito. Os debates teóricos passam a demandar princípios axiológicos de fatores além da legislação como forma de fundamentar as decisões dos tribunais, movimentos que levaram à consolidação da chamada jurisprudência

dos valores²³ que surgiu na Alemanha, oportunidade em que começam a aparecer, nas decisões do Tribunal Constitucional Alemão, argumentos que remetiam a “cláusulas gerais”, “enunciados abertos” e “princípios” (OLIVEIRA, 2008, p. 60).

E considerando que parcela das normas constitucionais se caracteriza pela abertura e indeterminação semântica, a sua aplicação pelo Poder Judiciário necessitou de novas técnicas de interpretação capazes de conferir legitimidade às decisões, pondo termo ao critério da mera subsunção, no afã de superar a velha cultura jurídica essencialmente legalista. Nesse contexto fático e histórico (SARMENTO, 2009, p. 6 e 8), passou-se a reconhecer a força normativa de princípios com elevada carga axiológica, caso em que há uma penetração da moral no tecido jurídico, sobretudo pela via dos princípios constitucionais.

Segundo Oliveira (2008, p. 66-71), a radicalização do dirigismo instituído nas constituições da Alemanha (1949); da Itália (1948); da Espanha (1972); de Portugal (1976); e, posteriormente, do Brasil (1988) passa a reivindicar uma postura de concretização da Constituição a partir do estabelecimento de sua força normativa (Hesse), implicando mudança da postura metodológica do direito, apresentando novas tarefas ao Poder Judiciário, que assume papel de destaque na arena política. No chamado neoconstitucionalismo, o modelo de Estado cunhado para instrumentalizar e dar eficácia ao conteúdo dirigente é o Estado Democrático de Direito.

2 A Jurisprudência dos Valores entende o direito como uma ordem positiva de valores, e o juiz, boca da lei, toma a decisão orientado por tais valores, indo além daquilo que se encontra enunciado no texto legislativo, conduzindo-se por valores arraigados em uma dada sociedade. Em vez de um pensamento teleológico (jurisprudência dos interesses), prefere orientar-se por valores. Em vez de uma ponderação de interesses, há uma ponderação de valores (TOVAR, 2020, p. 112-116).

3 Digno de nota, no segundo momento da chamada Jurisprudência dos Valores começa a surgirem “métodos” para justificar o não relativismo dos valores, com o fito de minimizar a discricionariedade da atividade do tribunal, ocasião em que começa a tomar forma um elemento decisivo que é a “ponderação”, conceito utilizado por Robert Alexy com o intuito de coibir os erros cometidos pela jurisprudência dos valores (OLIVEIRA, 2008, p. 60-61).

Assim, infere-se que o termo neoconstitucionalismo foi fruto de uma transição ocorrida na Europa, quando lá se vislumbrava necessário romper com um cenário político marcado pela eclosão de regimes totalitários e, consequentemente, a horrível indignação contra os direitos dos cidadãos, especialmente durante a guerra (STRECK, 2020, p. 249).

Bruno Aguiar Santos, quando afirma que o neoconstitucionalismo passou a ser uma convicção filosófica e política como deveria ser o direito (2021, p. 37), esquematiza que as proposições dessa ideologia se resumiriam a alguns pontos:

(i) existência de uma “[hiper]conexão necessária” entre direito e moral como pretensão de superação do positivismo [...] (ii) a preponderância de normas constitucionais sob a forma de princípios como valores, e a distinção destes para com as regras (importada das teorias de Alexy, de uma leitura equivocada do esquema ponderação-subsunção); (iii) a centralidade do papel da argumentação jurídica, tendo como expressão máxima a ponderação entre princípios – mas não só; (iv) o intento indiscriminado da realização do “caráter material” da Constituição por um direito constitucional da efetividade; e, por fim, (v) no ativismo judicial como “parte da solução” para os problemas de concretização da Constituição.

Segundo Novelino (2013, p. 191), o termo neoconstitucionalismo foi cunhado por Susanna Pozzollo (2003), e costuma ser empregado em quatro acepções: como um modelo específico de organização política; como uma teoria que serve para descrever esse novo modelo; como uma ideologia que valoriza as transformações ocorridas nos sistemas constitucionais; e como uma nova concepção sobre o papel a ser desempenhado pela teoria jurídica, passando a exercer uma tarefa prescritiva ao lado da tradicional função descritiva.

Pozzollo (2003, p. 210), em crítica dura ao termo neoconstitucionalismo, afirma: “Há uma certa indecisão. Trata-se de uma teoria

ou de uma ideologia e, provavelmente, deseja ser ambas as coisas; razão pela qual o neoconstitucionalismo é um constitucionalismo ambíguo”.

O neoconstitucionalismo também é visto como pós-positivismo. Nas teorias da argumentação jurídica, os casos difíceis passam a ser resolvidos pela ponderação de princípios. A relevância do tema é descobrir como é feita a escolha ou a eleição dos princípios colidentes (STRECK, 2020, p. 257).

Por aqui já começa a se desenhar a existência de uma tensão entre regras oriundas de um Estado legalista e os princípios que possibilitariam uma abertura interpretativa para alguns. Para outros, os princípios fecham a interpretação, o que possibilita o combate ao positivismo exegético, ao sistema puro de regras. Por um lado, os princípios são cláusulas de abertura e desoneram o juiz “conteudisticamente” do dever de fundamentar, porquanto se valeria de um procedimento para tanto. Por outro lado, os princípios de um “fechando interpretativo” estariam aptos a sanar as discricionariedades advindas da indeterminabilidade do direito (OLIVEIRA, 2008, p. 163).

Extraí-se, pois, que a tensão entre regras e princípios possui nascedouro dentro desse contexto histórico e teórico, no afã de afastar as limitações do positivismo jurídico, do sistema puro de regras, a fim de buscar a superação, no plano teórico-interpretativo, do “paleojuspositivismo” (STRECK apud FERRAJOLI, 2017, p. 91).

No contexto de o Poder Judiciário ser chamado muitas vezes a solucionar questões polêmicas e relevantes para a sociedade, a leitura clássica do princípio da separação de poderes cede espaço a visões mais favoráveis à expansão do poder judicial, em defesa dos valores constitucionais que, ao fim e ao cabo, vão importar em restrições aos poderes de conformação do legislador, ampliando em demasia a fiscalização por juízes não eleitos (SARMENTO, 2009, p. 7-9).

Santos (2021, p. 39-40) concorda com o ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso quando ele afirma que o neoconstitucionalismo possui no Brasil, grosso modo, a redemocratização ocorrida no pós-Segunda Guerra Mundial.

Segundo PRAZAK, SOARES e AIRES (2021, p. 207-208), no contexto brasileiro, o neoconstitucionalismo somente se corporificou a partir da Constituição Federal de 1988. Apesar das várias constituições antes dessa, as anteriores não se revestiam de valores humanistas além dos textos. Elas serviam a interesses principalmente econômicos e políticos para darem sustentação a atos não democráticos, haja vista a Constituição de 1937, conhecida como a do Estado Novo, inspirada no modelo fascista e em outros modelos autoritários existentes na Europa.

Foi a partir da Constituição Federal de 1988 que se passou a valorizar efetivamente o papel dos princípios, com sua incorporação explícita ou implícita aos textos constitucionais, e houve o reconhecimento, pela ordem jurídica, de sua normatividade. No caso brasileiro, ainda se agrega à necessidade de transformação social e emancipação (BARROSO e BARCELLOS, 2003, p. 147).

STRECK (2014, p. 133) afirma que foi nos anos 90 que se verificou a existência de terreno fértil para o surgimento do neoconstitucionalismo, cujos avanços deram azo, no Brasil, ao que ele denomina “pamprinciologismo”. A partir desse influxo neoconstitucionalista, a tensão entre regras e princípios fica evidente nas decisões do Supremo Tribunal Federal, que nos últimos tempos tem invocado princípios abertos nos seus julgamentos não imune a críticas, para as quais se apontam três motivos:

(a) a de que seu pendor judicialista é antidemocrático; (b) a de que sua preferência por princípios e ponderação, em detrimento de regras e subsunção, é perigosa, sobretudo no Brasil, em razão de singularidades da nossa cultura; e (c) a de que ele pode gerar uma panconstitucionalização do Direito, em detrimento da autonomia pública do cidadão e da autonomia privada do indivíduo (SARMENTO, 2009, p. 24).

A tensão entre regras e princípios vai além da necessidade de resolver o problema da inefetividade das normas constitucionais, notadamente aquelas de cunho compromissório (STRECK, 2017b, p. 98), e, sem prejuízo das observações gizadas por Daniel Sarmento, a aludida tensão deu azo ao surgimento das mais diversas teorias da decisão, enervando as discussões acerca dos critérios utilizados para a solução dos casos aparentemente complexos.

Na trilha do neoconstitucionalismo se incentivou, no Brasil, a recepção da jurisprudência dos valores, da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, e do ativismo judicial norte-americano, tudo porque se acredita que a jurisdição constitucional é a responsável pela incorporação dos verdadeiros valores que definem o direito por isso “plenipotente”. A Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), pelas razões expostas, utiliza a expressão “constitucionalismo contemporâneo” ao se referir ao movimento que desaguou nas Constituições do segundo pós-guerra, presente no contexto atual justamente porque não coaduna com a do direito formulado pelo “neoconstitucionalismo”. Na verdade, o constitucionalismo contemporâneo conduz simplesmente a um processo de continuidade, com novas conquistas que passam a integrar a estrutura do Estado Constitucional no período posterior à Segunda Guerra Mundial [...] representando redimensionamento na práxis político-jurídica, que se dá em dois níveis: no plano da teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito, e no da teoria do direito, no interior da qual se dá a reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição). Na teoria da norma, devido à normatividade dos princípios; na teoria da interpretação, nos termos propostos, representa uma blindagem às discricionariedades e aos ativismos (STRECK, 2017, p. 67-69).

Nesse contexto, as teorias contemporâneas surgidas pós-advento do neoconstitucionalismo têm influenciado os pronunciamentos jurídicos brasileiros no fito de solucionar os chamados casos

difíceis. Na visão da CHD, a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy não se preocuparia com a decisão, porque o procedimento da ponderação não leva em conta o resultado produzido, mas tão somente a correta observação da fórmula. Segundo Oliveira (2008, p. 237), na ponderação alexyana a própria determinação dos princípios em conflito já envolve uma decisão que é entregue à discricionariedade do julgador, desonerando-o do dever de legitimar o pronunciamento judicial.

Na mesma senda, Motta (2012, p. 149), na defesa da CHD e em crítica à teoria da argumentação, afirma que, a pretexto de dar racionalidade ao discurso, a ponderação acaba por conceber tão somente um instrumento em favor do operador do direito, sendo a resolução do caso posto à apreciação do Judiciário uma aposta no sujeito ou na fórmula.

Ademais, toda a problemática reside no fato de que, com a teoria da argumentação jurídica, os princípios só seriam utilizados quando o texto fosse insuficiente e, com isso, eles só integrariam o direito em um vetor de racionalidade de segundo nível, afirma Streck⁴, diferentemente da CHD, que entende que toda regra é, necessariamente, por um princípio.

Com efeito, há inegável prejuízo e desconsideração ao regime democrático, já que uma resposta correta deve ser aquela adequada à Constituição e não fruto do “sentir” daquele que julga, rechaçando o subjetivismo, o solipsismo, o decisionismo, fenômenos recorrentes no pós-positivismo.

⁴ Existe um primeiro nível que é o da compreensão, que sempre chega antes de qualquer procedimento. O procedimentalismo se encontra em um segundo nível. No excerto de *Verdade e consenso*, Lenio Streck afirma que a hermenêutica não concorda com a eliminação do primeiro passo na compreensão, que é exatamente o elemento hermenêutico. Em outras palavras, ele não é contra a teoria procedimental. O modo de ser manifestativo da compreensão precede a teoria do conhecimento. As teorias da argumentação constituem um vetor de racionalidade de segundo nível, ficando no plano apofântico, ao passo que a hermenêutica filosófica, que não cinde interpretação de aplicação, perfaz uma racionalidade de primeiro nível, a partir de um “como hermenêutico” (2017, p. 110; p. 318).

O neoconstitucionalismo deu azo primeiro a uma má recepção. No Brasil de teorias alienígenas utilizadas de forma desmesurada e equivocada, como a da argumentação jurídica de Robert Alexy, sem prejuízo das demais; e, segundo, ao mal emprego dos princípios jurídicos na maioria aplicados como álibis teóricos, como capas de sentido (Streck), no fito de conferir racionalidade a uma decisão que é fruto do subjetivismo daquele que manipula.

Na atualidade, os princípios têm sido utilizados, amiúde, de forma meramente performática, como álibis teóricos, a ponto de constituir aquilo que Luis Alberto Warat denomina senso comum teórico dos juristas. Conforme Streck (2014, p. 175), o crescimento exponencial e criativo de um conjunto de álibis teóricos vem recebendo o nome de “princípios”, os quais, em sua maior parte, possuem nítidas pretensões de metarregras, o que acaba por fragilizar o direito em vez de reforçá-lo.

Para Warat (1982, p. 49-51), o saber crítico e o saber jurídico, muitas vezes, apropriam-se do costume teórico do direito, por intermédio de julgamentos sobre a cientificidade dos discursos que os juristas elaboram em nome do que eles entendem por verdade. Do “senso comum teórico dos juristas” se extrai uma diferenciação das opiniões comuns (doxas) do conhecimento científico (episteme).

Segundo Gilmar Antônio Bedin (2002, p. 180), o senso comum teórico dos juristas é forte no Brasil porque a tradição jurídica brasileira “reproduz a mesma forma de ordenação predominante no Ocidente – família romano-germânica de Direito ou Civil Law”. Em razão disso, recebe passivamente as matrizes da teoria jurídica desse campo de racionalidade.

Tercio Sampaio Ferraz Júnior (2020, p. 64) corrobora Bedin (2002) ao afirmar que existe um colonialismo do saber jurídico pela matriz europeia, uma vez que toda teoria do direito no país foi feita por europeus desde a virada do século XIX.

Na *praxis* forense brasileira, o senso comum teórico dos juristas invoca princípios com a finalidade de afastar o direito posto, em prejuízo ao regime democrático de construção das normas jurídicas. Entrementes, como afirma Tovar (2020, p. 263), princípios existem porque são historicamente pertencentes a uma dada comunidade. Por estarem ligados à prática social de um direito conhecido, não podem ser utilizados como ornamentos de forma performática, de forma retórica.

Por isso, é seguro concluir que o neoconstitucionalismo, além de promover uma má recepção, no Brasil, de teorias alienígenas como a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy (sem prejuízo das demais), que de forma desmesurada e equivocada deram azo ao mal emprego dos princípios jurídicos, na maioria aplicados como álibis teóricos, como capas de sentido (Streck), no fito de conferir racionalidade a uma decisão que é fruto do subjetivismo daquele que manipula.

4. As causas próximas do ativismo judicial brasileiro

Os juristas, e especialmente a doutrina brasileira, têm um papel importante. Para Santos (2021, p. 122), a defesa dos direitos fundamentais em forma de “princípios”, feita pelo Poder Judiciário, permite única compreensão em última escala: o direito é aquilo que os tribunais dizem que é.

Todos vão desempenhar um papel, mesmo porque os magistrados não são os únicos protagonistas no quesito interpretação do direito. Como afirma Motta (2012, p. 35), “existem outros agentes cujas decisões afetam os direitos dos concidadãos”; e, por certo, os advogados, os promotores de Justiça e a academia devem exercer o papel que lhes cabe com responsabilidade, sem adotarem postura subalterna no que diz respeito à compreensão do direito.

Ocorre que, em vez de os juristas levarem a efeito um verdadeiro constrangimento epistemológico⁵, o que se percebe é que setores da doutrina, além de não exercerem um controle sobre as decisões judiciais, assumem postura subserviente, já que em muitos livros as explicações não mais se baseiam na dogmática, em uma epistemologia nascida de debates teóricos e filosóficos, mas no próprio entendimento dos tribunais superiores.

Como afirma Streck (2017, p. 276; p. 297), um dos papéis da doutrina é o de controlar cada vez mais a decisão dos juízes, e para isso é necessário doutrinar em vez de simplesmente reproduzir verbetes jurisprudenciais e ficar à mercê de decisões dos tribunais.

O que aqui se explicita é que o outrora candidato a cargo público de juiz, promotor, defensor público, advogado público, etc. acaba por concordar ou eventualmente entender que o direito é o que os tribunais dizem que é, porque o sistema em que se encontra inserido o obriga a tanto.

A partir do momento em que a doutrina utilizada pelo candidato eventual detentor de cargo público está impregnada de explicações com argumentos não mais baseados na dogmática, em uma epistemologia nascida de debates teóricos e filosóficos, mas no próprio entendimento dos tribunais superiores, as provas de concurso público obrigam o candidato a conhecer algo do tribunal muitas vezes em contradição ao pregado pela doutrina.

Streck (2007, p. 276), ao asseverar a necessidade de se efetuar um controle sobre as decisões judiciais, deixa implícita a convicção de setores da doutrina em contribuir para o protagonis-

5 Constrangimento epistemológico, termo cunhado por Lenio Streck, consiste na maneira de controlar o intérprete para que este não diga qualquer coisa sobre qualquer coisa. Para isso faz a importância da tradição, lugar de inserção do homem, além da obediência à integridade e à coerência (termos de matriz dworkiana), o que não implica proibição de interpretar, mesmo porque o Judiciário exerce um papel nas democracias constitucionais contemporâneas na concretização de direitos fundamentais, mas deve levar em conta que a compreensão é projeto compartilhado (2014, p. 312; p. 329; p. 330).

mo judicial: “as decisões dos juízes devem ser (cada vez mais) controladas”. Este é o papel da doutrina, que precisa “doutrinar”; algo cada vez mais raro em um país dominado por uma cultura de manual, baseada em verbetes jurisprudenciais.

O sujeito quando se torna juiz, promotor de Justiça, defensor público, ele é um ser-no-mundo⁶, já nasce em mundo em que o direito é o que os tribunais dizem que é. Esse nascimento se compreende como o momento em que a pessoa começa a estudar a doutrina e se submete aos certames em que grande parte das questões consiste em entender o direito a partir da opinião das cortes (HEIDEGGER, 2012).

Em se concluindo que a tese é verdadeira, é necessário um verdadeiro constrangimento epistemológico, ainda que isto implique um retorno ao ponto anterior, em que a doutrina doutrinava, em que o tribunal se amoldava à doutrina e não o contrário; que as instituições deixaram de cobrar do candidato o entendimento dos tribunais, ao menos nas questões em que compete à doutrina dar a resposta, uma vez que doutrina explicita conceitos que são frutos de um longo e aprofundado debate teórico e filosófico⁷ (ABBOUD, 2021).

6 A expressão “ser-no-mundo” é aquela empregada por Martin Heidegger (2018, p.98-100) na obra *Ser e tempo*, como um de seus existenciais, como condições do homem, refere-se a um fenômeno de unidade, um estar “dentro de”, designando o modo de ser de um ente que está num outro, como a água está no copo, a roupa no armário, o banco na sala de aula, a sala na universidade, a universidade na cidade, e assim por diante.

7 Georges Abboud (2021, p.75), ao comentar como o neoconstitucionalismo tem servido de base para a prática patológica em nosso sistema jurídico, disseminando completa insegurança jurídica por meio de extermínio da própria dogmática, faz com que conceitos dogmáticos percam importância na aplicação do direito, quando da invocação de valores sob o subterfúgio do uso de princípios constitucionais, exemplificando o conceito de “negócio jurídico” que, segundo ele, “na prática, tem apresentado cada vez menos serventia, uma vez que pode sofrer mutações de toda ordem sob o argumento de boa-fé, função social ou qualquer outro termo vago que se queira invocar para se alcançar a decisão considerada mais justa pelo julgador. Obviamente, não ignoramos a boa-fé objetiva como elemento fundamental para a funcionalização do negócio jurídico. Todavia, a sua própria utilização perpassa pelo uso da dogmática, historicamente sedimentada, e não por argumentos neoconstitucionalistas performativos que tornam sem eficácia séculos de dogmática privatista sob o argumento de fazer o bem e prestigiar a justiça.

Diferentemente da dogmática que traz à luz o entendimento de conceitos jurídicos, depois de longo e aprofundado debate teórico e filosófico, os tribunais, não raro, os utilizam performativamente para conferir um ar de racionalidade à decisão que, ao fim e ao cabo, é fruto do subjetivismo do julgador, sem qualquer aporte em uma teoria da decisão; ou fundamentada de forma diversa da elaborada pelo seu criador, ou, ainda que alicerçada na teoria, nos exatos moldes do inventor pode até mesmo implicar verdadeiro *deficit* democrático.

Na cotidianidade dos fóruns e dos tribunais, um *prêt-à-porter* colocado à disposição do operador do direito contém resposta pronta e rápida, tudo com o aval da dogmática jurídica atual, com o crescimento exponencial da indústria de manuais e compêndios, verdadeiros tutoriais de como ser um “medalhão”. Machado de Assis, Todos os contos, 2019, p. 375-383).

Para Streck (2014, p. 85), o senso comum teórico “coisifica” o mundo e compensa as lacunas da ciência jurídica, interiorizando convenções linguísticas acerca do direito e da sociedade. No direito brasileiro, como um pensamento coletivo massificado, sem crítica e sem técnica, acaba por moldar os discursos dos operadores do direito na cotidianidade, reduzindo o conhecimento a certas verdades jurídicas consagradas (STRECK, 2012, p. 238).

Ainda segundo Streck (2014, p. 98-99), o senso comum teórico possui relação direta com o processo de aprendizagem, embora a cultura calcada em manuais de duvidosa cientificidade predomine nas faculdades de Direito, que se ocupam ora em simplificar o ensino jurídico, ora em sustentar o saber jurídico em comentários e ementários de jurisprudência desacompanhados dos respectivos contextos, razão pela qual se afirma que a hermenêutica praticada nas salas de aula e nesses livros de doutrina continua refratária ao giro linguístico.

Constitui papel, sobretudo da doutrina, constranger os pronunciamentos dos tribunais, quando em contradição à lei ou a con-

ceitos jurídicos há muito consolidados. Não se pode dar voz a um entendimento voluntarista que pretende promover uma mudança arbitrária do sentido das coisas.

A proliferação de manuais que explicam o direito a partir de verbetes jurisprudenciais a-históricos e atemporais a atender apenas às necessidades dos candidatos a juiz, a promotor de Justiça, entre outros, além das do futuro profissional no desempenho de suas funções, é o resultado da formação de uma cultura jurídica padrão, que entende o direito, a partir do palpite dos tribunais, de forma descontextualizada (STRECK, 2014, p. 102).

Streck (2014, p. 110-111), ao intensificar crítica àquela situação de tantos anos de pleno paradigma do Estado Democrático de Direito, do giro ontológico-linguístico e do novo constitucionalismo, sem lograr êxito em construir um modelo de ensino que supere a leitura de leis e códigos comentados – que se baseiam em alguns pontos em repositórios jurisprudenciais –, afirma proliferar uma cultura estandardizada cuja função é vender facilidades aos estudantes que pretendem passar em concursos públicos, deixando de efetuar o necessário constrangimento epistemológico.

A 25.^a edição do Manual de Direito Administrativo, de José dos Santos Carvalho Filho, aborda, ainda que de maneira tímida, um caso de constrangimento epistemológico. Trata-se de equívoco do Supremo Tribunal Federal ao considerar que o ato administrativo da “licença” não é vinculado, mas mera faculdade de agir, sendo suscetível de revogação nas hipóteses de obras licenciadas não iniciadas. Na oportunidade, o doutrinador afirma:

Em que pese ser pacífico o entendimento, parece-nos, no mínimo, estranho e incompatível com o instituto da licença e de seu caráter de ato vinculado e definitivo. Ademais, sempre se assegura, na hipótese em questão, indenização ao prejudicado, o que não se coaduna com a figura da revogação dos atos administrativos (CARVALHO FILHO, José dos Santos. 2012, p. 141).

Outra obra cuja doutrina cumpre seu papel é *Direito Civil: curso completo*, de César Fiuza (2014, p. 267). Nesse livro, o termo jurídico “obrigação” foi analisado por estudiosos, pesquisadores e doutrinadores internacionais, como Pothier (francês), Aubry et Rau, Démogue (francês), Enneccerus, Kipp e Worf (alemães), e nacionais como Serpa Lopes, Pontes de Miranda, Lacerda de Almeida, Orlando Gomes, Caio Mário Pereira. O conceito a que chegaram, portanto, foi fruto de um longo e aprofundado debate teórico e filosófico.

Contudo, não é sempre assim. Existem aqueles que reproduzem sem fazer qualquer tipo de apontamento o acerto ou o desacerto do pronunciamento judicial. Eles replicam quase que integralmente a compreensão das cortes, com base em acórdãos do STF ou STJ, razão pela qual se conclui que a doutrina passa a ser caudatária do entendimento dos tribunais. Depreende-se certa inversão de papéis. Em vez de a doutrina corrigir e constranger, ela é quem sofre correção a fim de se amoldar aos entendimentos dos tribunais e, mais grave que isso, se submeter às próprias instituições realizadoras de concurso público. Não se pode deixar de considerar a própria estrutura que obriga o candidato aspirante a um cargo de promotor de Justiça ou a um de juiz de Direito a entender que o direito é o que os tribunais dizem que é, quando as provas de concursos públicos se ocupam em cobrar dos candidatos os entendimentos das cortes.

Ante o exposto, é seguro concluir que a ausência de um constrangimento epistemológico – pelos operadores do direito e, principalmente, pela doutrina – constitui causa próxima do ativismo judicial brasileiro, na medida em que o direito passa a ser o que os tribunais dizem que é, sem que estes sofram qualquer espécie de correção, o que dá azo à formação de profissionais que são seres-no-mundo, seres-com-os-outros, porquanto há toda uma estrutura que os obriga a compreenderem o direito da forma ditada pelas cortes.

5. Conclusão

O neoconstitucionalismo, além de paradigma constitucional de cunho compromissório de feições dirigentes, o que seria o aspecto positivo, acelerou o surgimento das mais diversas teorias da decisão, o que influencia, em grande medida, o direito brasileiro e, notadamente, os tribunais superiores.

Ocorre que a utilização descriteriosa da teoria alexyana – para falar só dela – fundamenta os mais diferentes posicionamentos, cujos riscos constituem um procedimento generalizado de aplicação do direito, dando azo a um ativismo sem limites.

Além do mais, a abertura interpretativa de alguns pelo emprego dos princípios jurídicos acaba por transformá-los em verdadeiros senso comum teórico, álibis teóricos, salvo-condutos para a atribuição arbitrária de sentidos, afastando o direito posto, em evidente prejuízo ao regime democrático de construção das normas jurídicas.

O uso desmedido e abusivo dos princípios se torna uma carta que o operador do direito utiliza para justificar a descon sideração do direito posto por meio de uma série de argumentos que representam o senso comum, que, ao final, nada mais é do que doxa (opinião) mesclada com a episteme que possui uma mera aparência de verdade.

Por isso, a má recepção e o uso incorreto das teorias da decisão, bem como dos princípios como abertura interpretativa daqueles denominados pamprincípios por Streck, cujo nascedouro advém do neoconstitucionalismo na sua vertente teórica, constituem causa remota do ativismo judicial brasileiro.

Por sua vez, a ausência de constrangimento epistemológico – pelos operadores do direito e, principalmente, pela doutrina – constitui causa próxima do ativismo judicial brasileiro, na medida em que o direito passa a ser o que os tribunais dizem que é,

o que dá azo à formação de profissionais que compreendem e aplicam “um direito” que é algo, menos direito, uma espécie de terceira via do direito.

6. REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. *Direito Constitucional pós-moderno*. São Paulo: Thomson Reuters. 2021.

ABBOUD, Georges; HENRIQUE, Garbellini Carnio; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*. 2013.

ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. *Ativismo judicial e instrumentalidade do processo*. *Revista de Processo*. v. 242, 2015. Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/qu aestioiuris/article/view/40889>>. Acesso em: 28 maio 2021.

ASSIS, Machado. *Machado de Assis: Todos os contos*. Volume I., Ed. Nova Fronteira, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. *Suffragium – Revista do Tribunal Regional Eleitoral do CE*, Fortaleza, v.5.n.8, p. 12, jan/dez.2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em: 11 jan. 2021.

BEDIN, Gilmar Antonio. *Ensino Jurídico: do senso comum teórico dos juristas ao reconhecimento da complexidade do mundo*. *Revista Direito em Debate*, v. 12, n. 18-19, 2003. Disponível em:< <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/757>>. Acesso 28 maio 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *A superação do direito como norma: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileiro*. São Paulo: Ed. Almedina, 2020.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 15 ed. Petrópolis: Vozes. 2015.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 7 ed. Petrópolis: Vozes. 2012.

MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado. 2012.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Decisão Judicial e o conceito de Princípio: A hermenêutica e a (in)determinação do Direito*. São Paulo: Livraria do Advogado.2008.

SANTOS, Bruno Aguiar. *Neoconstitucionalismo: a ideologia fadada ao fracasso do arbitrio*. 2. ed. São Paulo: Ed. JusPODIVM. 2021.

SILVA, Bruno Miola. *O Supremo Tribunal Federal e o ativismo judicial: uma análise dos reflexos dessa prática no judiciário brasileiro*. *Rev. Fac. Dir. Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 31, n. 1: p. 244, jan./jun. 2015. Disponível em: <https://www.fds m.edu.br/adm/artigos/42ac878e602eab56029bb0134ae-e23f2.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2021.

STRECK, Lenio Luiz et al. *Hermenêutica constitucional e senso comum teórico dos juristas*. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 6, n. 19, p. 237-261, 2012. Disponível em: < <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/313>>. Acesso em: 28 maio 2021.

_____. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11 ed. rev.- atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Ed. Casa do Direito. 2017.

_____. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva. 2017.

VALLINDER, T. & TATE, C. Neal. *The Global Expansion of Judicial Power : The Judicialization of Politics*. 1995. New York: New York University.

WARAT, Luis Alberto. *Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, v. 3, n. 05, p. 48-57, 1982. Disponível em: < <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17121>>. Acesso em: 28 maio 2021.

Artigo recebido em 27/06/2023.

Artigo aprovado em 06/10/2023.

DOI: 10.59303/dejure.v22i40.504

94 - 120

Artigo

**EXCEÇÕES À REGRA DA
GUARDA COMPARTILHADA:
INEVITABILIDADE DO INSTITUTO
SOB O VIÉS DO MELHOR INTERESSE DA
CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

ANA MARIA ANDRADE LARA

EXCEÇÕES À REGRA DA GUARDA COMPARTILHADA: INEVITABILIDADE DO INSTITUTO SOB O VIÉS DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

EXCEPTIONS TO THE RULE OF SHARED CUSTODY: THE INEVITABILITY OF THE
INSTITUTE UNDER CHILDREN AND TEENAGERS' BEST INTEREST

ANA MARIA ANDRADE LARA

Pós-graduada em Direito

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil

amlara@mpmg.mp.br

RESUMO: O presente artigo traz uma sucinta abordagem acerca do instituto da guarda no âmbito do poder familiar, notadamente em sua modalidade compartilhada, suas implicações e a importância de que seja atrelada ao princípio constitucional do melhor interesse da criança e do adolescente. Para tanto, são utilizadas interpretações que visam à garantia do melhor interesse da criança e do adolescente no caso concreto, em detrimento da pura e simples aplicação da regra prevista no § 2º, artigo 1.584, do Código Civil Brasileiro. Ademais, utilizam-se julgados e debates sobre o tema, a fim de corroborar os argumentos apresentados e demonstrar a necessidade de uma modificação legislativa mais abrangente.

PALAVRAS-CHAVE: Direito das famílias; guarda compartilhada; princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

ABSTRACT: This article presents a succinct approach to the institution of custody within the scope of family power, notably in its shared modality, its implications, and the importance of it being linked to the constitutional principle of the best interest of the child and adolescent. To this end, interpretations are used to guarantee the best interest of child and adolescent in the specific case, to the detriment of the pure and simple application of the rule provided for in § 2, article 1.584, of the Brazilian Civil Code. Furthermore, judgments and debates on the topic are used to corroborate the arguments presented and demonstrate the need for a more extensive legislative change.

KEY-WORDS: Family law; shared custody; principle of the best interest of children and teenagers.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O instituto da guarda no âmbito do poder familiar. 2.1 Guarda e alienação parental. 2.2 Regrimentos da guarda compartilhada no Código Civil de 2002. 3. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. 4. Necessidade de uma exceção mais abrangente à regra da guarda compartilhada. 4.1 Iminente revisão do Código Civil. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. Introdução

A expressão “guarda”, com origem etimológica no latim *guardare*, designa o ato de proteger, de cuidar, de ter alguém ou

alguma coisa sob abrigo, amparo. No direito das famílias, tal expressão desponta como um verdadeiro instituto jurídico na medida em que atribui à determinada pessoa um complexo de direitos e deveres.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a guarda no ordenamento jurídico brasileiro foi estruturada em dois principais diplomas legais: na Lei nº 8.069/90 (que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA) e na Lei nº 10.406/02 (que institui o Código Civil).

Pode-se afirmar que a guarda com fundamento no ECA é exercida por terceiros, que não os pais, sendo propriamente uma das etapas dos procedimentos de tutela e de adoção nacional. Todavia,

excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados. (§ 2º, art. 33, ECA).

Por outro lado, o Código Civil, ao tratar do casamento, destaca a importância da guarda em conjunto com o sustento e a educação dos filhos. Não obstante, fato é que, existindo ou não uma relação conjugal, a proteção aos filhos perpassa pelo instituto da guarda, que visa a garantir e obrigar que os pais, em conjunto ou separadamente, zelem pelas necessidades de desenvolvimento da criança e do adolescente.

Com efeito, independentemente de onde se fundamenta, seja no ECA ou no Código Civil¹, a guarda geralmente vem acompanhada do direito à convivência familiar, o qual é expresso pelo artigo

1 Vide artigo 33, § 4º, do ECA, e artigo 1.589 do Código Civil de 2002.

227 da Constituição Federal, que tem por destaque a absoluta prioridade em que deve ser inserida a criança e o adolescente.

O objetivo geral do presente artigo, ainda que de forma embrionária, é analisar a legislação vigente sobre o instituto da guarda no âmbito do poder familiar, questionando a forma como é estabelecida a convivência familiar entre pais e filhos. Diante disso, emerge o seguinte problema: quais exceções a regra da guarda compartilhada deve comportar?

Assim, a partir de um levantamento bibliográfico e jurisprudencial, busca-se suscitar a hipótese de que uma espécie de cláusula geral seria exceção suficiente à regra da guarda compartilhada, de forma que o melhor interesse da criança e do adolescente seja o cerne de toda a questão, avaliando-se caso a caso.

2. O instituto da guarda no âmbito do poder familiar

No Código Civil de 1916, a guarda dos filhos era esculpida como dever inerente aos cônjuges. Desse modo, no caso de dissolução amigável da sociedade conjugal, a guarda dos filhos seria acordada entre os pais. Em contrapartida, sendo litigiosa a dissolução da sociedade conjugal, os filhos ficariam sob a guarda do cônjuge considerado inocente².

Com as mudanças ocorridas no final do século XX, o advento da Constituição Federal de 1988 e a Emenda Constitucional 66/2010, lançou-se mão de uma nova concepção de família, com todo o arcabouço que a acompanha, seja na igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres, seja na dissolução da sociedade conjugal e na proteção da pessoa dos filhos.

2 Artigos 231, inciso IV, e 326 do Código Civil de 1916.

Nesse cenário, a guarda como uma decorrência do poder familiar é não somente um direito, mas também um dever que ambos os pais, ou apenas um deles, estão incumbidos de cumprir em favor de seus filhos. Portanto, o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.634, inciso II, prevê que compete a ambos os pais, qualquer que seja a situação conjugal deles, exercer plenamente o poder familiar e, por conseguinte, quanto aos filhos, exercer a guarda.

Paulo Lôbo ensina que

a guarda, para fins dos deveres comuns dos cônjuges, tem o sentido amplo de direito-dever de convivência familiar, considerada prioridade absoluta da criança (art. 227 da CF/1988), e ainda de manutenção do filho, sob vigilância e amparo, com oposição a terceiros, deveres esses inerentes ao poder familiar (art. 1.630 do CC/2002). (Lôbo, 2022, p. 149)

Assim, com a redação trazida pela Lei nº 11.698/08 ao artigo 1.583 do Código Civil, a guarda será unilateral ou compartilhada. Compreende-se por guarda unilateral aquela atribuída a um só dos pais ou a alguém que o substitua, e por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns (§ 1º).

2.1. Guarda e alienação parental

No momento da dissolução da sociedade conjugal, um dos grandes problemas atrelados ao regime de guarda dos filhos é a possibilidade de alienação parental. Nos termos do artigo 2º da Lei nº 12.318/10,

considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a

criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Então, caracterizados os atos típicos de alienação parental ou de qualquer outra conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com o pai ou a mãe, além de outras sanções, é possível ampliar o regime de convivência familiar em favor do ascendente alienado, bem como determinar a alteração da guarda para a modalidade compartilhada ou a sua inversão (art. 6º da referida Lei).

Nesse cenário, a guarda compartilhada despontou como uma espécie de solução para o problema da alienação parental, em detrimento da guarda unilateral:

Em um contexto, no qual grande parte das práticas de alienação parental ocorre pela imposição de guarda unilateral, em que a criança/adolescente ficará com apenas um dos genitores, restando ao outro genitor apenas o direito de visitas, ou seja, uma menor aproximação para com seus filhos, defende-se que a guarda compartilhada seria o ideal para inibir a alienação parental, pois não haveria disputa entre os genitores com relação aos filhos. Com esta guarda, os filhos teriam sempre a presença de ambos os pais, o que diminuiria a influência de apenas um genitor sobre a prole, dificultando, assim, a alienação parental. Pode-se afirmar com certeza que a guarda compartilhada, em que a criança/adolescente tem sempre ao seu redor ambos os genitores, e estes decidem conjuntamente sobre o que é melhor para seus filhos, é a modalidade de guarda que atinge o princípio do melhor interesse da criança/adolescente (Rodrigues; Alvarenga, 2014, p. 335).

Todavia, como se pretende demonstrar no presente trabalho, deve-se ter em mente que, embora a modalidade compartilhada seja de suma importância em significativa parte dos casos, nem sempre ela representa o melhor interesse da criança e do adolescente.

2.2. Regramentos da guarda compartilhada no Código Civil de 2002

Em complemento à definição legal, a guarda compartilhada caracteriza-se pelo fato de ambos os pais, no exercício do poder familiar, compartilharem responsabilidades, direitos e obrigações; ou seja, exercerem a guarda de forma simultânea, sem a obrigatoriedade de se estabelecer uma moradia fixa para a criança ou o adolescente. Desse modo, ambos os pais possuem poder de decisão nos aspectos relevantes da vida dos filhos, ainda que residam em domicílios distintos.

Apesar de a definição ser estipulada pela Lei nº 11.698/08, o regramento da guarda compartilhada, por sua vez, passou por uma modificação mais recente. Assim, em decorrência da Lei nº 13.058/14, algumas modificações e inclusões foram realizadas na legislação civil a fim de ponderar e, *a priori*, aperfeiçoar essa situação.

Nos ditames constitucionais do melhor interesse da criança e do adolescente, bem como pela necessidade de se estabelecer, para fins legais, um domicílio para o menor, o Código Civil, em seu artigo 1.583, §§ 2º e 3º, prevê que “[...] o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos”, e que “[...] a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos”.

O artigo 1.584, por sua vez, destaca os termos em que a guarda, unilateral ou compartilhada, será requerida ou decretada, com procedimento específico no que tange à guarda compartilhada, que, como se infere dos dispositivos legais, passa a ser prioridade no ordenamento jurídico brasileiro em detrimento da guarda unilateral. Senão, vejamos:

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qual-

quer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor.

Logo, pela atual conjuntura do Código Civil, nota-se que existe uma aplicação, por via de regra, da guarda compartilhada dos filhos em comum de pais que não mais têm uma relação conjugal. Tal fato fica evidente pela leitura do § 2º do artigo 1.584, ao aduzir que, quando não houver acordo entre os pais quanto à guarda do filho, será aplicada a guarda compartilhada. Mais adiante, destacam-se detalhes sobre a recente modificação trazida pela Lei nº 14.713, de 30 de outubro de 2023.

A Lei nº 13.058/14 trouxe efeitos práticos. Conforme dados divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), com base nas Estatísticas do Registro Civil, “[...] no país,

o número de registros de guarda compartilhada quase triplicou entre 2014 e 2017, passando de 7,5% dos casos de divórcio de casais com filhos menores para 20,9%” (Tallman; Zasso; Martins, 2019). Já em 2021, por meio da mesma ferramenta de Estatísticas do Registro Civil, verificou-se que a proporção de divórcios com guarda compartilhada dos filhos menores saltou para 34,5%. Cabe o adendo de que os números podem ser ainda maiores ao se considerar a chamada “guarda de fato”, uma vez que os dados colhidos na pesquisa levam em consideração apenas o que consta em cartórios e varas de família.

Ocorre que, na regra da guarda compartilhada, na segunda parte do § 2º do art. 1.584, existe a exceção: “[...] salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor”. Com efeito, questiona-se o porquê de a vontade dos pais ser relevante nesse ponto, se na própria guarda compartilhada há de se considerar o melhor interesse da criança e do adolescente para fins de convívio familiar e moradia.

Recentemente, a Lei nº 14.713, de 30 de outubro de 2023, que altera o Código Civil e o Código de Processo Civil, estabeleceu o risco de violência doméstica ou familiar como causa impeditiva ao exercício da guarda compartilhada, bem como impôs ao juiz o dever de indagar previamente o Ministério Público e as partes sobre situações de violência doméstica ou familiar que envolvam o casal ou os filhos.

Nesse contexto, a redação do Código Civil passa a ser a seguinte:

Art. 1.584, § 2º. Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda da criança ou do adolescente ou quando houver elementos que evidenciem a probabilidade de risco de violência doméstica ou familiar.

Aliás, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG) já decidia nesse sentido. Vejamos a ementa do seguinte julgado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - DIVÓRCIO - PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA - PROCESSO CRIMINAL EM TRÂMITE - MANUTENÇÃO DA GUARDA UNILATERAL EM FAVOR DA GENITORA - REGULAMENTAÇÃO DE CONVIVÊNCIA PATERNO-FILIAL - ACORDO EM PRIMEIRO GRAU - ALIMENTOS - IMPOSSIBILIDADE DE PAGAMENTO - PREJUÍZO PARA SUBSISTÊNCIA - CAPACIDADE FINANCEIRA DO ALIMENTANTE - ÔNUS DA PROVA - NÃO DEMONSTRADO - PARTILHA DE BENS - IMÓVEL DE RESIDÊNCIA DA AGRAVADA E DO MENOR - FIXAÇÃO DE ALUGUEL - CONTROVÉRSIA SOBRE A PROPRIEDADE - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - DECISÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO. - **Sabe-se que diante da Lei nº 13.058/2014, a regra geral é a guarda compartilhada, porém torna-se impositiva a manutenção da guarda unilateral do menor com a genitora, quando pendente processo criminal por violência doméstica e imposta medida protetiva em desfavor do genitor/agravante, com fins a resguardar o melhor interesse do infante.** - Na fixação da pensão alimentícia, deve ser considerada a proporcionalidade entre as necessidades de quem a reclama e as possibilidades de quem está obrigado a prestá-la, nos termos do artigo 1.694, do Código Civil. - Não restando demonstrada a incapacidade do alimentante e existindo dúvidas sobre o real alcance da sua condição financeira, inviável a minoração dos alimentos fixados em primeiro grau. - Havendo controvérsia sobre a propriedade do bem, ou acerca da quota-parte de cada um dos cônjuges, deve ser indeferido o pedido de fixação de aluguel em favor de um deles, considerando a necessidade de dilação probatória. (TJMG. Agravo de Instrumento-Cv nº 1.0000.22.224733-0/001. Relatora: Des. Ivone Campos Guillarducci Cerqueira, 8ª Câmara Cível Especializada, julgamento em 28/04/2023, publicação da súmula em 02/05/2023).

No caso citado, o juízo de 1ª instância deferira a guarda provisória do filho menor à mãe, assegurando o direito de convivência familiar com o pai em finais de semanas alternados, por existir

medida protetiva de urgência com base na Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha). Ao julgar o mérito do recurso interposto pelo pai, a 8ª Câmara Cível do TJMG manteve a decisão que deferiu a guarda provisória unilateral à mãe sob o fundamento de que, mesmo sendo a guarda compartilhada uma regra, as peculiaridades do caso e o trâmite de um processo criminal, com medida protetiva de urgência vigente, impediriam, ao menos por ora, o exercício comum da guarda.

Portanto, observa-se que, para além da vontade dos genitores, há uma preocupação com a probabilidade de risco de violência doméstica ou familiar, o que reflexamente envolve o melhor interesse da criança e do adolescente imerso nesse cenário.

3. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

Embora a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto de Criança e do Adolescente, bem como o Código Civil, não expressem o termo “melhor interesse da criança e do adolescente”, sabe-se que o princípio remonta à Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada em 20 de novembro de 1989 pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU).

A Convenção sobre os Direitos da Criança despontou como o instrumento de direitos humanos mais aceito na história universal, com ratificação de 196 países, inclusive do Brasil. Então, com o Decreto nº 99.170/90, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente passou a ser um verdadeiro alicerce dos direitos e garantias fundamentais das crianças e dos adolescentes.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é amplo e não comporta uma definição precisa, visto que tal tentativa restringiria a sua abrangência, necessária à condição peculiar da pessoa em desenvolvimento e à proteção integral

que dela decorre. Nesse cenário, o princípio é “[...] critério significativo na decisão e na aplicação da lei [...]”, de forma que os filhos devem ser tratados “[...] como seres prioritários nas relações paterno-filiais e não apenas a instituição familiar em si mesma” (Fachin, 1996, p. 125).

Na Constituição Federal, o artigo 227 implicitamente traz as diretrizes do princípio ao prever que:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Nota-se que a obrigação de assegurar os direitos e interesses da criança e do adolescente é tripartite (da família, da sociedade e do Estado) e deve ser tida como prioridade absoluta, de forma a permitir que o tratamento seja prioritário tanto individualmente quanto coletivamente, a exemplo da formulação de políticas públicas.

De volta à ótica civil, os já mencionados artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil implicitamente reconhecem tal princípio ao tratar da guarda no exercício do poder familiar. Com efeito, por ser o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente sustentado pelo texto constitucional do artigo 227, tem-se que ele impede o aplicador de considerar prioritariamente, ou até mesmo exclusivamente, a vontade e interesse dos titulares do poder familiar (Maciel, 2013).

Em outras palavras, o *status* constitucional atua como barreira para que o princípio lógico do melhor interesse do menor não comporte um sentido único e objetivo. Ao contrário da regra, o

princípio tem caráter amplo e valorativo, de forma que o melhor interesse da criança e do adolescente “[...] constitui, inegavelmente, a base e o pressuposto imperativo do sistema de garantias infanto-juvenis” (Maciel, 2013, p. 126).

O Ministro Villas Bôas Cueva faz uma consideração acerca do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente; segundo ele, “[...] foi elevado à condição de metaprincípio por possuir função preponderante na interpretação das leis, em decorrência da natureza específica e vulnerável do menor” (STJ, 2020). Donde se conclui que o princípio deve ser diretriz solucionadora de conflitos advindos do divórcio dos pais, notadamente no que tange à guarda, ao direito de convivência familiar, etc. (Diniz, 2022).

4. Necessidade de uma exceção mais abrangente à regra da guarda compartilhada

Importante ter em mente que não se discutem, aqui, os benefícios que a guarda compartilhada traz aos filhos³, mas sim a forma como ela é dispensada ou imposta pelo Poder Judiciário a partir da legislação vigente.

A priori, salta aos olhos a redação do artigo 1.584, § 2º, do Código Civil admitir que um dos pais, sem a necessidade de apresentar justificativa, abdique do direito-dever de convívio familiar. Nesse sentido, é como se a vontade de um dos pais pudesse sobrepor-se aos deveres inerentes ao poder familiar e ao próprio direito da criança e do adolescente. Para além disso,

3 Ao tratar sobre o tema, Carlos E. Elias de Oliveira (2021, p. 14) destaca como a guarda compartilhada afasta o sentimento de semiorfandade: “Os deveres patrimoniais e extrapatrimoniais andam em conjunto e, quando exercidos por ambos os genitores, geram uma maior proximidade afetiva. [...] Estreitar essa proximidade afetiva tem de ser a mais importante meta do Direito, pois isso é uma das principais formas de concretização do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente”.

essa possibilidade funcionaria como uma espécie de canal para o abandono afetivo ou até mesmo para o delito de abandono de incapaz (Dias, 2023).

Com a promulgação da Lei nº 13.058/14, a guarda compartilhada passou a ser vista como uma espécie de obrigatoriedade que comportaria apenas as exceções previstas no § 2º do artigo 1.584 do Código Civil, ao pé da letra da lei, tanto é que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já se manifestou no seguinte sentido:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE. 1. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. 2. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. 3. **Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso.** 4. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole. 5. **A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta.** 6. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expres-

são. 7. Recurso especial provido. (grifo) (STJ. REsp nº 1.428.596/RS. Relatora Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, julgado em 3/6/2014, DJe de 25/6/2014).

No caso em aprego, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) havia decidido pela guarda unilateral para a mãe do menor, uma vez que entre os pais existiam litígios que tornariam a guarda compartilhada pouco proveitosa para a criança. Ao julgar o recurso interposto pelo pai, a 3ª Turma do STJ concluiu ser possível a guarda compartilhada na ausência de consenso entre os pais, mesmo havendo conflitos entre eles, pois não existe norma ou regramento que a impeça. Além disso, destacou-se que a manutenção da guarda unilateral seria “ação de inércia social” com a qual o Estado não deve compactuar.

Logo, a Lei nº 13.058/2014 ratificou aquela anterior forma de julgar, impositiva, que tende a trazer mais problemas do que soluções. Isso porque, para se priorizar a guarda compartilhada, não basta a mera decisão do juiz com fundamento na lei,

[...] é necessária certa harmonia entre os cônjuges, uma convivência pacífica mínima, pois, caso contrário, será totalmente inviável a sua efetivação, inclusive pela existência de prejuízos à formação do filho, pelo clima de guerra existente entre os genitores (Tartuce, 2022, p. 341).

Nesse ponto, insta salientar que, na época de promulgação da referida modificação legislativa, Rodrigo da Cunha Pereira (2015) já alertava para o fato de que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente tem o condão de salvaguardar uma decisão judicial do “[...] maniqueísmo ou do dogmatismo da regra, que traz sempre consigo a ideia do tudo ou nada”.

Ao longo dos anos, outros juristas e o próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ) perceberam o problema gerado pela Lei nº 13.058/14. Vejamos os seguintes julgados:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. DISSENSO ENTRE OS PAIS. POSSIBILIDADE. 1. A guarda compartilhada deve ser buscada no exercício do poder familiar entre pais separados, mesmo que demande deles reestruturações, concessões e adequações diversas para que os filhos possam usufruir, durante a formação, do ideal psicológico de duplo referencial (precedente). 2. **Em atenção ao melhor interesse do menor, mesmo na ausência de consenso dos pais, a guarda compartilhada deve ser aplicada, cabendo ao Judiciário a imposição das atribuições de cada um.** Contudo, essa regra cede quando os desentendimentos dos pais ultrapassarem o mero dissenso, podendo resvalar, em razão da imaturidade de ambos e da atenção aos próprios interesses antes dos do menor, em prejuízo de sua formação e saudável desenvolvimento (art. 1.586 do CC/2002). 3. Tratando o direito de família de aspectos que envolvem sentimentos profundos e muitas vezes desarmoniosos, deve-se cuidar da aplicação das teses ao caso concreto, pois não pode haver solução estanque já que as questões demandam flexibilidade e adequação à hipótese concreta apresentada para solução judicial. 4. Recurso especial conhecido e desprovido. (grifo) (STJ. REsp nº 1.417.868/MG. Relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 10/5/2016, DJe de 10/6/2016.)

AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ART. 1.022 DO CPC. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. DIREITO CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA OU UNILATERAL. REGIME DE VISITAS. MELHOR INTERESSE DO MENOR. ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL. CONSTANTE CONFLITO ENTRE AS PARTES. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. Em síntese, na origem, trata-se de ação de guarda, cumulada com regime de visitas. 2. Em seu recurso, a parte deixa de impugnar o fundamento da decisão que reconheceu inexistir deficiência de fundamentação, e, assim, ofensa ao art. 1.022, II do Código de Processo Civil, apto a incidir no óbice da Súmula 182 do STJ. 3. O Tribunal de origem afastou a guarda compartilhada, atribuindo a guarda unilateral com dilatação do período de visitação. 4. **As peculiaridades do caso**

concreto inviabilizam a implementação da guarda compartilhada em virtude da realização do princípio do melhor interesse da criança, que impede, a princípio, sua efetivação, em decorrência do constante conflito entre as partes.

5. Na hipótese, a verificação da procedência dos argumentos postos no Recurso Especial exigiria o reexame de matéria fática, procedimento vedado pela Súmula nº 7/STJ. 6. Agravo interno a que se nega provimento. (grifo) (STJ. AgInt no AREsp nº 2.159.803/SP. Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 18/5/2023).

Nos dois julgados em comento, de épocas e juristas distintos, nota-se um ponto em comum: a existência de conflitos entre os pais que vão além da mera ausência de consenso inviabiliza a guarda compartilhada ao tornar o ambiente familiar conturbado, o que, por conseguinte, coloca em risco a formação e saudável desenvolvimento dos menores. Destarte, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente remonta ao cerne da questão.

A partir dessa visão, cada vez mais se debate sobre as implicações que a imposição judicial da guarda compartilhada gera na convivência familiar entre pais e filhos. Nesse sentido, Gustavo Tepedino e Ana Carolina Brochado Teixeira lecionam que

em 2014, a Lei 13.058 determinou a aplicação prioritária da guarda compartilhada, relegando a guarda unilateral a papel residual. A única exceção prevista foi a expressa declaração do genitor no sentido de não desejar ou estar impossibilitado para o exercício conjunto da guarda compartilhada. De todo modo, ainda fica a questão referente à viabilidade da guarda compartilhada diante do litígio entre os pais, já que o norte hermenêutico é o princípio do melhor interesse dos filhos menores, o que pressupõe a tutela da sua integridade psíquica, a fim de que a aplicação do modelo de guarda seja coerente com a legalidade constitucional. (Tepedino; Teixeira, 2022, p. 336)

Pode-se afirmar o mesmo em relação à alteração trazida pela Lei nº 14.713, de 30 de outubro de 2023. Apesar de incluir o risco de violência doméstica ou familiar como mais uma causa impeditiva ao exercício da guarda compartilhada, a recente alteração do Código Civil não foi abrangente o suficiente para estabelecer uma avaliação pontual acerca da possibilidade de os pais exercerem, ou não, de forma conjunta, as responsabilidades, os direitos e as obrigações relativas aos filhos em comum. Por conseguinte, é certo que a legislação pátria ainda não põe em evidência o melhor interesse da criança e do adolescente.

Não obstante, mesmo após a promulgação da Lei nº 14.713/23, os tribunais mantêm a tese de que entre os pais deve haver uma convivência pacífica, independentemente do risco de violência doméstica ou familiar. Vejamos recente julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE GUARDA E DE VISITAS. GENITORES QUE CONTROVERTEM E PRETENDEM, CADA QUAL, QUE LHES SEJAM DEFERIDA A GUARDA UNILATERAL DA FILHA EM COMUM. EXAURIENTE INSTRUÇÃO PROBATÓRIA PRODUZIDA NOS AUTOS QUE EVIDENCIARAM A INVIABILIDADE, NO MOMENTO, DO ESTABELECIMENTO DA GUARDA COMPARTILHADA EM RAZÃO DE ACIRRADA ANIMOSIDADE EXISTENTE ENTRE OS PAIS DA CRIANÇA, INCAPAZES DE TRAVAR UM DIÁLOGO MÍNIMO IMPRESCINDÍVEL À TOMADA DE DECISÕES EM CONJUNTO E AO PARTILHAMENTO DAS RESPONSABILIDADES. RECONHECIMENTO, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, DE QUE A GUARDA COMPARTILHADA, NO CASO DOS AUTOS, NÃO ATENDE AOS MELHORES INTERESSES DA CRIANÇA. MANUTENÇÃO DO DECISUM. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. 1. **Em se tratando de demanda que envolve interesse de criança ou adolescente, a solução da controvérsia deve sempre observar o princípio do melhor interesse do menor, introduzido em nosso sistema jurídico como corolário da doutrina da proteção integral, consagrada pelo art. 227 da Constituição Federal, o qual deve orientar a atuação**

do magistrado. Desse modo, a definição do regime de guarda não prescinde do exame acurado e particular a respeito do devido atendimento ao melhor interesse da criança no caso em julgamento. 2. A guarda compartilhada - que pressupõe a partilha das responsabilidades dos genitores, com a tomada de decisões conjuntas, em relação ao filho em comum -, em um cenário de normalidade e, principalmente, de conscientização dos pais a respeito da necessidade de priorizar os interesses e o bem-estar da criança, constitui o regime idealmente concebido pelo legislador, detendo, por isso, prevalência em relação aos demais, ainda que não haja acordo por parte destes. 2.1 Não obstante, a adoção desse regime de guarda pode se apresentar, a partir das particularidades do caso, absolutamente inviabilizada em razão da litigiosidade acirrada existente entre os genitores, que não permite o estabelecimento de um diálogo mínimo, a obstar toda e qualquer deliberação conjunta a respeito da criança - das mais singelas até as mais relevantes -, potencializando sobremaneira os conflitos interpessoais já existentes entre os pais e nos quais a criança encontra-se inarredavelmente envolta, em total prejuízo ao seu desenvolvimento, adequado e sadio. 3. De acordo com a jurisprudência formada no âmbito das Terceira e Quarta Turmas do STJ, afigura-se absolutamente vedado, no âmbito desta instância especial, promover nova reapreciação de fatos e provas, para afastar a conclusão adotada pelas instâncias ordinárias a respeito da absoluta incapacidade de os genitores estabelecerem um diálogo mínimo e frutífero em prol da filha em comum, imprescindível à viabilização da tomada de decisões em conjunto e, por conseguinte, ao compartilhamento das responsabilidades, inerentes ao regime da guarda compartilhada. 4. **Em virtude do caráter *rebus sic stantibus* da decisão relativa à guarda de filhos, nada impede que o regime de guarda venha a ser futuramente modificado, caso seja demonstrado, em ação própria a este fim, uma efetiva alteração comportamental das partes, comprovando-se a viabilidade do compartilhamento das responsabilidades e da tomada de decisões em conjunto em prol exclusivo dos interesses e do bem-estar da filha em comum.** 5. Recurso especial improvido. (grifo) (STJ. REsp nº 1.888.868/DF. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 21/11/2023, DJe de 4/12/2023)

No caso em tela, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT), com base em laudo psicossocial acostado nos autos, concedeu a guarda unilateral da criança à mãe, uma vez que, além de os pais residirem em cidades distintas, foi comprovada a flagrante hostilidade entre eles e o sofrimento da criança diante dos conflitos parentais. Assim, a 3ª Turma do STJ afirmou que a guarda compartilhada deve ser incentivada, mesmo na ausência de consenso entre o antigo casal. Contudo, com vistas à improcedência do recurso interposto pelo pai da criança, esclareceu que a guarda compartilhada não atenderia ao melhor interesse da infante no caso concreto, notadamente porque, pelo laudo psicossocial, os pais foram considerados incapazes de manter diálogo pacífico e de tomar decisões conjuntas a respeito da filha.

Deveras, havendo conflitos entre os pais que ultrapassam o mero dissenso, a imposição da guarda compartilhada passa de heroína à vilã. Se antes guarda compartilhada era sinônimo de garantia do convívio dos filhos e vinculação afetiva com ambos os pais, agora é dispensa de análise da dinâmica familiar, o que compromete o real e melhor interesse da criança e do adolescente imersos nesse regime de guarda.

Logo, faz-se necessária uma revisão que priorize o estudo psicossocial do núcleo familiar em momento prévio à decisão judicial que determina o regime de guarda dos filhos. Assim, aquela predisposição no sentido de se ter a guarda compartilhada como o instituto que melhor atende as necessidades da prole – pois, em tese, ela propicia uma esfera de proteção conjunta e saudável para os filhos – cai por terra.

O Superior Tribunal de Justiça (2020) possui entendimento consolidado nesse sentido:

A partir do início da vigência da Lei 13.058/2014, a guarda compartilhada foi adotada pelo sistema jurídico brasileiro como o

modelo prioritário. Entretanto, no momento de decidir sobre o tipo de guarda, o juiz deve analisar as especificidades que envolvem a relação entre pais e filhos e, sobretudo, considerar o princípio constitucional do melhor interesse da criança – que pode levar, inclusive, ao estabelecimento da guarda unilateral.

A propósito, a Edição nº 253 da Jurisprudência em Teses do Superior Tribunal de Justiça, ao tratar da regra prevista no § 2º, artigo 1.584, do Código Civil Brasileiro, evidencia:

A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do poder familiar, todavia pode ser afastada se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja exercer a guarda, se houver elementos que evidenciem risco de violência doméstica ou familiar ou, ainda, se as circunstâncias fáticas indicarem que essa modalidade não é compatível com o melhor interesse da criança ou do adolescente. (grifo)

Segundo a jurista Maria Berenice Dias⁴, na hipótese de uma convivência unilateral, nem o Ministério Público nem o Poder Judiciário devem pautar-se pela vontade dos pais, mas sim pelo melhor interesse do menor. Assim, torna-se necessário um estudo profissional de equipe interdisciplinar para comprovar que a convivência com um dos genitores coloca o filho em situação de sofrimento ou perigo.

Nesse contexto, lançando mão de uma equipe profissional e interdisciplinar para avaliar o caso concreto, vê-se, ainda, que a participação da criança e do adolescente no processo de decisão sobre seu melhor interesse é essencial e, porventura, obrigatória. Isso porque é importante ter em mente que a criança é um sujeito de direitos, e não apenas um objeto de proteção (Gonçalves, 2011).

⁴ Em entrevista ao *podcast* Julgados e Comentados (2023), do Ministério Público do Paraná.

Ademais, nos dizeres de Rodrigo da Cunha Pereira (2015, p. 575), o princípio da prioridade absoluta, em conjunto com o melhor interesse, traz consigo “[...] a compreensão de que crianças e adolescentes são sujeitos de direito e não apenas detentores dos direitos dos pais ou responsáveis”.

Portanto, de maneira breve, porém enfática, a legislação carece de uma exceção mais abrangente à regra da guarda compartilhada. Frise-se que tal exceção não precisa ser taxativa – a exemplo do que ocorre na legislação vigente –, bastando uma cláusula geral que priorize o melhor interesse do menor e, por conseguinte, particularize cada caso.

4.1. Iminente revisão do Código Civil

Em setembro de 2023, o Senado Federal instalou uma comissão de juristas a fim de que fosse apresentado um anteprojeto de lei para revisão e atualização da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Inicialmente, pela Subcomissão de Direito de Família, foram apresentadas sugestões de redação do Código Civil, das quais se destacam a modificação do *caput* do artigo 1.583 e a revogação de seus parágrafos; a inclusão de oito novos artigos de nº 1.583, relacionados de “A” a “H”, e a revogação do artigo 1.584.

Assim, sendo regra a modalidade compartilhada de convivência com os filhos, cabe elencar os dispositivos que atuariam como exceções:

Art. 1.583-D. Não havendo consenso sobre o exercício da convivência, o juiz, atentando à orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, estabelecerá um plano de parentalidade, com a divisão equilibrada do tempo com cada um dos pais.

Art. 1.583-E. A guarda unilateral será atribuída a um dos genitores somente quando for reconhecido judicialmente que a convivência com o outro pode comprometer seu desenvolvimento saudável ou causar-lhe algum prejuízo.

§ 1º A guarda unilateral será determinada após a oitiva de ambas as partes e a realização do estudo psicossocial, salvo se a proteção aos interesses do filho exigir a concessão liminar.

§ 2º Estabelecida a guarda unilateral, o juiz determinará a reavaliação social e psicológica periodicamente, para analisar a possibilidade do retorno ao compartilhamento.

§ 3º A guarda unilateral não suspende o direito de convivência que, a depender da gravidade da situação, pode ocorrer de forma assistida.

Art. 1.583-G. Se o juiz verificar que nenhum dos pais tem condições de exercer os deveres parentais, concederá a guarda do filho a algum membro da família extensa que mantenha relações de afinidade e afetividade.

Nesse contexto, a guarda compartilhada não deixaria de ser a regra, mas haveria uma modificação estrutural daquilo que se tem por exceção. Ao colocar o trabalho de profissionais sociais e psicológicos em evidência, o melhor interesse da criança e do adolescente passaria a ser efetivamente o norte da convivência familiar. Logo, as normas sobre o instituto da guarda seriam mais eficazes para o caso concreto.

Todavia, em relatório final dos trabalhos, a Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil (CJCOD-CIVIL) manteve os artigos 1583 e 1584 inalterados, bem como deixou de acrescentar novos artigos para tratar sobre o assunto. Assim, sem quaisquer modificações acerca do instituto da guarda, foi publicado o Projeto de Lei nº 4, de 2025, que dispõe sobre a atualização da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e da legislação correlata.

5. Considerações finais

A guarda compartilhada é o modelo de convivência familiar mais próximo que se pode obter de uma situação em que os pais vivem sob o mesmo teto (Oliveira, 2021). Ocorre que esse regime de convívio familiar entre pais e filhos comporta exceções, as quais inevitavelmente devem ser pautadas no melhor interesse da criança e do adolescente.

De acordo com os julgados citados neste trabalho, o disposto na segunda parte do artigo 1.584, § 2º, do Código Civil vem perdendo força nos julgamentos das demandas que envolvem o regime de guarda dos filhos, mas sem perder a vigência. Isso revela uma insegurança jurídica e, por conseguinte, a necessidade de reformulação legislativa.

Cabe destacar que a redação dada pela Lei nº 14.713/2023 ao Código Civil, no sentido de proibir a guarda compartilhada de criança e adolescente quando houver risco de violência doméstica ou familiar, representa um avanço. Contudo, não é suficiente para enfrentar todos os casos, uma vez que, descaracterizado o risco de violência doméstica ou familiar, o melhor interesse da criança e do adolescente ficaria à mercê da vontade dos pais.

Demonstrou-se que tanto a doutrina quanto a jurisprudência rechaçam a dogmática do artigo 1.584, § 2º, do Código Civil. Embora os recentes estudos para atualização do Código Civil revelem mesmo a necessidade de uma divisão equilibrada do tempo de convivência e da participação igualitária dos encargos parentais, bem como de uma análise técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar para estabelecimento de eventual guarda unilateral, fato é que as normas relativas ao regime de convivência familiar permanecem à margem do Projeto de Lei nº 4/2025.

A partir disso, conclui-se ser patente a reformulação das normas que compõem o instituto da guarda, notadamente quando esta é

atrelada ao exercício do poder familiar. Para tanto, faz-se necessária uma modificação legislativa mais abrangente, que coloque em evidência o melhor interesse da criança e do adolescente, a fim de que ele constitua um verdadeiro pilar interpretativo no direito das famílias, em especial no momento de estabelecimento do regime de convivência entre pais e filhos.

6. Referências

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitucao.htm. Acesso em: 10 out. 2023.

BRASIL. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1916. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 13 out. 2023.

BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 11 out. 2023.

BRASIL. *Lei nº 10.246, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 9 out. 2023.

BRASIL. *Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010*. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em: 15 out. 2023.

BRASIL. *Lei nº 14.713, de 30 de outubro de 2023*. Altera as Leis nºs 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para estabelecer o risco de violência doméstica ou familiar como causa impeditiva ao exercício da guarda compartilhada, bem como para impor ao juiz o dever de indagar previamente o Ministério Público e as partes sobre situações de violência doméstica ou familiar que envolvam o casal ou os filhos. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/l14713.htm. Acesso em: 1 nov. 2023.

BRASIL. Senado Federal. *Relatório final da CJCODCIVIL*. Da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil (CJCODCIVIL), criada pelo Ato do Presidente do Senado (ATS) nº 11, de 2023. Brasília, DF: Senado Federal, [2023].

BRASIL. Senado Federal. *Parecer nº 1 – Subcomissão de Direito de Família da CJCODCIVIL*. Da Subcomissão de Direito de Família, integrante da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil (CJCODCIVIL), criada pelo Ato do Presidente do Senado (ATS) nº 11, de 2023. Brasília, DF: Senado Federal, [2023].

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 4, de 2025*. Dispõe sobre a atualização da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e da legislação correlata. Brasília, DF: Senado Federal, 2025. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/166998>. Acesso em: 6 abr. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). *REsp nº 1.428.596/RS*. Civil e processual civil. Recurso especial. Direito civil e processual civil. Família. Guarda compartilhada. Consenso. Necessidade. Alternância de residência do menor. Possibilidade. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, julgado em 3 jun. 2014, DJe de 25 jun. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). *REsp nº 1.417.868/MG*. Civil e processual civil. Recurso especial. Família. Guarda compartilhada. Dissenso entre os pais. Possibilidade. Relator: Ministro João Otávio de Noronha, julgado em 10 maio 2016, DJe de 10 jun. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). *AgInt no AREsp nº 2.159.803/SP*. Agravo interno. Agravo em recurso especial. Direito processual civil. Deficiência de fundamentação. Art. 1.022 do CPC. Ausência de impugnação específica. Direito civil. Direito de família. Guarda compartilhada ou unilateral. Regime de visitas. Melhor interesse do menor. Entendimento do tribunal. Constante conflito entre as partes. Reexame de matéria fático-probatória. Súmula 7 do STJ. Agravo interno não provido. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti, julgado em 15 maio 2023, DJe de 18 maio 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). *REsp nº 1.888.868/DF*. Recurso especial. Ação de regulamentação de guarda e de visitas. Genitores que controvertem e pretendem, cada qual, que lhes sejam deferida a guarda unilateral da filha em comum. Exauriente instrução probatória produzida nos autos que evidenciaram a inviabilidade, no momento, do estabelecimento da guarda compartilhada em razão de acirrada animosidade existente entre os pais da criança, incapazes de travar um diálogo mínimo imprescindível à tomada de decisões em conjunto e ao partilhamento das responsabilidades. Reconhecimento, pelo tribunal de origem, de que a guarda compartilhada, no caso dos autos, não atende aos melhores interesses da criança. Manutenção do *decisum*. Recurso especial improvido. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 21 nov. 2023, DJe de 4 dez. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência em Teses, Edição nº 253. 21 fev. 2025. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/jt.jsp>. Acesso em: 6 abr. 2025.

DIAS, Maria Berenice. Guarda unilateral e o princípio do melhor interesse. *Consultor Jurídico*. 18 fev. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-fev-18/maria-berenice-dias-guarda-unilateral-melhor-interesse/>. Acesso em: 14 dez. 2023.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família*. 36. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

JULGADOS E COMENTADOS #87: O instituto da guarda e o princípio do melhor interesse de crianças e adolescentes. Entrevistada: Maria Berenice Dias. Curitiba: Escola Superior do MPPIR, 5 abr. 2023. *Podcast*. Disponível em: <https://podcasters.spotify.com/pod/show/julgadosecomentados/episodes/87--Guarda-unilateral-e-o-principio-do-melhor-interesse-e21qjh3>. Acesso em: 27 out. 2023.

FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. Breves considerações sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. *Revista Brasileira de Filosofia*, [s. l.], v. 236, jan./jun. 2011.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. Volume 5. 12. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Em defesa do superior interesse da criança como princípio constitucional e sua interpretação pelas cortes superiores no Brasil nas demandas de relações paterno-filiais. *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, n. 47, jan./mar. 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Agravo de Instrumento nº 1.0000.22.244334-3/001*. Agravo de instrumento - ação de divórcio litigioso c/c alimentos, guarda e partilha - filhos menores - alimentos - arbitramento em ação conexa - litispendência parcial - guarda provisória unilateral - medida protetiva em relação à genitora - inviabilidade da guarda compartilhada - risco de acirramento dos ânimos e conflitos - melhor interesse dos menores - recurso parcialmente provido. Relatora: Desembargadora Ivone Campos Guillarducci Cerqueira (JD Convocado), Câmara Justiça 4.0 - Especiali, julgamento em 25 abr. 2023, publicação da súmula em 26 abr. 2023.

OLIVEIRA, Carlos E. Elias de. Guarda compartilhada, regime de convívio e alimentos: uma abordagem crítica. *Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual*, [Salvador], n. 249, p. 1-29, 2021. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/7113>. Acesso em: 12 jan. 2024.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de direito de família e sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2015.

RODRIGUES, Edwirges Elaine; ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira. Guarda compartilhada: um caminho para inibir a alienação parental. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 9, n. 2, p. 320-339, 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/14772>. Acesso em: 19 out. 2023.

TALLMAN, Helena; ZASSO, José; MARTINS, Rita. Dividindo responsabilidades. *Retratos – A Revista do IBGE*, Rio de Janeiro, n. 16, p. 6-11, fev. 2019. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_mediaibge/arquivos/d4581e6bc87ad8768073f974c0a1102b.pdf. Acesso em: 3 nov. 2023.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito de família*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Fundamentos do direito civil: direito de famílias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

TERCEIRA Turma considera melhor interesse da criança e mantém decisão que deu guarda unilateral ao pai. *Portal STJ*. Comunicação. Notícias. Brasília, DF, 6 ago. 2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portaltj/Paginas/Comunicacao/Noticias/06082020-Terceira-Turma-considera-melhor-interesse-da-crianca-e-mantem-decisao-que-deu-guarda-unilateral-ao-pai.aspx>. Acesso em: 31 out. 2023.

UNICEF. Convenção sobre os Direitos da Criança: Texto completo da Convenção e seus Protocolos Facultativos. *UNICEF*. [S. l.], [s. d.]. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 22 out. 2023.

Artigo recebido em: 14/12/2023.

Artigo aprovado em: 23/01/2024.

DOI: 10.59303/dejure.v22i40.516

121 - 156

Artigo

**O ENFRENTAMENTO À
MORTALIDADE MATERNA E INFANTIL
EM MINAS GERAIS E A ATUAÇÃO
RESOLUTIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

LORENA CARMO SEPÚLVEDA

O ENFRENTAMENTO À MORTALIDADE MATERNA E INFANTIL EM MINAS GERAIS E A ATUAÇÃO RESOLUTIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

CONFRONTING MATERNAL AND INFANT MORTALITY IN MINAS GERAIS AND THE RESOLUTIVE PERFORMANCE OF THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE

LORENA CARMO SEPÚLVEDA

Pós-graduada em Direito

Fundação Escola Superior do Ministério Público de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil
lorenacarmosepulveda@gmail.com

RESUMO: O artigo tem por intuito analisar a temática do enfrentamento à mortalidade materna e infantil e o papel do Ministério Público como provocador de políticas públicas na área da saúde, enfatizando-se os mecanismos de que dispõe a instituição para a consecução de tal fim. Ressaltam-se as dificuldades impostas pelo sistema de saúde, considerando os problemas estruturais de desigualdade social e regional e de gestão do Sistema Único de Saúde (SUS), especialmente no tocante à atenção primária à saúde. Diante desta situação, procurou-se demonstrar a importância da atuação resolutiva do Ministério Público e a possibilidade de os membros da instituição efetivarem significativas mudanças em prol da diminuição dos índices de mortalidade materna e infantil e da colaboração para um sistema de saúde mais democrático e equalitário.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à saúde; Ministério Público; mortalidade materna e infantil; políticas públicas.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the issue of coping with maternal and child mortality and the role of the Public Prosecutor's Office as a promoter of public policies in the health area, emphasizing the mechanisms available to the institution to achieve such ends. The difficulties imposed by the health system are highlighted, considering the structural problems of social and regional inequality and the management of the Unified Health System, especially with regard to primary health care. Faced with this situation, we aim to demonstrate the importance of the Public Prosecutor's Office taking resolute action and the potential for significant changes to be carried out by the members of the institution in favor of reducing maternal and infant mortality rates and promoting a more democratic and equal health system.

KEYWORDS: Right to health; Public Prosecutor's Office; maternal and child Mortality; public policies.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Ministério Público Constitucional: papel social e atuação. 3. A importância da atuação extrajudicial do Ministério Público. 3.1. Instrumentos extrajudiciais para efetivação da tutela coletiva e aplicação na saúde: uma breve análise 4. Saúde, atenção primária, SUS e rede estruturada. 5. Enfrentamento à mortalidade materna e infantil sob a perspectiva da desigualdade e dos determinantes sociais. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1. Introdução

O presente artigo procura analisar a problemática da mortalidade materna e infantil no Brasil, os aspectos de seu enfrentamento situados no âmbito da saúde e o papel das instituições públicas e

da sociedade como atores responsáveis pela diminuição dos fatores que levam aos óbitos; em especial, a atuação do Ministério Público nas políticas públicas de saúde relativas ao tema.

Optou-se por superar as partes históricas a respeito tanto do surgimento do Ministério Público e de seu papel ao longo das décadas, quanto da evolução do direito à saúde no ordenamento jurídico pátrio, atribuindo maior relevância ao contexto a partir da Constituição Federal de 1988, a qual constitui norte para a pesquisa.

À luz desta concepção, tratar-se-á a saúde na perspectiva de um direito universal e constitucionalmente previsto, e o Ministério Público como responsável por uma atuação proativa na defesa desse direito, por meio dos mecanismos a ele conferidos, a fim de garantir que as políticas públicas sejam executadas de forma adequada e atendam às necessidades da população, prezando pela equidade.

No que diz respeito à abordagem do acesso à saúde pelas gestantes e por seus filhos de maneira equalitária, far-se-á uma análise da necessidade de atendimento das demandas de acordo com a vulnerabilidade social dos usuários, buscando-se a redução das desigualdades regionais e sociais e considerando o problema da mortalidade materna e infantil como uma situação estrutural intersetorial.

A presente pesquisa foi desenvolvida por meio do método dedutivo, contando com alguns aportes do método indutivo, dispondo de dados oficiais de relatório governamental de Minas Gerais para ilustração e maior concretude da temática.

O enfrentamento à mortalidade materna e infantil é um tema de caráter global. Com efeito, a redução dos óbitos maternos para menos de 70 mortes por 100 mil nascidos vivos constitui um dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), apresentado pela ONU, para ser alcançado até 2030. No Brasil, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) propôs a meta de redução, também até 2030, para número menor que 30 óbitos maternos por 100 mil nascidos vivos.

Mas, em que pese a evidente dimensão mundial e nacional da temática, no presente artigo far-se-á uma análise com maior enfoque em Minas Gerais e nas disparidades encontradas no Estado.

A propósito, este é um estudo que busca apresentar um parâmetro amplo acerca da mortalidade materna e infantil, contextualizando-a como um desafio para o Estado, para o Ministério Público e para a sociedade na busca não somente da diminuição dos números de óbitos, mas também da qualidade no cuidado às gestantes e aos recém-nascidos e no acesso destes ao sistema de saúde.

2. Ministério Público Constitucional: papel social e atuação

O Ministério Público é constitucionalmente considerado como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, autônomo e independente, com previsão na Constituição Federal de 1988, em seção própria (Seção I – Do Ministério Público, localizada no Capítulo IV – Das Funções Essenciais à Justiça, no título referente à organização dos poderes).

Conforme previsto no artigo 127 da Constituição Federal de 1988, a instituição é responsável pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (BRASIL, 1988).

O Ministério Público, portanto, possui o compromisso institucional de transformação da realidade social, papel que começou a consolidar-se na década de 1980, a partir da promulgação da Lei Complementar nº 40/81, que o definiu em seu artigo 1º de tal forma que, posteriormente, a redação foi quase inteiramente reproduzida na Constituição de 1988.

Além disso, diplomas normativos como a Lei de Política Nacional do Meio ambiente, de 1981, bem como a Lei nº 7.347/85 (conhecida como Lei da Ação Civil Pública), constituíram importan-

tes instrumentos normativos que ressaltam o Ministério Público como protetor dos direitos difusos e coletivos, afirmando sua legitimidade para atuação em defesa dos direitos da sociedade, do meio ambiente, da saúde pública, do patrimônio histórico e cultural, entre outros.

Deste modo, conferiu-se um maior protagonismo na defesa dos interesses sociais, permitindo que a instituição exerça seu papel de fiscalizador das políticas públicas e de proteção dos direitos fundamentais.

Partindo da perspectiva de legitimação social do Ministério Público, em que se busca uma atuação integrada e efetiva, superando a perspectiva meramente processual de atuação, Marcelo Pedrosa Goulart aduz que:

Integrando a sociedade civil, o Ministério Público, nos limites de suas atribuições, deve participar efetivamente do processo democrático, alinhando-se com os demais órgãos do movimento social comprometidos com a concretização dos direitos já previstos e a positivação de situações novas que permitam o resgate da cidadania para a maioria ainda excluída desse processo, numa prática transformadora orientada no sentido de construção da nova ordem, da nova hegemonia, do projeto democrático. (GOULART, 1998, p. 96).

Pois bem. Superada a parte histórica e de modificações do papel do Ministério Público ao longo do tempo, o que se vê hoje é a instituição como essencial ao Estado Democrático de Direito, o qual se relaciona e interage com o Poder Executivo, o Legislativo e o Judiciário, mas se afirma como um perfil independente, com autonomia orçamentaria, administrativa e financeira.

Conforme observado, o ponto de inflexão foi a criação de meios para a tutela civil dos interesses transindividuais que ganharam maior força com o status constitucional outorgado ao inquérito

civil e à ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos. Também foram expressamente garantidos na lei maior os poderes de notificação e requisição de informações e documentos. Da posição de fiscal da lei, com ênfase na defesa da família e da propriedade privada, o promotor de justiça se desloca para o papel de garantidor dos direitos sociais e indisponíveis, entre os quais se insere, com proeminência, o direito à saúde. (FERNANDES, 2016, p. 237).

Portanto, o Ministério Público exerce sua vocação constitucional de agente de transformação social, adotando posição institucional de singularidade própria no Estado e, em razão disso, direciona sua atuação tanto para o viés judicial, quanto para o extrajudicial.

A instituição utiliza-se de mecanismos próprios a ela conferidos pelo ordenamento jurídico para a coparticipação na construção de uma sociedade livre, justa e solidária e na redução das desigualdades sociais e regionais, que, a propósito, são objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

3. A importância da atuação extrajudicial do Ministério Público

Em primeiro lugar, considerando o perfil constitucional já apresentado no capítulo anterior, cumpre ressaltar a perspectiva resolutiva e a demandista do Ministério Público, a depender do exercício de suas funções, conforme sustentado por Marcelo Pedroso Goulart.

São dois perfis interligados e de necessário convívio. Em caso de não obtenção da solução para uma situação concreta por meio da atividade extrajudicial ou resolutiva, entra em atuação o perfil demandista. Além disso, a atuação resolutiva demonstra relevância quando percebida, previamente, a ineficácia de judicialização da demanda e a possibilidade de solução da conflituosidade social enfrentada com maior eficiência (GOULART, 1998).

Conforme ensinamentos de Gregório Assagra de Almeida (2013), a atuação extrajudicial da instituição é de suma importância, sem que se negue a relevância do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito. O Ministério Público resolutivo se mostra como um canal fundamental para o acesso da sociedade a uma ordem jurídica mais legítima e justa.

A transferência para o Poder Judiciário, por intermédio das ações coletivas previstas, da solução dos conflitos coletivos não tem sido tão eficaz, pois, em muitos casos, o Poder Judiciário não tem atuado na forma e rigor esperados pela sociedade. Muitas vezes os juízes extinguem os processos coletivos sem o necessário e imprescindível enfrentamento do mérito. [...] O Ministério Público resolutivo, portanto, é um canal fundamental para o acesso da sociedade, especialmente das suas partes mais carentes e dispersas, a uma ordem jurídica realmente mais legítima e justa. Os membros da Instituição devem encarar suas atribuições como verdadeiros trabalhadores sociais, cuja missão principal é o resgate da cidadania e a efetivação dos valores democráticos fundamentais. (ALMEIDA, 2013, p. 60).

Nesse sentido, por meio do viés extrajudicial, o Ministério Público, em razão do inegável perfil constitucional a ele atribuído, possui recursos suficientes de atuação para a efetivação de direitos sociais, tais como o direito à saúde, a ser tratado no presente trabalho sob a perspectiva do enfrentamento à mortalidade materna e infantil.

Nesse contexto, o cumprimento das funções institucionais deve ser buscado diretamente – como regra, sem recurso à atuação em juízo. A afirmação do direito à saúde de forma mais legítima e coerente com a Constituição exige a construção de soluções compartilhadas e assentadas no diálogo entre todos os atores sociais envolvidos. Mesmo nesse cenário, a judicialização por vezes pode ser necessária, devendo ser resguardada, contudo, para os casos de insucesso no uso dos instrumentos de atuação extrajudicial. (OLIVEIRA; ANDRADE; MILAGRES, 2015, p. 157).

Vale dizer que em 2017 foi publicada a Recomendação nº 54 do Conselho Nacional do Ministério Público, que dispõe sobre a Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público Brasileiro e que explicita a priorização de soluções extrajudiciais de forma proativa, efetiva, preventiva e resolutiva, reconhecendo a via judicial como uma das alternativas de caráter residual de atuação.

Dentre os principais instrumentos extrajudiciais de atuação, destacar-se-á, neste artigo, no âmbito da saúde, o inquérito civil, a recomendação, a realização de audiências públicas e o compromisso de ajustamento de conduta (CAC), os quais constituem recursos essenciais para o controle e fiscalização das políticas públicas aptas a efetivar o referido direito.

3.1. Instrumentos extrajudiciais para efetivação da tutela coletiva e aplicação na saúde: uma breve análise

O inquérito civil é uma ferramenta de investigação privativa do Ministério Público, concebido pela Lei nº 7.347, de 1985, como um mecanismo apto a verificar a lesão ou ameaça de lesão a direito transindividual. Distingue-se do inquérito policial e, diferentemente desse, quem preside a investigação é o membro do Ministério Público com atribuição para adotar as medidas cabíveis.

O referido instrumento extrajudicial possui previsão normativa na Constituição Federal (em seu artigo 129), na supracitada Lei de Ação Civil Pública, bem como na Lei Orgânica do Ministério Público dos Estados (Lei nº 8.625/93), na Lei Complementar nº 75/1993 (denominada Lei Orgânica do Ministério Público da União) e na Resolução nº 23/07, do Conselho Nacional do Ministério Público.

Seu objetivo precípua consiste na investigação da materialidade dos fatos potencialmente ou efetivamente lesivos aos direitos tran-

sindivíduos, sejam estes difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e na identificação dos autores dos atos, que podem ser os mais variáveis possíveis, como, a título de exemplo, a não implementação de uma política pública de saúde determinada por lei (RODRIGUES, 2013).

O inquérito civil não constitui condição de procedibilidade para o ajuizamento das ações a cargo do Ministério Público, nem para a realização das demais medidas de sua atribuição, conforme consta do artigo 1º da Resolução nº 23/07, e possui natureza de procedimento administrativo de investigação, ensejando a prática de atos administrativos executórios a partir de sua inauguração, como as notificações, conduções coercitivas, requisições e atos de instrução.

Nas palavras de Antonio Joaquim Schellenberger Fernandes, em sua obra intitulada “Direito à saúde: tutela coletiva e mediação sanitária”:

Tanto o inquérito civil quanto a audiência pública são meios de coleta de dados e informações que geram o conhecimento sobre um determinado problema e suas possíveis soluções orientando as ações do Promotor de Justiça em sua relação com movimentos, associações, sindicatos, partidos e o próprio governo. (FERNANDES, 2016, p. 271).

Deste modo, utilizando-se do inquérito civil, o Promotor de Justiça possui artifícios para compreender as complexas estruturas que dificultam o acesso da população aos serviços de saúde e fiscalizar a atuação do amplo quadro de instituições envolvidas nas políticas públicas, que devem garantir a assistência eficiente aos cidadãos da região.

Os fins do Inquérito Civil não se restringem ao aparelhamento de uma possível ação coletiva. Ele visa, na verdade, a fornecer ao Ministério Público subsídios para que possa formar seu con-

vencimento sobre os fatos e, sendo necessário, identificar e empregar os melhores meios, sejam eles judiciais ou extrajudiciais, para a defesa dos interesses metaindividuais em questão.

Muitas vezes, será mais vantajosa ao interesse metaindividual, em vez de partir-se para o confronto judicial, a via da composição amigável, por meio do compromisso de ajustamento de conduta. (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2020, p. 197).

É mister salientar a importância da atividade dos membros do Ministério Público com vistas à unidade e eficiência de sua atuação, princípios institucionais e basilares para a integração dos órgãos de execução (principalmente por causa da possibilidade de rotatividade de membros nas comarcas), garantindo sempre a averiguação dos procedimentos já instaurados e desenvolvidos na Promotoria de Justiça, bem como a proatividade para novas diligências e novas instaurações de inquéritos civis.

O compromisso de ajustamento de conduta, por sua vez, tem natureza de negócio jurídico bilateral, com o efeito de adequação da conduta do responsável – compromissário – às exigências legais, sob pena de cominações, tratando-se de solução conciliada (RODRIGUES, 2013). Ao contrário do supramencionado inquérito civil, o CAC pode ser celebrado por órgãos e entes legitimados, para além do Ministério Público.

É comum referir-se ao instituto do compromisso por alusão ao termo que o documenta, a saber, o termo de ajustamento de conduta (TAC), e nota-se que o compromisso assim celebrado tem eficácia de título executivo extrajudicial, devendo ser formulado mediante a fixação apenas do modo, lugar e tempo no qual o dano ao interesse transindividual deve ser reparado, ou a ameaça afastada (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2020).

Na área da saúde, os compromissos de ajustamento de conduta são de suma importância para a adoção de medidas de adequação, prevenção e combate a situações diversas envolvendo municípios, hospitais e demais instituições do ramo.

A título de exemplo, têm-se as seguintes notícias acerca de termos de ajustamento de conduta recentemente firmados pelo Ministério Público de Minas Gerais, veiculadas em seu site oficial: “*Município de Paracatu assina acordo com MPMG para implantação de Câmara de Resolução de Conflitos da Saúde*” (03/03/2023); “*Acordo firmado entre MPMG e município de Juiz de Fora garante adequação da Vigilância Sanitária local*” (03/06/2022)” (MINAS GERAIS, 2023).

Especialmente quanto à primeira notícia, sobre o acordo firmado pelo MPMG com o município de Paracatu, observa-se a importância da atuação extrajudicial das Promotorias de Justiça com atribuição na área da saúde, no intuito de garantir celeridade e maior eficiência às demandas locais:

O Ministério Público de Minas Gerais (MPMG) assinou esta semana um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) com município de Paracatu, no Noroeste do Estado, para a implantação de uma Câmara de Resolução de Conflitos da Saúde. O objetivo, segundo a promotora de Justiça Maria Constância Martins da Costa Alvim, é *garantir maior celeridade na solução das demandas voltadas à saúde, sem a necessidade de acionar o poder judiciário para a preservação do direito do cidadão*.

De acordo com o TAC, a Câmara de Resolução de Conflitos atuará nas demandas que buscam, junto ao Poder Público, o fornecimento de medicamentos, insumos, exames, diagnósticos, tratamentos médicos, procedimentos eletivos e fórmulas nutricionais. *O intuito é resolver os casos extrajudicialmente, por meio de um plano de trabalho. “Parcela significativa das demandas ajuizadas poderia ser solucionada com o fornecimento de medicamentos disponíveis no SUS ou com a realização de exame ou de procedimento cirúrgico solicitado”, afirmou a promotora de Justiça. (MPMG, 2023).*

Já o instrumento da recomendação está previsto na Resolução nº 164/2017, do CNMP, e deve ser utilizado sempre que cabível, preferencialmente à ação judicial, conforme dispõe o art. 6º da referida Resolução.

Definida como instrumento de atuação extrajudicial do Ministério Público, a recomendação tem o objetivo de persuadir o destinatário a praticar ou deixar de praticar determinados atos em benefício da melhoria dos serviços públicos e dos interesses sociais, por meio de um ato formal em que são expostas razões fáticas e jurídicas sobre determinada questão (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2017). Assim, a recomendação atua como instrumento de prevenção de responsabilidades ou de correção de condutas.

A recomendação pode ser expedida pelo Ministério Público no decorrer de um inquérito civil, de um procedimento administrativo ou de um procedimento preparatório, e é importante que o Promotor de Justiça, antes de expedir-la, busque informações sobre a situação jurídica e o caso concreto a ela pertinentes, salvo em caso de impossibilidade motivada (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2020).

Devido à própria natureza da recomendação, seu espectro de abrangência é amplíssimo. [...] Em muitos casos, a vantagem do instituto é justamente lograr demonstrar ao responsável pela conduta como pode evitar a continuidade de uma prática indevida, ou adequá-la aos ditames legais. [...] Em relação à medida judicial a recomendação representa todas as vantagens inerentes a uma solução extrajudicial de conflito: pouco custo, rapidez e eficácia. (RODRIGUES, 2013, p. 288)

Por fim, quanto à audiência pública, trata-se de mecanismo constitucional fundamental à participação democrática, decorrente do exercício direto da soberania pelo povo, conforme o art. 1º, parágrafo único, da CF/88.

A audiência pública é vista como um forte canal de ampliação e de fortalecimento da legitimação social do Ministério Público, permitindo um diálogo mais direto com a sociedade e possibilitando que a instituição estabeleça seu programa de atuação funcional a partir das propostas e reclamações da própria sociedade (ALMEIDA, 2013).

Assim, audiência pública é o mecanismo constitucional por intermédio do qual as autoridades públicas e agentes públicos em geral abrem as portas do poder público à sociedade para facilitar o exercício direto e legítimo da cidadania popular, em suas várias dimensões, permitindo-se a apresentação de propostas, a apresentação de reclamações, a eliminação de dúvidas, a solicitação de providências, a fiscalização da atuação das instituições de Defesa Social, de forma a possibilitar e viabilizar a discussão em torno de temas socialmente relevantes. (ALMEIDA, 2013, p. 76).

De acordo com os ensinamentos de Gregório Assagra de Almeida (2013), não só é possível a realização das audiências públicas pelo Ministério Público, como é também um dever da instituição, como defesa social e promoção da transformação da realidade social, conforme previsão constitucional.

Nesse aspecto, deve-se permitir a participação direta da sociedade na elaboração dos Programas de Atuação Funcional, bem como esclarecer os cidadãos e seus entes representativos sobre as medidas adotadas pela instituição.

Deste modo, na esfera da saúde, por óbvio, não diferente dos demais âmbitos de atuação, os membros do Ministério Público devem dialogar com a sociedade, evidenciando-lhe os direitos e deveres e possibilitando a consecução de políticas públicas direcionadas às necessidades reais da população, de modo a cumprir os ditames do artigo 196 da Constituição Federal.

4. Saúde, atenção primária, SUS e rede estruturada

Superada a parte histórica anterior, o movimento sanitарista da década de 1980 constituiu um marco para o avanço no cuidado com a saúde no Brasil, diante da crítica ao modelo assistencial-privatista então vigente, com a procura de um sistema público que contemplasse todos os brasileiros (MAPELLI JÚNIOR, 2017).

Em 1986, a VII Conferência Nacional de Saúde contou com ampla participação social, oportunidade em que o relatório final serviu de base para a seção da saúde inserida na Constituição Federal de 1988.

Quando se pensa no direito à saúde para todos em um país de dimensões continentais como o Brasil, a proposta soa como um grande desafio, o que de fato é. Para isso, a Constituição Federal de 1988 previu¹, entre os direitos sociais, o direito à saúde como direito fundamental, sendo submetido ao mesmo regime jurídico dos demais, com um processo de alteração mais rígido e considerado cláusula pétrea, além de ser também um direito de aplicabilidade imediata, que pode ser exigido imediatamente, sem intermediação legislativa (BRASIL, 1988).

A constitucionalização da saúde como direito fundamental é uma das inovações trazidas pela CF/88, uma vez que garante tal direito como sendo de todos e um dever do Estado, enquanto os textos anteriores, quando existentes, traziam avanços e retrocessos e diziam respeito às regras sobre distribuição de competências (materiais e legislativas) ou cobertura específica de algum direito de trabalhador. (ANDRADE; MASSON; ANDRADE et al., 2021, p. 812).

De acordo com Canotilho (apud ANDRADE; MASSON; ANDRADE et al., 2021), é preciso reconhecer que “a otimização dos direitos sociais não deriva só, ou primordialmente, da proclamação exaustiva do texto constitucional, mas da *good governance* dos recursos públicos e privados afetados ao sistema de saúde.”

Além disso, conforme o artigo 3º da Lei nº 8.080/90, conhecida popularmente como a Lei do SUS, a saúde tem como determinantes, entre

1 Optou-se, no presente artigo, pela não citação direta dos dispositivos normativos constitucionais que tratam da saúde, a fim de que o texto não fique demasiadamente cansativo. Porém cumpre registrar a suma importância dos artigos 6º, 196 a 200, 23, II, e 24, XII, que tratam da competência material e legislativa; do artigo 30, VII, que trata da prestação pelo Município, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, nos serviços de atendimento à saúde da população, além do art. 227, *caput*, e §1º.

outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais (BRASIL, 1990).

Deste modo, o direito coletivo à saúde, em sentido amplo, por força da interpretação dos conceitos inseridos na parte processual do Código de Defesa do Consumidor², desprende-se de sua concepção individual e deve ser deduzido diretamente das circunstâncias determinantes e condicionantes da saúde, que a Lei n.º 8.080/1990 arrola, de forma exemplificativa, conforme acima exposto.

A fim de interligar o estudo do direito à saúde com o enfrentamento à mortalidade materna e infantil e com a atuação do Ministério Público nas políticas públicas relativas a este plano, é elementar tratar da saúde no aspecto coletivo, bem como da atuação do *Parquet* principalmente na esfera municipal, considerando a regionalização e intersetorialidade da rede de tutela ao referido direito.

Primeiramente, não seria possível discorrer sobre o direito à saúde sem uma elucidação acerca do Sistema Único de Saúde (SUS), o qual foi estabelecido com o intuito de proporcionar atenção integral à população, não apenas por cuidados assistenciais, estando à disposição de todos, desde a gestação até fim da vida.

O SUS é formado pelo conjunto de todas as ações e serviços de saúde prestados por órgãos e instituições públicas federais,

2 A saber, os conceitos legais de interesse difuso, interesse coletivo e interesse individual homogêneo, previstos no art. 81 da Lei nº 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

estaduais e municipais, da administração direta e indireta, bem como das fundações mantidas pelo Poder Público (BRASIL, 1990). Além disso, é permitido à iniciativa privada participar do sistema de maneira complementar.

Para sua efetiva implantação, foram elaboradas e aprovadas as Leis nº 8.080/90 e nº 8.142/90, as quais discorrem sobre os princípios e diretrizes do SUS, prevendo a descentralização dos serviços, a regionalização, a hierarquização e participação social como princípios organizativos, além de princípios doutrinários como a universalidade, a gratuidade, a integralidade e a equidade.

A estrutura conferida ao SUS, com a descentralização das ações e a cooperação técnica e financeira dos entes federativos, reflete o federalismo cooperativo adotado pela Constituição de 1988 (NOVELINO, 2019).

Assim, a prestação direta dos serviços pela direção municipal do SUS, prevista no art. 18 da Lei nº 8.080/1990, compatibiliza o sistema, neste ponto, com o estabelecido pelo artigo 30, VII, CF/88, o qual prevê a competência dos municípios em prestar serviços de atendimento à saúde da população, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado.

Sobre a hierarquização e regionalização, ensina Lauro Ribeiro que:

A concepção constitucional de uma rede regionalizada e hierarquizada (art. 198) decorre da necessidade de tornar o sistema o mais amplo e acessível possível em razão das dimensões continentais de nosso país, sem perder de vista as peculiaridades de cada região.

A hierarquização do atendimento, complementando a regionalização, implica em que a prestação do serviço deve ser dividida em classes, conforme a sua complexidade, do menos complexo ao mais complexo, assim divididos:

(a) atendimento primário (baixa complexidade - atenção básica);

(b) atendimento secundário (média complexidade); e

(c) atendimento terciário (alta complexidade).

Em suma, a regionalização e a hierarquização do SUS operam mediante um sistema de referências e contrarreferências de atendimento médico, sempre com vistas à otimização do uso dos recursos. Exemplo disso é a situação de municípios de pequeno porte cuja demanda é insuficiente para justificar a implantação e a manutenção de uma unidade de alta complexidade, e, caso haja necessidade, o munícipe será atendido em outra localidade da região que disponha do serviço. (ANDRADE; MASSON; ANDRADE et al., 2021, p. 835).

Conforme sinaliza a Secretaria Executiva do Ministério da Saúde (BRASIL, 2000), a ênfase de atuação do SUS está nos municípios, de modo que as ações e os serviços de atenção à saúde devem ser desenvolvidos em um conjunto de estabelecimentos, organizados em rede regionalizada e hierarquizada e disciplinados segundo os subsistemas municipais voltados ao atendimento integral da população local, em conjunto com o SUS de abrangência estadual e nacional.

Os estabelecimentos desses subsistemas municipais, do SUS-Municipal, não precisam ser, obrigatoriamente, de propriedade da prefeitura, nem precisam ter sede no território do município. Suas ações podem ser desenvolvidas pelas unidades estatais (próprias, estaduais ou federais) ou privadas (contratadas ou conveniadas, com prioridade para as entidades filantrópicas) e têm que estar organizadas e coordenadas de modo que o gestor municipal possa garantir à população do respectivo município o acesso aos serviços e a disponibilidade das ações e dos meios para o atendimento integral. (BRASIL, 2000, p. 8).

No tocante à atuação do Ministério Público, importante observação é feita por Antonio Joaquim Schellenberger Fernandes acerca dos momentos distintos de atividade da instituição em relação à consecução do direito à saúde:

Grosso modo, nas últimas duas décadas podemos identificar três momentos distintos na atuação do Ministério Público em relação à saúde. No primeiro, concomitante ao início da implementação do SUS, a instituição é provocada e começa a atuar em defesa da saúde pública. Depois, a experiência acumulada e a intuição de alguns produzem atos normativos que começam a orientar a atuação das Promotorias de Saúde. Finalmente, vitoriosa a crença de que saúde é direito, verifica-se demanda crescente nas Promotorias. (FERNANDES, 2016, p. 241).

Ainda nas lições do referido autor (2016), é imprescindível que os Promotores de Justiça conheçam o plano de saúde do município e se aquele contém um diagnóstico completo e atual da situação epidemiológica da localidade. Além de conhecer o plano, é importante o acompanhamento das entradas e saídas de recursos do Fundo Municipal de Saúde e o trabalho em harmonia com o Conselho Municipal de Saúde.

A Promotoria de Justiça é o núcleo para o qual convergem as teias de relações que se estabelecem a partir das ações do procurador-geral, da Copeds e do CAO-Saúde. No nível local, além do trato corrente com a Secretaria Municipal de Saúde e com os serviços de saúde, o promotor de justiça mantém relações institucionais com os Conselhos de Saúde, o Poder Legislativo e as entidades da sociedade civil organizada.

A saúde, no Brasil, conta com instituições bastante específicas, cujo conhecimento é importante para a tutela coletiva. Entre elas, o controle social (por meio de Conferências e Conselhos de Saúde), o fundo municipal de saúde e a regionalização, com macro e microrregiões, nas quais ocorre a pactuação entre os gestores por meio da Programação Pactuada e Integrada (PPI), forma de organização típica do Sistema Único de Saúde. (FERNANDES, 2016, p. 253).

É importante destacar que o ponto de interseção primordial entre o enfrentamento à mortalidade gestante e infantil, o SUS e a atuação das políticas públicas, principalmente por parte

do Ministério Público, ocorre no âmbito da atenção primária à saúde (APS), a qual é definida legalmente pela Portaria nº 2.436, de 2017, em seu artigo 2º, como:

O conjunto de ações de saúde individuais, familiares e coletivas que envolvem promoção, prevenção, proteção, diagnóstico, tratamento, reabilitação, redução de danos, cuidados paliativos e vigilância em saúde, desenvolvida por meio de práticas de cuidado integrado e gestão qualificada, realizada com equipe multiprofissional e dirigida à população em território definido, sobre as quais as equipes assumem responsabilidade sanitária. (BRASIL, 2017).

A atenção primária deve fazer-se presente em todos os municípios brasileiros, sem distinção de regionalização, índices econômicos ou populacionais, sendo de suma importância a atenção dos gestores públicos voltada para essa assistência, haja vista que o atendimento de cerca de 80% a 85% da população pode ser realizado pela APS (MINAS GERAIS, 2021)³.

Com essa abrangência e cumprindo o papel de porta de entrada da atenção à saúde, a atenção primária exerce função de filtro, ou seja, racionaliza o acesso aos níveis especializados de assistência à saúde.

No tocante à ênfase de atuação do Ministério Público, especialmente de Minas Gerais, verifica-se a contribuição para o fortalecimento e expansão da rede de atenção básica como um dos objetivos prioritários da instituição na área da saúde, conforme Plano Estratégico 2020-2029 (MINAS GERAIS, 2021).

O Plano Geral de Atuação (PGA), de 2021, viabilizado pelo Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa da Saúde (CAO-Saúde), tem como objetivo fomentar a atuação institucional que possa contribuir para o provimento adequado de

3 Consideração acerca do tema retirada do Roteiro de Atuação do CAO-Saúde (Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa da Saúde), do Ministério Público de Minas Gerais.

profissionais de saúde para a Estratégia Saúde da Família (ESF) e proporcionar condições para uma assistência à saúde adequada e resolutiva na atenção primária à saúde (MINAS GERAIS, 2021).

A ESF é considerada pelo Ministério da Saúde (BRASIL, [s.d.]) como estratégia de expansão, qualificação e consolidação da atenção básica/primária, de acordo com os preceitos do SUS e de modo a ampliar a resolutividade da situação de saúde local.

O Ministério da Saúde ainda elenca a composição da equipe multiprofissional apta para a consecução dos objetivos, apontando a necessidade da presença de profissionais como médico generalista ou médico especialista em saúde da família, agentes comunitários de saúde, auxiliar ou técnico de enfermagem, entre outros (BRASIL, [s.d.]).

Deste modo, a ESF é considerada uma política pública que deve ser executada por todos os municípios, o que significa que todos os Promotores de Justiça no Estado, em todas as comarcas, terão atribuição relacionada à saúde da família, podendo atuar de forma capilarizada, mas com sinergia, de modo a produzir resultados efetivos para a população.

Além disso, na prática, é necessária a verificação constante da integralidade e do pleno funcionamento da equipe multidisciplinar supracitada, que deve conhecer a população à qual se direcionam os serviços, considerando os fatores de risco individuais e sociais e os fatores determinantes de saúde daquela comunidade, como moradia, renda e violência.

A partir de seu funcionamento efetivo em relação às necessidades populacionais do local, é possível que o atendimento básico à saúde filtre as demandas que se dirigiriam à atenção secundária e aos atendimentos especializados, deixando o acesso disponível aos que precisam do Pronto Atendimento, das Unidades Básicas de Saúde e das Unidades de Saúde da Família.

5. Enfrentamento à mortalidade materna e infantil sob a perspectiva da desigualdade e dos determinantes sociais

Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), 830 mulheres morrem todos os dias de causas evitáveis relacionadas à gravidez e ao parto no mundo, e 2,5 milhões de recém-nascidos morrem todos os anos (BRASIL, [s.d.]).⁴ Além disso, 300 mil nascimentos prematuros foram registrados em 2019 no Brasil, sendo o nosso país o 10º colocado mundial no *ranking* de prematuridade.

O Ministério da Saúde, seguindo o conceito trazido pela OMS, define a mortalidade materna como a morte de uma mulher durante a gestação ou até quarenta e dois dias após o término da gestação, independentemente da duração ou da localização da gravidez (BRASIL, 2009). A morte materna é causada por qualquer fator relacionado ou agravado pela gravidez ou por medidas tomadas em relação a ela, não sendo considerada aquela provocada por fatores acidentais ou incidentais.

Para o cálculo da mortalidade materna, utiliza-se a razão de cálculo de mortes relacionando com o número de 100 mil nascidos vivos. É o que esclarece o Ministério da Saúde:

Cálculo: O cálculo da razão deve ser feito sempre para a mesma área e a mesma unidade de tempo, e o seu resultado deve ser multiplicado por “K” (seguindo padrão internacional adotado, $k = 100.000$). $N.º \text{ de óbitos maternos (diretos e indiretos)} / N.º \text{ de nascidos vivos} \times 100.000$. (BRASIL, 2009, p. 17).

Por sua vez, a mortalidade infantil e fetal possui como taxa o número de óbitos de menores de um ano de idade, por mil nascidos vivos, na população residente em determinado espaço geográfico, no ano considerado (BRASIL, 2009).

⁴ Dados sobre a insegurança obstétrica, advindos da OMS, constantes da Biblioteca Virtual em Saúde do Ministério da Saúde do Brasil.

Ainda segundo o Ministério da Saúde, a mortalidade infantil é dividida em mortalidade neonatal (de 0 a 27 dias de vida) e a mortalidade pós-neonatal (de 28 a 364 dias de vida).

A primeira sofre influências das condições socioeconômicas e de saúde da mulher, assim como da qualidade do pré-natal, parto e assistência ao recém-nascido; já a segunda relaciona-se com o acesso aos serviços de saúde e com fatores determinados pelas condições de vida e características familiares, como renda, educação e saneamento básico (BRASIL, 2009).

Definidos os respectivos conceitos e formas de cálculo da mortalidade materna e infantil, necessária se faz a exposição acerca da evitabilidade dos óbitos, uma vez que, a partir dessa análise, tem-se a leitura da importância de se efetivarem políticas públicas. De fato, as mortes não podem ser tratadas como mera fatalidade, quando se demonstra claramente a grave violação de direitos fundamentais.

Segundo a Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais (2021), por meio dos dados contidos em seu Plano de enfrentamento à mortalidade materna e infantil, 91% dos casos de morte materna ocorridos em 2019 foram considerados evitáveis, dos quais 67% foram classificados como evitáveis e 24% como potencialmente evitáveis. Apenas 4% dos casos foram classificados como inevitáveis.

No que diz respeito à mortalidade infantil, os dados mostram que a maioria dos óbitos infantis são evitáveis, correspondendo a aproximadamente 70% dos óbitos neonatais e cerca de 45% dos óbitos pós-neonatais (MINAS GERAIS, 2021).

Diante da análise da evitabilidade dos óbitos, percebe-se que o cuidado à mulher na gestação, no parto e ao recém-nascido são as ações com maior impacto na redução da mortalidade e, quanto aos óbitos pós-neonatais, os esforços voltados para o diagnóstico e tratamento adequado das doenças comuns do primeiro ano de vida ganham destaque.

Cumpra salientar que o acesso das gestantes ao pré-natal é de suma importância e encontra respaldo no Plano de Enfrentamento à Mortalidade Materna e Infantil, da Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais, que demonstra a necessidade de averiguação, por meio de monitoramento quadrimestral, da proporção de gestantes com pelo menos seis consultas de pré-natal, sendo a primeira até a 12^a semana de gestação (MINAS GERAIS, 2021).

A apuração constitui um dos indicadores primários do referido plano, que tem como fim a eficiência das ações de prevenção, a qualidade na assistência prestada às mulheres e crianças e as ações de vigilância, além da redução do número de mortalidade materna e infantil no Estado.

Toma-se como base a proposta de alcançar um número menor que 40 óbitos maternos por 100 mil nascidos vivos e, quanto aos óbitos infantis, a redução para 10,50 a cada mil nascidos vivos (MINAS GERAIS, 2021).

Assim, a partir do cadastro⁵ dos atendimentos e registros no sistema e-SUS, voltado para a atenção primária à saúde das gestantes, puérperas, parceiros e crianças, identificando eventual hipótese de maior vulnerabilidade social, além da estratificação do risco gestacional e infantil em todas as consultas, é possível que se tenha um maior controle de gestão das políticas públicas destinadas à atenção primária, com eventual encaminhamento para as especialidades da atenção secundária à saúde.

Deste modo, diante da fiscalização da atenção primária e da presença das equipes de saúde da família responsáveis pelo atendimento, em conjunto com a capacitação para o manejo da baixa complexidade e organização dos centros regionais de atenção especializada, com a devida articulação das maternidades, é possível um resultado significativo no enfrentamento à mortalidade materna e infantil.

5 Ressalte-se que as medidas enumeradas são algumas das ações propostas no Plano da Secretaria de Saúde de Minas Gerais, de 2021, com vigência até o presente ano de 2023.

Por ser um problema estrutural, o Poder Executivo é predominantemente o responsável por conceber e implementar as políticas públicas, mas o Ministério Público, por meio de seus mecanismos, especialmente de atuação extrajudicial sob a perspectiva resolutiva, possui papel fundamental no tema e na condução da atenção à gestante e aos recém-nascidos.

O *Parquet*, portanto, deve atentar-se na apuração da efetividade das medidas e na impulsão destas, por meio de recomendações, termos de ajustamento de conduta, audiências públicas, entre outros mecanismos, de modo a sempre levar o Plano Institucional ao conhecimento dos gestores locais de saúde e fomentar a discussão com as equipes nos aspectos que devem ser melhorados nos municípios.

Por óbvio, o trabalho no enfrentamento à mortalidade materna e infantil não é tarefa fácil. Alguns pontos como o acesso à saúde e questões correlacionadas, como a acessibilidade geográfica, disparidades socioeconômicas entre as regiões nos Estados, bem como a diversidade cultural e desigualdade na infraestrutura local, são fatores que dificultam a atuação dos atores do âmbito da saúde.

Um dos maiores problemas do sistema é a dificuldade de acesso às ações e serviços de saúde disponíveis pela população, ou até mesmo sua inexistência. A questão possui correlação com um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, previsto no artigo 3º, inciso III, da Constituição Federal, qual seja, a redução das desigualdades sociais e regionais, além das previsões dos princípios da universalidade e da integralidade em matéria de saúde (FERNANDES, 2016).

Nota marcante é que a mortalidade materna e infantil correlaciona-se, de maneira geral, às condições de desenvolvimento socioeconômico e a aspectos como a renda, moradia, educação, lazer, saneamento básico, além da violência local, que dificulta a realização de visitas domiciliares, sendo estes fatores que refletem na questão estrutural do acesso às garantias do direito à saúde.

Os chamados determinantes sociais de saúde, conceito adotado pela OMS em seu relatório “Diminuindo Diferenças: a prática das políticas sobre determinantes sociais da saúde”, dizem respeito às condições em que as pessoas nascem, vivem, trabalham e envelhecem e englobam os determinantes econômicos, políticos, culturais e ambientais, os quais refletem diretamente nas ações e mecanismos voltados à efetivação do direito à saúde (CARVALHO, 2013).

Para Antonio Ivo de Carvalho, alguns determinantes sociais ganham mais relevância quando se analisa o contexto do acesso à saúde, sendo eles os que geram estratificação social:

Nem todos os determinantes são igualmente importantes. Os mais destacados são aqueles que geram estratificação social — os determinantes estruturais que refletem as condições de distribuição de riqueza, poder e prestígio nas sociedades, como a estrutura de classes sociais, a distribuição de renda, o preconceito com base em fatores como o gênero, a etnia ou deficiências e estruturas políticas e de governança que alimentam, ao invés de reduzir, iniquidades relativas ao poder econômico. [...] *Esses mecanismos estruturais, que alteram o posicionamento social dos indivíduos, são a causa mais profunda das iniquidades em saúde.* São essas diferenças que — com seu impacto sobre determinantes intermediários como as condições de vida, circunstâncias psicossociais, fatores comportamentais e/ ou biológicos e o próprio sistema de saúde — dão forma às condições de saúde dos indivíduos.

Portanto, adotar *a abordagem dos determinantes sociais significa compreender o valor que a saúde tem para a sociedade e admitir que ela depende de ações que, muitas vezes, não têm relação com o setor Saúde.* (CARVALHO, 2013, p. 19) (grifos nossos).

Corroborando o entendimento de que compreender o contexto da saúde na sociedade significa admitir a necessidade de se pensar em mudanças multidisciplinares, verifica-se o impacto das disparidades regionais presentes em Minas Gerais, que geram consequências diretas no número de óbitos evitáveis.

Segundo os dados trazidos pela Secretaria de Estado de Saúde (2021), Anexos A e B, nos períodos entre 2017 a 2019 é possível verificar uma discrepância relevante entre as Unidades Regionais de Saúde de Minas Gerais, no tocante tanto à razão de mortalidade materna, quanto à taxa de mortalidade infantil.

A título de exemplo, enquanto na região de Governador Valadares a Razão de Mortalidade Materna equivale a 87,33, em Patos de Minas o número cai para 23,66, ambos calculados por 100.000 nascidos vivos – vide Anexo A ao final do texto.

Do mesmo modo, verifica-se pelo Anexo C a alarmante diferença de número de óbitos considerando a raça/cor, em que a Razão de Mortalidade Materna entre mulheres de raça/cor preta e mulheres indígenas é substancialmente maior que a média do Estado e, quando comparadas com a raça/cor branca, é 2,2 e 4,7 vezes maior, respectivamente (MINAS GERAIS, 2021).

É inadmissível, dentro do contexto do Estado Democrático de Direito, que as gestantes e crianças mineiras, consideradas no presente trabalho como um exemplo, estejam mais expostas aos riscos de óbitos evitáveis do que as de outra região ou levando em conta a cor/etnia.

Nesse ponto, acertadamente, o Ministério Público de Minas Gerais (2021), por meio do já citado Plano Geral de Atuação, buscou orientar os membros das Promotorias dos municípios cujos índices de mortalidade são maiores, para que concedam o enfoque necessário na averiguação do desempenho da atenção primária nas regiões, levando em conta as disparidades aqui tratadas.

É preciso que as autoridades, os gestores, o Ministério Público, as entidades da sociedade civil, entre outros atores no sistema de saúde, se questionem se as políticas públicas estão se transpondo pelas deficiências sistêmicas e estruturais das regiões, a fim de que a elaboração e execução das ações pertinentes considerem a complexidade das causas das desigualdades.

Impactos do racismo estrutural, especificidades culturais e epidemiológicas da população indígena, demais povos e comunidades tradicionais, bem como diferenças socioeconômicas das regiões, demandam um trabalho intersetorial e intrasetorial para a superação das iniquidades na seara da saúde (MINAS GERAIS, 2021).

Acerca da temática das desigualdades, Amartya Sen as trata como causadas por fatores estruturais e institucionais que limitam as oportunidades e capacidades das pessoas (SEN, 2011). Nesse aspecto, o autor parte da discussão acerca da justiça social e aborda especialmente uma leitura do professor John Rawls acerca do tema.

Considerado o tema ora tratado à luz da obra “A ideia de Justiça”, observa-se a importância da análise das causas estruturais das desigualdades para se avaliar a justiça na forma como as instituições e políticas sociais devem agir (SEN, 2011).

Destaca-se a importância da abertura da liberdade de expressão para a sociedade influir no aspecto da justiça social, o que, no contexto da saúde, pode-se inferir que as políticas públicas de saúde devem levar em conta as diferentes necessidades e demandas das populações de diferentes regiões.

Nesse sentido, seguindo a vertente do autor, os pontos centrais de uma compreensão mais ampla da democracia são a participação política, o diálogo e a interação pública (SEN, 2011).

Assim, diante da promoção da participação popular e do diálogo aberto, há a possibilidade de que os mecanismos e ações voltados à saúde sejam sensíveis às reais necessidades das pessoas e reflitam suas demandas.

Na verdade, a ligação fundamental entre a argumentação pública, por um lado, e as demandas de decisões sociais participativas, por outro, é fundamental não apenas para o desafio prático de tornar a democracia mais efetiva, mas também para o problema

conceitual de basear uma ideia devidamente articulada de justiça social nas exigências da escolha social e da equidade. Ambos os exercícios têm um lugar importante na tarefa na qual esta obra está envolvida. (SEN, 2011, p. 106).

É preciso um olhar ampliado, no sentido de investigar, compreender as causas sob a perspectiva social, entender onde as políticas públicas falharam e em que aspectos podem melhorar não só na saúde, mas na assistência social, no acesso à educação, no saneamento básico, na alimentação, a fim de concretizar a promoção da dignidade da pessoa humana, prevista constitucionalmente.

Nesse aspecto, para que o enfrentamento à mortalidade materna e infantil seja efetivo, é essencial que seja dada a visibilidade necessária ao cenário geral de vulnerabilidade social e desigualdade como problemas estruturais.

Busca-se, deste modo, assistência qualificada e eficiente para a população, em especial às gestantes e às crianças, que só será concretizada por meio do fortalecimento dos vínculos institucionais e administrativos dos órgãos, instituições – aqui se enquadrando o Ministério Público –, entidades e comitês com representação nos municípios.

Medidas como a identificação dos óbitos maternos, fetais e infantis; a articulação das equipes das Unidades de Atendimento Primário à Saúde e da Educação para o desenvolvimento de ações de promoção da saúde e de prevenção relacionadas ao direito sexual e reprodutivo no âmbito escolar; o estímulo à captação precoce das gestantes no pré-natal; as diretrizes assistenciais às crianças de risco e a viabilidade ao acesso oportuno ao serviço especializado de saúde quando necessário (MINAS GERAIS; 2021) são direções para obter o resultado pretendido.

No âmbito da mobilização social e da comunicação, a produção de campanhas para sensibilização da população acerca dos óbi-

tos maternos e infantis, a manutenção da divulgação do tema nas redes sociais, inclusive sobre cuidados com crianças de 0 a 1 ano de idade, como amamentação, imunização e incentivo à criação, também são medidas que devem ser tomadas pelos agentes públicos em seus respectivos setores de atuação.

Assim, em especial o Ministério Público, ao qual foi dado o enfoque no presente artigo, poderá trabalhar por meio de ações proativas e diante da identificação da intersetorialidade do tema e da desigualdade social e regional como aspectos latentes, principalmente por meio do viés resolutivo, utilizando-se dos mecanismos extrajudiciais conferidos à atuação de seus membros, para que haja uma intervenção ampla e contínua na área da saúde e no enfrentamento à mortalidade materna e infantil.

6. Considerações finais

A proposta deste trabalho foi evidenciar a problemática da mortalidade materna e infantil e a forma como o seu enfrentamento demanda a atuação dinâmica e multifacetada dos agentes que se encarregam do funcionamento do sistema de saúde, destacando-se o papel do Ministério Público em seu viés resolutivo.

Partiu-se da construção da função do Ministério Público na perspectiva constitucional de seu papel social, de modo a ressaltar seus mecanismos de atuação extrajudicial e a importância do uso destes de maneira prioritária, não se negando a necessária convivência com o perfil demandista.

Após a apresentação dos instrumentos pertinentes à atuação do *Parquet* na esfera resolutiva, como o inquérito civil, a recomendação, o compromisso de ajustamento de conduta e as audiências públicas, demonstrou-se a importância da atenção primária à saúde na assistência às gestantes e aos recém-nascidos, com lastro nos princípios norteadores da estrutura operacional do SUS.

No intuito de trazer uma análise mais palpável acerca da situação da mortalidade materna e infantil em Minas Gerais, dados retirados do Plano de Atuação da Secretaria de Saúde do Estado foram explicitados, evidenciando-se as desigualdades regionais e sociais como fatores determinantes que devem ser observados na consecução da finalidade de redução do número de óbitos evitáveis no território estadual.

Por fim, partindo do pressuposto de que o enfrentamento à mortalidade materna e infantil passa pelo reconhecimento das diversas manifestações de desigualdade e da ineficiência do acesso efetivo de maneira equalitária ao sistema de saúde, é preciso analisar a temática por um olhar intersetorial, consistente na articulação entre órgãos públicos, instituições responsáveis e setores da sociedade civil, a fim de que as políticas públicas sejam moldadas para atenderem aos preceitos do direito à saúde definidos constitucionalmente.

Deste modo, apenas a partir de ações em níveis regionais e locais voltadas às especificidades e dificuldades reais da população, em especial das mulheres grávidas e de seus filhos, será possível vislumbrar-se satisfatória diminuição do número de óbitos, que não podem ser tratados como uma fatalidade, mas como grave violação a direitos fundamentais e que demandam o aprimoramento técnico adequado e constante daqueles que atuam no ramo da saúde.

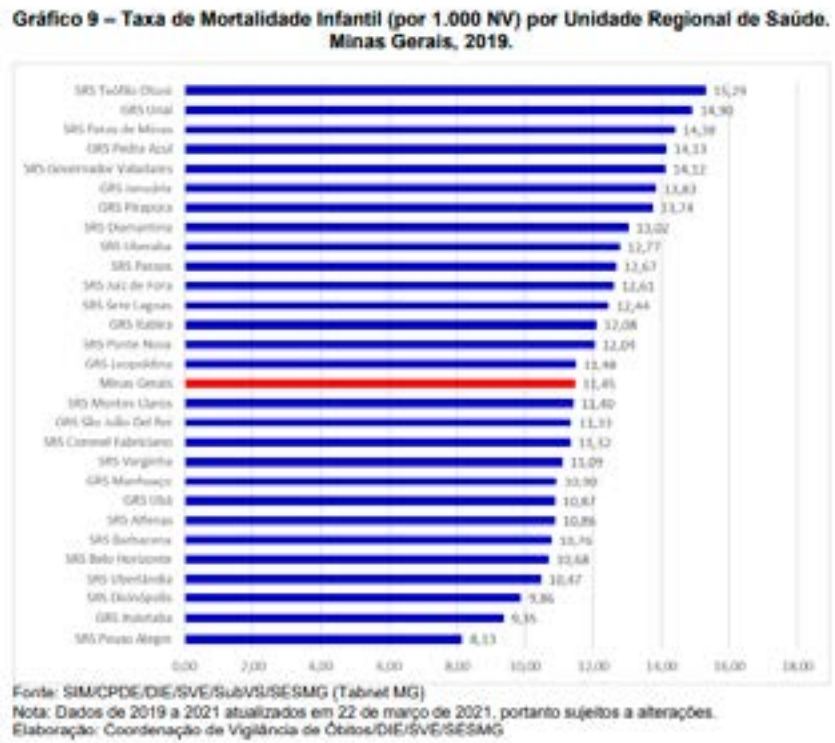
Destaca-se, portanto, o papel do Ministério Público no diálogo com a comunidade e na busca de soluções, haja vista a proximidade do Promotor de Justiça com os cidadãos, a partir de uma dinâmica institucional proativa e intersetorial, priorizando a articulação dos mecanismos extrajudiciais de que dispõe.

ANEXO A – Razão de Mortalidade Materna por Unidade Regional de Saúde. Minas Gerais, de 2017 a 2019.



Fonte: Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais. *Deliberação CIB-SUS/MG nº 3.791, de 19 de abril de 2022.*

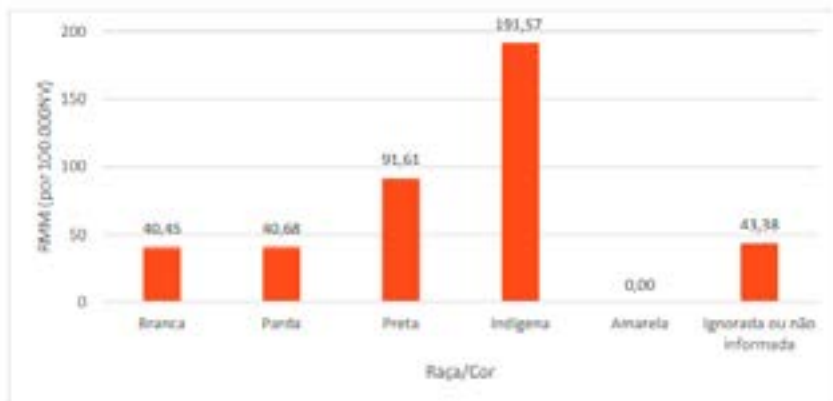
ANEXO B – Taxa de Mortalidade Infantil (por 1.000 NV) por Unidade Regional de Saúde. Minas Gerais, 2019.



Fonte: Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais. *Deliberação CIB-SUS/MG nº 3.791, de 19 de abril de 2022.*

ANEXO C – Razão de Mortalidade Materna por Raça/Cor. Minas Gerais, 2019.

Gráfico 3 - Razão de Mortalidade Materna por Raça/Cor. Minas Gerais, 2019



Fonte: CEPMMIF (óbitos); SINASC/SES-MG (Tabnet MG)

Fonte: Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais. *Deliberação CIB-SUS/MG nº 3.791, de 19 de abril de 2022.*

7. Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *O Ministério Público no neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (org.). *Temas atuais do Ministério público*. 4. ed. Salvador: JusPodivum, 2013. p. 45 – 100.

ALMEIDA, Gregório Assagra de; SOARES JÚNIOR, Jarbas; GONÇALVES, Samuel Alvarenga. *Audiência pública: um mecanismo constitucional de fortalecimento da legitimação social do Ministério Público*. *Revista MPMG Jurídico*, Belo Horizonte, ano 1, n. 5, p. 9-15, abr./maio/jun. 2006.

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses difusos e coletivos*. Vol. 1. 10. ed. [2. Reimpr.]. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber Rogério; ANDRADE, Landolfo et al. *Interesses Difusos e Coletivos*. Vol. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Cuidado materno e neonatal seguro: 17/9 – Dia Mundial da Segurança do Paciente*. [s.d.]. Disponível em: <https://bvsmis.saude.gov.br/cuidado-materno-e-neonatal-segu-ro-17-9-dia-mundial-da-seguranca-do-paciente>. Acesso em: 28 mar. 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Estratégia Saúde da Família*. [s.d.]. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/composicao/saps/estrategia-saude-da-familia>. Acesso em: 28 mar. 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. *Manual dos comitês de mortalidade materna*. Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. 3. ed. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2009. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/manual_comites_mortalidade_materna.pdf. Acesso em: 13 abr. 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. *Manual de vigilância do óbito infantil e fetal e do Comitê de Prevenção do Óbito Infantil e Fetal*. Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde. 2. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2009. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/manual_obito_infantil_fetal_2ed.pdf. Acesso em: 28 mar. 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Secretaria Executiva. Sistema Único de Saúde (SUS): princípios e conquistas*. Ministério da Saúde, Secretaria Executiva. Brasília, 2000. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sus_principios.pdf. Acesso em: 28 mar. 2023.

BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2023.

BRASIL. *Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Diário Oficial da União*, 25 jul. 1985. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm. Acesso em: 14 abr. 2023.

BRASIL. *Lei nº 8.080, 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União*, 20 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. *Lei nº 8.625, 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Diário Oficial da União*, 15 fev. 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18625.htm. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. *Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981. Estabelece normas gerais a serem adotadas na Organização do Ministério Público estadual. Diário Oficial da União*, Seção 1, p. 23781, 15 dez. 1981. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/leicom/1980-1987/leicomplementar-40-14-dezembro-1981-364978-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 14 abr. 2023.

BRASIL. *Lei Complementar nº 75, 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Diário Oficial da União*, 21 maio 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm. Acesso em: 14 abr. 2023.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Resolução nº 23, 17 de setembro de 2007. Regulamenta os artigos 6º, inciso VII, e 7º, inciso I, da Lei Complementar nº 75/93 e os artigos 25, inciso IV, e 26, inciso I, da Lei nº 8.625/93, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração e tramitação do inquérito civil*. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Resolucoes/Resolucao-0232.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2023.

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*. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/Recomenda%C3%A7%C3%A3o-054.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2023.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Resolução nº 164, de 28 de março de 2017*. Disciplina a expedição de recomendações pelo Ministério Público brasileiro. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-164.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2023.

CARVALHO, Antonio Ivo de. *Determinantes sociais, econômicos e ambientais da saúde*. In: FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. *A saúde no Brasil em 2030 – prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro: população e perfil sanitário* [online]. Vol. 2. Rio de Janeiro: Fiocruz/Ipea/Ministério da Saúde/Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, 2013. p. 19-38 Disponível em: <https://saudeamha.fiocruz.br/wp-content/uploads/2016/07/11.pdf>. Acesso em: 17 maio. 2023.

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

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

GOULART, Marcelo Pedroso; ESSADO, Tiago Cintra; CHOUKR, Fauzi Hassan; OLIVEIRA William Terra de (org.) *Ministério Público: pensamento crítico e práticas transformadoras*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo. *Judicialização da saúde: regime jurídico do SUS e intervenção na administração pública*. Rio de Janeiro: Atheneu, 2017.

MINAS GERAIS. Ministério Público. *Acordo firmado entre MPMG e município de Juiz de Fora garante adequação da Vigilância sanitária local*. Ministério Público de Minas Gerais, 3 jun. 2022. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/portal/menu/comunicacao/noticias/acordo-firmado-entre-mpmg-e-municipio-de-juiz-de-fora-garante-adequacao-da-vigilancia-sanitaria-local.shtml>. Acesso em: 20 abr. 2023.

MINAS GERAIS. Ministério Público. *Município de Paracatu assina acordo com MPMG para implantação de Câmara de Resolução de Conflitos da Saúde*. Ministério Público de Minas Gerais, 3 mar. 2023. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/portal/menu/comunicacao/noticias/municipio-de-paracatu-assina-acordo-com-mpmg-para-implantacao-de-camara-de-resolucao-de-conflitos-da-saude-8A9480678602D08F0186A831E59A1B77-00.shtml>. Acesso em: 20 abr. 2023.

MINAS GERAIS. Ministério Público. *Roteiro de atuação: Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa da Saúde, CAO-Saúde. Estratégia de enfrentamento à mortalidade materna e infantil*. Ministério Público de Minas Gerais, 2021. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/portal/menu/areas-de-atuacao/cidadania/saude/>. Acesso em: 28 mar. 2023.

MINAS GERAIS. Secretaria do Estado de Saúde. *Deliberação CIB-SUS/MG nº 3.791, de 19 de abril de 2022. Aprova a alteração no texto do Anexo Único da Deliberação CIB-SUS/MG nº 3.564, de 21 de outubro de 2021, que aprova o Plano de Enfrentamento da Mortalidade Materna e Infantil do Estado de Minas Gerais*. Disponível em: [https://www.saude.mg.gov.br/images/documentos/Del%203791%20-%20SUBPAS_SRAS_DATE_CMI%20-%20Altera%203564%20-%20final%20\(003\).pdf](https://www.saude.mg.gov.br/images/documentos/Del%203791%20-%20SUBPAS_SRAS_DATE_CMI%20-%20Altera%203564%20-%20final%20(003).pdf). Acesso em: 20 abr. 2023.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. rev., amp. e atual. Salvador: JusPodivum, 2019.

OLIVEIRA, Luciano Moreira de; ANDRADE, Eli Iola Gurgel; MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *Ministério Público e políticas de saúde: implicações de sua atuação resolutiva e demandista*. Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v. 15, n. 3, nov. 2014/fev. 2015.

Artigo

**O enfrentamento à mortalidade materna e infantil em Minas Gerais
e a atuação resolutiva do Ministério Público**

Lorena Carmo Sepúlveda

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Reflexões sobre a atuação extrajudicial do Ministério Público: Inquérito Civil Público, Compromisso de Ajustamento de Conduta e Recomendação Legal*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (org.). *Temas atuais do Ministério Público*. 4. ed. Salvador: JusPodivum, 2013, p. 237-291.

SEN, Amartya. *A ideia de Justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

Artigo recebido em 19/09/2023.

Artigo aprovado em 23/11/2023.

DOI: 10.59303/dejure.v22i40.512

157 - 177
Artigo

**CÓDIGO DE ÉTICA E DISCIPLINA DA
POLÍCIA MILITAR:
AVANÇO OU RETROCESSO?**

JÉSSICA MORAIS DO ESPÍRITO SANTO

CÓDIGO DE ÉTICA E DISCIPLINA DA POLÍCIA MILITAR: AVANÇO OU RETROCESSO?

THE ETHICAL CODE AND DISCIPLINARY RULES OF MILITARY POLICE:
ADVANCE OR REAL SETBACK?

JÉSSICA MORAIS DO ESPÍRITO SANTO

Pós-Graduada em Direito

Ministério Público de Minas Gerais, Belo Horizonte/Brasil

jessicamoraes2@yahoo.com.br

RESUMO: Uma análise das principais mudanças introduzidas no Código de Ética e Disciplina dos Militares (CEDM) mostra as contradições que ainda permanecem no Código Penal e Processual Militar e em alguns dispositivos constitucionais em vigor. Em diferentes épocas, campanhas por melhores salários desencadeadas com manifestações públicas, ameaças de greve, desrespeito a autoridades, de certa forma, confirmam a visão dos que condenam a disfarçada sindicalização e quebra disciplinar da Polícia Militar, afetando a credibilidade e o prestígio histórico do Movimento. Esse CEDM realmente é retrocesso ou representa grande avanço rompendo práticas já inaceitas na modernidade? Os dados levantados provam que o CEDM, apesar de tantas críticas, é um grande avanço porque dá aos policiais militares dos Estados a cidadania plena, sob a forma de usufruto de direitos e franquias democráticas previstas na Constituição de 1988.

PALAVRAS-CHAVE: Revolução das Praças de 1997. Regulamento Disciplinar do Exército. Código de Ética e Disciplina dos Militares da Unidade.

ABSTRACT: An analysis of the main changes introduced in the Code of Ethics and Discipline of the Military (CEDM) shows the contradictions that still remain in the Military Penal and Procedural Code and some constitutional provisions remain in force. At different times, campaigns for better salaries unleashed with public demonstrations, threats of strikes, disrespect for authorities, in a way, confirm the view of those who condemn the disguised unionization and disciplinary breakdown of the Military Police, affecting the credibility and historical prestige of the Movement. Is this CEDM really a step backwards or does it represent a great advance, breaking with practices that are already unaccepted in modernity? The data collected prove that the CEDM, despite so many criticisms, is a great advance because it gives the military police of the States full citizenship, in the form of the enjoyment of democratic rights and franchises provided for in the 1988 Constitution.

KEYWORDS: The 1997 Military Police of Minas Gerais soldiers empowerment initiative. Brazilian army disciplinary procedures. The ethical code and disciplinary rules of Minas Gerais military police.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Características do sistema disciplinar republicano. 3. O movimento reivindicatório de praças. 3.1. A Constituição de 1988 e os novos fundamentos da ordem jurídica. 3.2. Conflitos com a legislação específica dos militares estaduais. 3.3. Ruptura. 4. Advento do código de ética e disciplina. 4.1. Extinção das penas privativas de liberdade. 4.2. Ampla defesa e o contraditório. 4.3. Conselho de Ética e Disciplina Militares da Unidade (CEDMU). 4.4. Mudanças no Sistema Processual Administrativo-Disciplinar nas IMEs. 4.4.1. Processo Administrativo Disciplinar Sumário (PADS). 4.4.2. Comissão de Processo Administrativo Disciplinar (CPAD). 4.5. Antigo sistema e novos pontos doutrinários. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introdução

Entre as reivindicações do Movimento de Praças, ocorrido entre 13 junho e 24 de junho de 1997, figurou a revogação do Regulamento Disciplinar da Polícia Militar (RDPM), baixado pelo Decreto 16.231, de 2 de maio de 1974, adaptado do Regulamento Disciplinar do Exército (RDE) com pequenas modificações pontuais. No tempo restante do mandato do governador Eduardo Azeredo, o tratamento dado ao motim foi a aplicação pura e simples do RDPM e dos dispositivos do Código Penal Militar, permanecendo entre praças o mesmo clima de revolta, que agora contava com alguns dos integrantes do Movimento eleitos deputados estaduais e federais.

O novo governador empossado em 1999, Itamar Franco, a fim de evitar mais danos à segurança pública, chamou a si a tarefa da pacificação da seguinte forma: a) refez a política salarial da Polícia Militar, restaurando o escalonamento vertical; b) alterou a estrutura da organização; c) encaminhou à Assembleia Legislativa do Estado propostas de Emenda Constitucional visando a tornar sem efeito as medidas administrativas adotadas contra os participantes do Movimento Reivindicatório, além de reintegrar os policiais-militares excluídos e fazer uma revisão no Regulamento Disciplinar da Polícia Militar (RDPM), com a maior urgência possível.

Em 19 de junho de 2002, depois de amplamente discutido na Assembleia, o Código de Ética e Disciplina dos Militares Estaduais foi sancionado, ficando revogado o antigo Regulamento Disciplinar. A medida, porém, dividiu opiniões. O Código de Ética para alguns é um avanço porque institui a ética policial-militar e dá ao militar estadual os direitos de cidadania previstos na Constituição de 1988.

Um dos estudiosos do assunto, o historiador Francis Cotta, ao tecer comentários sobre o momento histórico, mostra a significação do Movimento Reivindicatório de Praças para a sociedade e

para a própria Polícia Militar¹. Segundo esse autor, teria ocorrido uma percepção tardia da titularidade de direitos dos policiais militares, “visão potencializada por uma vivência cotidiana marcada por uma pedagogia de conflitos sociais e pela nova dinâmica de formação e aperfeiçoamento dos talentos humanos na instituição policial. Ao se verem, como cidadãos, respeitados os seus direitos, os policiais tomariam a consciência do seu papel social: ser garantia dos direitos dos demais membros da sociedade.”

Outros se insurgiram contra a medida por considerá-la retrocesso, “garantia da impunidade”, ameaça aos direitos humanos e franquias democráticas², entre outras razões, porque os dispositivos do CEDM enfraquecem a autoridade e destroem a hierarquia e a disciplina, pilares institucionais da Polícia Militar. Os defensores do antigo regulamento acreditavam que, sem esses instrumentos de controle, a força se converteria em ameaça tirânica contra a própria sociedade que a instituiu.

Essa discussão não foi encerrada na Polícia Militar nem na sociedade em geral, razão pela qual merece ser abordada com o objetivo de analisar os argumentos de uma ou de outra posição para fazer valer o ponto de vista que cada qual defende. Desse confronto, algumas conclusões serão úteis a uma avaliação isenta dessa polêmica que sempre inflama o tema modernização da segurança pública, cujo assunto pode seguir estes passos lógicos e metodológicos:

a) Sob o pressuposto de que é preciso conhecer o regulamento anterior, pôde-se buscar uma visão geral do sistema disciplinar vigente na República, no qual se explicita sobretudo o caráter absoluto e autoritário que marca as relações entre graus hierárquicos.

b) Sobre o ordenamento jurídico anterior ser totalmente revisito segundo o espírito democrático da nova Lei Fundamental, o

1 COTTA, Francis Albert. *Breve História da Polícia Militar de Minas Gerais*. Belo Horizonte: Crisálida, 2006, p. 140

2 FILOCRE, L. A. *Polícia Militar: segurança ou ameaça?* Belo Horizonte: Armazém de ideias. 2004.

processo de adaptação da legislação específica da Polícia Militar trouxe como uma das inovações mais impactantes a extensão do direito de votar e de ser votado aos cabos e soldados, o que exigiu muitos cuidados em razão da esperada politização da tropa, mudanças no Estatuto, nas leis estaduais infraconstitucionais e nas diretrizes internas.

c) No contexto dessas inovações, a grave crise econômica por que o Brasil passava afetou os investimentos em segurança pública, desencadeando corrosão dos salários, criminalidade exacerbada e críticas à falta de segurança. A insatisfação no segmento dos policiais-militares era crescente com os baixos salários e com o Regulamento Disciplinar que, até 1997, ainda não tinha sido adaptado à nova ordem constitucional. A revolta eclode para-lisações e manifestações públicas conhecidas como Movimento Reivindicatório de Praças, marcando a ruptura com o sistema disciplinar então vigente.

d) Apesar de mudanças no sistema disciplinar do Código de Ética e Disciplina, as disposições do Código Penal e Processual Militar e de alguns dispositivos constitucionais continuam em vigor. Em diferentes épocas, campanhas por melhores salários desencadearam manifestações públicas, ameaças de greve, desrespeito a autoridades. De certa forma, isso confirma a visão dos críticos do Movimento de que essa disfarçada sindicalização e quebra da disciplina afetam a credibilidade e o prestígio histórico da Polícia Militar. É esse CEDM realmente um retrocesso ou representa um grande avanço, rompendo com práticas já inaceitas na modernidade?

Dados demonstrariam que o espírito e os dispositivos do CEDM se inspiram nos valores modernos da ampla cidadania, único caminho consensual na sociedade brasileira, que vem construindo dificultosamente a sua democracia ao lutar pela liberdade e pela igualdade de todos. Dentro desse prisma, o CEDM é um avanço, uma conquista a ser preservada.

2. Características do Sistema Disciplinar Republicano

Divididos em dois grupos básicos, os que tutelam a disciplina e os que têm por objeto a hierarquia militar, nos regulamentos militares há dispositivos que estabelecem a subordinação absoluta do “inferior”; restrição ao direito de defesa; previsão de penas privativas de liberdade, previsão de penas acessórias, muitas vezes cruéis e degradantes; extensão da disciplina aos domínios da vida pessoal.

A primeira Constituição republicana transformou o país numa federação, integrada por Estados independentes e autônomos. Minas Gerais, na sua Constituição promulgada em 1891, aborda somente os aspectos essenciais da organização do Estado, sem menção à segurança pública e a assuntos a ela correlatos, os quais eram remetidos, consequentemente, à legislação comum. Quanto aos secretários de Estado, apenas fixou que seriam quatro.

Pela Lei 60, de 22 de julho de 1893, a força pública do Estado foi reorganizada com a denominação de Brigada Policial de Minas, com o efetivo de 2.500 homens, distribuídos em cinco batalhões, para todo o território mineiro. Em 1894, o Decreto 767, de 17 de agosto, Capítulo II, Título I, Parte IV, trata das transgressões disciplinares estabelecidas em Regulamento. As penalidades previstas eram admoestação, repreensão, detenção e prisão para oficiais. Os oficiais inferiores do Estado-Menor e Companhias e praças que gozassem de postos correspondentes àqueles e os cabos de esquadra estavam sujeitos às penas de repreensão, dobro do serviço na guarda, detenção, prisão, baixa temporária e baixa definitiva do posto. Os músicos, soldados, corneteiros e clarins eram punidos com repreensão, dobro de serviço, detenção, prisão e reclusão solitária. As penas principais poderiam ser acrescidas das seguintes penas acessórias: perda de soldo; carga de equipamentos em ordem de marcha, faxina, repetição da instrução prática da escola do ensino, diminuição do número de comidas diárias, privação de vícios tolerados e isolamento do culpado em cela especial.

As forças públicas foram concebidas como exércitos estaduais, tendo inclusive a preocupação de se prepararem militarmente para eventual guerra. Vários Estados contrataram missões militares estrangeiras. Em 1911, o militar suíço Robert Drexler ficou encarregado de treinar militarmente a força pública mineira. Progressivamente, a instituição adotou outras características do modelo militar, como aplicar a legislação penal militar a seus integrantes nos delitos propriamente militares, além de criar os Conselhos de Disciplina, Conselhos de Justiça e novos tipos de penas disciplinares e acessórias.

Com a deflagração da I Guerra Mundial, cuidou-se da reorganização das Forças Armadas. Pela Lei Federal 3.216, de 3 de janeiro de 1917, a Brigada Policial do Distrito Federal, o Corpo de Bombeiros do Rio de Janeiro, as polícias militarizadas dos Estados, cujos governadores estivessem de acordo, passariam a constituir forças auxiliares do Exército Nacional, ficando oficiais e praças das ditas corporações isentos das exigências do sorteio militar. A Brigada Policial e o Corpo de Bombeiros do Distrito Federal, bem como as polícias estaduais que tivessem organização eficiente, a juízo do Estado-Maior do Exército, seriam consideradas forças permanentemente organizadas, podendo incorporar-se às mobilizações e às grandes manobras militares do Exército Nacional. Pela Lei 707, de 18 de setembro de 1917, o governo estadual ficou autorizado a entrar em acordo com o governo federal a fim de que a força pública fosse considerada força auxiliar do Exército Brasileiro, modificando como julgasse mais conveniente a sua organização. Desde então, as forças públicas estaduais se equiparam de fato às forças armadas, sobretudo no que tange a doutrina, regulamentos, etc.

Um novo regulamento, baixado pelo Decreto 7.712, de 16 de junho de 1927, traz as marcas da extrema tensão política. A Coluna Prestes tinha acabado de ser debelada, com intensa participação da Força Policial de Minas. Poucos anos depois, a deflagrada

Revolução de 1930 daria início ao longo período ditatorial de Getúlio Vargas. A PM assumiu por completo a sua função militar bélica. A possibilidade de mobilização influenciou a rigidez da disciplina e o fortalecimento da hierarquia. Chama a atenção a abrangência de seu regulamento. Com 828 artigos, trata da estrutura, funções e atribuições de órgãos e do pessoal referentes à Justiça Militar, que naquele tempo era atribuída a um Conselho de Justiça, no interior do Corpo.³

Esse regulamento estabelecia as transgressões, as circunstâncias, os castigos e os limites dos cânones tradicionais. As penalidades previstas eram: advertência; censura ou repreensão; detenção ou prisão de no máximo sessenta dias; transferência de unidade a bem da disciplina; rebaixamento; suspensão de posto. Penas acessórias podiam ser aplicadas juntamente com as principais e consistiam em dobras de serviço, faxina, privação de vícios tolerados e isolamento em cela com diminuição do número de refeições diárias, como já era habitual nas instituições militares.

Os integrantes da Polícia Militar continuaram submetidos a preceitos disciplinares dessa natureza, embora tenham sido editadas, no período republicano, nada menos que seis constituições, sem contar as reformas e as emendas, todas proclamando o caráter democrático de si próprias. Os antigos livros de assentamentos funcionais contam essa saga das penas disciplinares cumpridas em celas isoladas a pão e água.⁴

Durante a era da Grande Reforma Policial (1967-1997), introduzida pelos decretos 317 e 667, que ampliaram o leque de atribuições da PM, um novo Regulamento Disciplinar da Polícia Militar (RDPM) foi aprovado pelo Decreto 12.679, de 18 de maio

3 A Justiça Militar Estadual só iria ser criada em 1936, durante a Ditadura Vargas. O Tribunal de Justiça Militar (2.^a Instância) existe em apenas três Estados: Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul. Nos demais, existem apenas Auditorias.

4 E. SANTO, L. E. A pão e água, uma epopeia da Milícia de Tiradentes. In *Suplemento Especial do Sesquicentenário da PMMG*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1981.

de 1970⁵. No entanto, foi completamente reformulado em 2 de maio de 1974, pelo Decreto 16.231, para atender os ditames da nova situação de policiamento ostensivo da Polícia Militar, cuja missão exigia mais flexibilidade e liberdade de ação tanto para lidar com os cidadãos e a comunidade como para tomar iniciativas em emergências e em ocorrências graves e inopinadas. Continuou, porém, número excessivo de transgressões, direito de defesa restrito e penas privativas de liberdade. Com a criação da Polícia Feminina, por meio do Decreto 21.336, de 29 de maio de 1981, o RDPM precisou adequar suas normas às peculiaridades da mulher. E aquele Regulamento vigente a partir de 1997, quando eclode o Movimento Reivindicatório de Praças, foi incluído para extinção na pauta de reivindicações dos revoltosos.

3. O movimento reivindicatório de praças

3.1. A Constituição de 1988 e os novos fundamentos da ordem jurídica

A Constituição de 1988, denominada “cidadã” pelo deputado Ulisses Guimarães, incorporaria avanços em termos de modernização do Estado e de suas relações com o público externo e interno. Dando uma dinâmica diferente para alcançar eficiência nos serviços públicos, procurou afastar as atitudes autoritárias e antidemocráticas. Tornaram-se extremamente caras as liberdades de expressão, reunião, associação, direito amplo de defesa, além de ninguém ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou de crime propriamente militar, definidos em lei. Também a prisão de qualquer pessoa e o local onde ela se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele in-

5 Espírito Santo, Lúcio Emílio e Meireles, Amauri. *Entendendo a nossa insegurança*. Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Policiologia, 2003, p.292-293.

dicada; o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial; a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança, entre outros.

3.2. Conflitos com a legislação específica dos militares estaduais

Os anos que se seguiram à promulgação da Constituição de 1988 foram de intenso trabalho de adaptação da legislação policial-militar aos ditames da nova Carta, sobretudo no que dizia respeito aos direitos sociais e aos deveres individuais e coletivos. Foi preciso revisão do Estatuto do Pessoal da Polícia Militar (EPPM) e das diretrizes de policiamento. As modificações, por serem leis ordinárias ou complementares, teriam que passar pelo crivo da Assembleia Legislativa. Os decretos também teriam que se submeter à apreciação do governador, um trabalho árduo e demorado. Considerando que toda a legislação do Estado teria que passar por esse processo de adequação, sobrecarregando a casa legislativa, o Regulamento Disciplinar, editado em 1974, não foi objeto de ampla remodelação, embora se criticasse a defasagem frente aos novos tempos.

3.3. Ruptura

Nos primeiros anos da década de 90 do século 20, o país estava mergulhado numa gravíssima crise econômica, com muitos problemas administrativos internos carentes de solução. Houve, portanto, baixos investimentos na área de segurança pública, a ponto de viaturas ficarem indisponíveis por meses pela falta de um farol ou de pastilhas de freio, cobranças da sociedade e pres-

são sobre os policiais, ameaçados de punição, daí a insatisfação se ter transformado em incontido sentimento de revolta.

O trato da questão salarial na Polícia Militar é um tanto quanto complicada aos olhos de um observador externo por seguir alguns critérios, entre os quais o escalonamento vertical, ou seja, os níveis hierárquicos vinculados entre si numa determinada proporcionalidade, de tal maneira que o índice aplicado a cada posto ou graduação seja sempre o mesmo, evitando-se salários exorbitantes ou desproporcionais. Não se admite que os reajustes atinjam somente uma categoria, uma graduação ou alguns postos. A regra consensual é a reforma aos trinta anos de serviço, para evitar o continuísmo e a estagnação.

Como todas essas regras foram quebradas no período de 1988 a 1997, veio a gota d'água: os delegados de polícia haviam conseguido na Justiça um reajuste salarial dentro da consensual regra de equiparação da Polícia Civil com os vencimentos da Polícia Militar. Em 6 de junho de 1997, o governador do Estado Eduardo Azeredo, mal assessorado ou por desconhecimento dessa realidade, concedeu reajuste salarial só aos oficiais da Polícia Militar. Dois dias depois, o cabo Glendyson Hércules de Moura Costa foi alvejado por tiros à queima-roupa, quando tentava prender criminosos que roubavam uma casa lotérica. O sepultamento dele contou com a mobilização de toda a categoria de praças.

Além dos problemas sociais decorrentes do regulamento arcaico da corporação, da precariedade das condições de trabalho e da defasagem salarial, essa série de acontecimentos foi o estopim para que praças, principiaados com a Constituição Cidadã, deflagrassem o movimento ao queimar colchões no 22.º Batalhão da Polícia Militar e no Batalhão de Choque. Em 12 de junho daquele ano, praças do Batalhão de Choque cruzaram os braços e recusaram as ordens para o policiamento.

Na sexta-feira 13 iniciou-se, de fato, o inédito movimento reivindicatório de praças da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais,

no mesmo mês em que a instituição completava 222 anos. O segmento quase todo armado e fardado, porém sem identificação do nome na farda, tomou as ruas e se apropriou do direito de greve garantido aos trabalhadores civis. “As ruas foram tingidas com a cor cáqui” – afirma Juniele Rabelo.⁶ Ocupavam somente uma faixa da pista enquanto entoavam palavras de ordem, orações, hino da corporação e o hino nacional. Ao chegarem à frente do Palácio da Liberdade, os militares se ajoelharam, fizeram uma fogueira com os seus contracheques e deram as costas ao palácio.

Em assembleia no clube da categoria, soldados, cabos, sargentos e subtenentes decidiram, contudo, voltar às atividades. Eles propuseram trégua, dando ao governador dez dias para acolher ou debater a pauta das reivindicações até a próxima assembleia marcada para 24 de junho, no mesmo local. O retorno à pauta se deu dois dias depois, quando o Comando Geral entregou às lideranças do Movimento o anteprojeto de revisão do RDPM, que não foi aceito.

No dia 24, na sede do Governo do Estado e na do Comando-Geral da Polícia, localizados na Praça da Liberdade, policiais componentes da Força Legal (Forleg) haviam feito um cordão de isolamento para receber praças. Visando manter a ordem, segurança e as instâncias governamentais da capital, o Exército se concentrou nas imediações do palácio⁷. A Força Legal não conseguiu barrar o ímpeto dos manifestantes, cuja maioria debandou para o Movimento. Muitos militares estavam com armas na mão quando começou um tumulto. No meio da confusão, tiros foram disparados e o cabo Valério dos Santos de Oliveira, que tentava conter os ânimos dos manifestantes, foi atingido na cabeça, vindo a falecer, conforme divulgou a mídia quatro dias depois.

6 ALMEIDA, J. R. *Tropas em protesto: o ciclo de movimentos reivindicatórios dos policiais militares brasileiros no ano de 1997*. 2010. Tese de doutorado em História Social – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

7 Praças que não haviam aderido ao Movimento se encarregaram de guarnecer o entorno do prédio do Quartel do Comandante-Geral e do Palácio da Liberdade. Esse grupamento foi denominado Força Legal (Forleg).

Só a partir do fatídico acontecimento daquele 24 de junho é que o governo alterou a política salarial da corporação. Com os reflexos desse movimento sem precedentes, a instituição jamais voltaria a ser a mesma. Era o início do fim de um regulamento draconiano, arcaico e inconstitucional. Rompeu-se com aqueles anos de autoritarismo e perversidade, característicos e presentes não só no aquartelamento, mas na plenitude da vida daqueles que eram membros da caserna.

4. Advento do Código de Ética e Disciplina

Eduardo Azeredo deixou o cargo de governador de Minas Gerais em 1.º de janeiro de 1999 sem equacionar o clima de tensão trazido pelo Movimento Reivindicatório de 1997 até o restante de seu mandato. Caberia ao sucessor, Itamar Franco, encontrar a pacificação interna da Polícia Militar e retorno à normalidade dessa importante área da segurança pública. Lideranças e associações de praças reivindicavam anistia para os participantes do movimento e um novo regulamento disciplinar. Depois de algumas tentativas frustradas, encaminhou-se à Assembleia Legislativa uma proposta de emenda constitucional com mudanças necessárias à estrutura da Secretaria de Segurança, separação do Corpo de Bombeiros, a anulação de punições e a reintegração dos excluídos em razão de terem tido participação no Movimento Reivindicatório. O governo estadual encaminhou também o projeto de lei para o novo regulamento, finalmente aprovado pela Lei 14.310, de 19 de junho de 2002.

Essa lei, denominada Código de Ética e Disciplina dos Militares do Estado de Minas Gerais, deu importantes passos para a pacificação interna porquanto: a) extinguiu a pena disciplinar privativa de liberdade; b) assegurou a ampla defesa e o contraditório aos militares submetidos aos processos administrativos; c) criou os Conselhos de Ética e Disciplina Militar da Unidade (CEDMU);

d) introduziu mudanças nos procedimentos para aplicação de sanções; redefiniu vários conceitos e noções, reorientando-os para concepções mais igualitárias, com a introdução do Processo Administrativo Sumário (PADS) e Conselho Administrativo Disciplinar (CPAD).

4.1. Extinção das penas privativas de liberdade

A releitura do preceito constitucional que *autoriza* a prisão nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar levou à supressão desse tipo de penalidade do sistema disciplinar – *autorizar* significa que a regra geral é a inadmissibilidade dessas penas, exceção apenas para os casos que menciona. Essa sutileza passa muitas vezes despercebida, e os que a interpretam de outra forma dão a entender que toda e qualquer instituição militar tem que prever em seus regulamentos prisão para transgressões disciplinares, as quais podem ser abolidas caso se julgue que não contribuem para a eficiência e eficácia institucional ou outra conveniência.

A Constituição Federal de 1988 defende a liberdade como bem inalienável do indivíduo e objeto de proteção do Estado. Todas as regras democráticas sobre o direito sagrado de ir e vir laboram decididamente contra a banalização da prisão, da restrição da liberdade por motivos fúteis ou decisões atrabiliárias, prepotentes e arrogantes de autoridades que se julgam acima da lei. Policiais brutalizados pela negação dos próprios direitos de cidadania tendem a reproduzir esse descaso nas suas atividades cotidianas de policiamento.

Vistas por esse ângulo e considerando toda a luta moderna em favor dos direitos do homem e do cidadão, as transgressões disciplinares tipificadas no antigo sistema, em sua maioria, poderiam ter um tratamento diferente, sem adentrar a área da restrição do direito mais caro ao ser humano, que é a sua liberdade.

Dentro, portanto, do espírito da Constituição, o CEDM criou formas de punição que não as privativas de liberdade, reafirmando esse valor maior do ser humano na cultura contemporânea. As penalidades previstas no novo sistema são: a) advertência; b) repreensão; c) prestação de serviços de natureza preferencialmente operacional, correspondente a um turno de serviço semanal que não exceda oito horas; d) suspensão de até dez dias, e) reforma disciplinar compulsória, demissão e perda do posto patente ou graduação do militar da reserva. A penalidade a ser aplicada depende da quantidade de pontos positivos ou negativos atribuídos à ofensa praticada. Se o somatório for, por exemplo, de quatro pontos, a punição será de advertência e assim por diante.

O guardião da lei e da ordem, o esteio da sociedade, ao contrário do que pensam alguns, deve ter plena cidadania. Cabe lembrar aqui que, enquanto a elaboração do sistema disciplinar esteve nas mãos do governo, que o instituía mediante decreto, não se levantou a questão séria da negação da cidadania do policial-militar. Submetido esse assunto aos representantes legítimos da população reunidos na Assembleia Legislativa, todos os excessos do legislador solitário foram banidos.

O CEDM rejeitou também todas aquelas transgressões do antigo sistema que adentravam injustificadamente a esfera particular, social e familiar do militar. Ou seja, o fato punível disciplinarmente deve ficar contido nos estreitos limites da profissão policial-militar. Deixaram de figurar no CEDM transgressões como comprometer-se irregularmente com encargo de família, principalmente se for solteiro, e contrair dívida ou assumir compromisso que comprometa os seus vencimentos e o bom nome da classe, como também se suprimiram a detenção, a prisão e a exclusão disciplinar.

4.2. Ampla defesa e o contraditório

O direito de defesa era reconhecido em todos os tribunais da mais remota antiguidade como garantia de justiça nos julgamentos. Consistia em dar igualdade de oportunidade às partes em litígio, sem privilégio ou coação de um ou outro. Somente do confronto entre acusação e defesa – ainda que o sistema fosse tirânico, inquisitorial, contraditório, monárquico, aristocrático ou democrático – é que o juiz poderia deduzir a culpa ou a inocência de qualquer suspeito ou formalmente acusado. A história do judiciário, em todas as partes do mundo, está marcada pela punição de inocentes a quem foi negado o direito de defesa e contraditório.

A modernidade, empenhada em conter os poderes muitas vezes tirânicos do Estado sobre o indivíduo, vem multiplicando os mecanismos de resistência do cidadão à ação totalitária do Estado, exigindo a estrita observância do direito de defesa, condicionando-o à legalidade e legitimidade de qualquer decisão judicial.

Não se trata de negar a necessidade de pronta repressão dos atos ofensivos aos atos que afetam o binômio hierarquia-disciplina, vigas mestras da instituição militar, mas ressaltar o fato de que os militares, mesmo sujeitos a um regime militar próprio e de maior rigidez, estão sob o pálio dos direitos e das garantias constitucionais.⁸

O CEDM introduziu todas as regras convencionais do direito de defesa e contraditório, como a notificação do acusado e de seu defensor, defesa prévia e razões finais de defesa. O cerceamento da defesa ou prejuízo para o acusado, decorrentes de ato que configure vício insanável, determinará a nulidade do processo ou de qualquer de seus atos.

8 RODRIGUES ARRUDA, J. A ampla defesa no direito disciplinar do Exército. *A Defesa Nacional*, Rio de Janeiro, v. 71, n. 719, p. 71 - 112, mai/jun. 1985.

4.3. Conselho de Ética e Disciplina Militares da Unidade (CEDMU)

A área disciplinar da gestão de recursos humanos sempre foi dirigida por oficiais. Somente a comunicação disciplinar da transgressão era atividade tanto de oficiais como de praças, princípio quebrado com a instituição do CEDMU. Definido como órgão colegiado designado pelo comandante da Unidade, abrangendo até o nível de Companhia Independente, o Conselho tem a atribuição de assessorar o Comando nos assuntos de que trata o CEDM.⁹

Esse Conselho é integrado por três militares superiores hierárquicos ou mais antigos. O procedimento sob análise possui caráter consultivo. No parecer sobre a documentação submetida ao comandante da Unidade devem ficar explícitos os fundamentos legais, fáticos e a finalidade, com a proposição de medidas pertinentes ao caso.

Entre outras atribuições, o CEDMU pode solicitar ao comandante-geral a disponibilidade cautelar do militar que deverá ser ouvido nos procedimentos para a concessão de recompensas, bem como nos recursos disciplinares, a fim de dar parecer sobre decisões do CPAD.

O CEDMU significa, portanto, uma garantia a mais de decisão justa e a condução participativa de um assunto de grande relevância para a vida institucional, já que se refere àqueles pilares – disciplina e hierarquia – que sustentam a Polícia Militar.

9 MINAS GERAIS. Lei 14.310, de 19 de junho de 2002, dispõe sobre o Código de Ética e Disciplina dos Militares do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte. Diário Oficial do Estado de Minas Gerais, 2002.

4.4. Mudanças no Sistema Processual Administrativo-Disciplinar nas IMEs

4.4.1. Processo Administrativo-Disciplinar Sumário (PADS)

No sistema anterior, havia dois procedimentos para a demissão do militar – um para oficiais, chamado Conselho de Justificação, previsto em legislação especial, e outro para praças com estabilidade, o chamado Conselho de Disciplina, previsto no RDPM. Praça com menos de três anos de serviço, isto é, sem estabilidade, teria exclusão sumária. O CEDM extinguiu o Conselho de Justificação e o Conselho de Disciplina para estabelecer novas regras sobre o assunto.

A demissão de militar da ativa com menos de três anos de efetivo serviço, assegurado direito à ampla defesa e ao contraditório, passou a ser feita por meio de Processo Administrativo-Disciplinar Sumário (PADS), instaurado quando houver reincidência em falta disciplinar de natureza grave, para o militar classificado no conceito “C”, ou prática de ato que afete a honra pessoal ou decoro da classe, independentemente do conceito do militar.

4.4.2. Comissão de Processo Administrativo-Disciplinar (CPAD)

O CEDM criou a CPAD para examinar e dar parecer, mediante processo especial, sobre a incapacidade de o militar permanecer na situação de atividade e ou de inatividade nas IMEs, tendo como princípio o contraditório e a ampla defesa. O CPAD se destina a julgar o militar com estabilidade, ou seja, com três anos ou mais de serviço. A Comissão é nomeada e convocada pelo: a) comandante regional ou por autoridade com atribuição equivalente; b) chefe do Estado-Maior ou por sua determinação; c) corregedor do IME; e d) comandante do IME.

A Comissão prevê, além de oficiais policiais militares, bombeiros militares e administrativos, a participação de integrantes do quadro de praças policiais militares e bombeiros militares.

4.5. Antigo sistema e novos pontos doutrinários

Para manter a coerência do texto com os objetivos que pretendia alcançar, o CEDM procurou a igualdade entre uma ou outra parte, dentro do espírito da Constituição de 1988. A palavra *comandante* passou a ser a denominação genérica dada ao militar investido de cargo ou função de direção, comando ou chefia. Para superar a designação de oficial e praça, essas noções foram englobadas no conceito de militar. O CEDM estabeleceu um único sistema militar para oficiais e praças, submetendo-os aos mesmos direitos e deveres, sem privilégio. O que vale para um nível hierárquico vale para todos.

Todos os militares passam a ser avaliados disciplinarmente segundo os conceitos alfabéticos, aos quais são atribuídos pontos negativos e positivos, sendo banidas as expressões mau, bom, excepcional comportamento, que atingia outros aspectos morais e psicológicos do militar que não os meramente administrativos.

5. Conclusão

A aceitação de mudanças não se deu pacificamente. Na opinião de opositores, o Código de Ética representou retrocesso porque rompeu com as tradições da Polícia Militar, seu passado glorioso em guerras e revoluções, além dos esforçados trabalhos no campo da manutenção da ordem pública nos grandes centros e destacamentos interioranos. A rígida disciplina e o respeito à hierarquia teriam permitido que ela usufrísse da confiança e admiração do povo mineiro, ao longo de mais de dois séculos.

Muitas vozes se ergueram para anunciar o caos futuro. Já são quase vinte anos de vigência do CEDMMG, e as profecias não se realizaram. Ao contrário, o homem e a mulher que nos protegem são formados em Direito ou em algum curso superior com o tempo de formação profissional nas escolas militares. Um dos maiores problemas para a seleção eram os baixos salários. Venceu-se, contudo, o ciclo vicioso do “quem paga mal, recruta mal”. Os concursos para qualquer nível da PMMG são muito concorridos em todo o Estado, o equivalente ao número de pretendentes ao ingresso em muitos cursos superiores. Cresceu o amor pela profissão, e hoje o militar faz tudo para acertar e se manter nos quadros da PM, pois sabe que a sociedade não se nega a valorizar o serviço que presta.

Aliás, a Polícia Militar criou um “portfólio” para aperfeiçoar a forma de prestação de serviços à comunidade que vai desde programas preventivos como o Programa Educacional de Resistência às Drogas (Proerd) para crianças e adolescentes – a fim de dotar esse público de mecanismos de resistência às drogas – até a intermediação em brigas de vizinhos, violência doméstica, rede de vizinhos protegidos, graças ao esforço cooperativo estabelecido entre a PM, a escola e a família nos programas de polícia comunitária.

O CEDM traduz o sucesso de todo o trabalho preventivo e social da Polícia Militar. Os jornais só raramente estampam manchetes negativas de violência arbitrária, abuso de poder e truculência dos policiais-militares. No aspecto mais difícil, que é a repressão imediata de crimes, a PM continua ostentando os mesmos valores com que enfrentou guerras e revoluções no passado. Já não há lutas de Estado contra Estado nem guerras civis. O desafio agora é o narcotráfico, o crime organizado e a corrupção, contra os quais se exigem garra, coragem e inteligência.

O Código de Ética e Disciplina, ao garantir a cidadania e a reafirmação dos valores democráticos ao policialmilitar, é um avanço.

O policial que usufrui de seus direitos fundamentais será o primeiro a defendê-los junto ao público com o qual lida no cotidiano. Com o respeito às minorias e a defesa da cidadania de todos se inaugura uma nova era na história da Polícia Militar e na consolidação dos valores democráticos como pilares da segurança pública e defesa social em Minas Gerais.

6. Referências

- ALMEIDA, J. R. *Tropas em protesto: o ciclo de movimentos reivindicatórios dos policiais militares brasileiros no ano de 1997*. 2010. Tese (Doutorado em História Social) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.
- COTTA, F. A. *Breve História da Polícia Militar de Minas Gerais*. 2. ed. Belo Horizonte: Crisálida, 2006, p. 140.
- E. SANTO, L. E. A pão e água, uma epopeia da Milícia de Tiradentes. In *Suplemento Especial do Sesquicentenário da PMMG*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1974.
- Espírito Santo, Lúcio Emílio e Meireles, Amauri. Entendendo a nossa insegurança. Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Policiologia, 2003, p.292-293.
- FILOCRE, L. A. *Polícia Militar: segurança ou ameaça?* Belo Horizonte: Armazém de ideias. 2004.
- MINAS GERAIS. Lei 14.310, de 19 de junho de 2002. Dispõe sobre o Código de Ética e Disciplina dos Militares do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte. Diário Oficial do Estado de Minas Gerais, 2002.
- RODRIGUES ARRUDA, J. A ampla defesa no direito disciplinar do Exército. *A Defesa Nacional*, Rio de Janeiro, v. 71, n. 719, p. 71 - 112, mai/jun. 1985.

Artigo recebido em 02/10/2023.
Artigo aprovado em 17/11/2023.

DOI: 10.59303/dejure.v22i40.513

178 - 199

Artigo

**A APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA
FILOSÓFICA DE GADAMER NA
INTERPRETAÇÃO DO DIREITO
FUNDAMENTAL À PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

JOÃO BATISTA SALES ROCHA FILHO
CLÁUDIO CHAVES ARRUDA

A APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA DE GADAMER NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

THE APPLICATION OF GADAMER'S PHILOSOPHICAL HERMENEUTICS
IN THE INTERPRETATION OF THE FUNDAMENTAL RIGHT
TO THE PRESUMPTION OF INNOCENCE IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

JOÃO BATISTA SALES ROCHA FILHO

Promotor de Justiça
Ministério Público do Estado do Ceará, Fortaleza/Brasil
jbsrf3@yahoo.com.br

CLÁUDIO CHAVES ARRUDA

Mestre em Direito
Ministério Público do Estado do Ceará, Fortaleza/Brasil
claudiocarruda@hotmail.com

RESUMO: A possibilidade de aplicação da hermenêutica filosófica de Gadamer à interpretação dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, em especial o da presunção de inocência, nos anos mais recentes pelas Cortes Superiores – particularmente o Supremo Tribunal Federal (STF) – notabilizaram-se pelo tanto que modificaram o entendimento sobre a prisão definitiva depois do julgamento em 2.^a Instância, o que traz, muitas vezes, potencial insegurança acerca de até que ponto referidas mudanças interpretativas estão de acordo com a hermenêutica filosófica de Gadamer ou se vieram ao mero sabor dos ânimos políticos de ocasião. O modelo de revisão bibliográfica e a análise de alguns julgados do STF, no entanto, inferem que a hermenêutica filosófica de Gadamer é perfeitamente aplicável ao direito fundamental ora em exame, embora ainda não haja um vetor de interpretação que garanta à sociedade de qual forma. Ressalvadas as peculiaridades de cada caso concreto, deve existir paradigma não só para orientar os operadores do Direito, mas também a garantir coerência nas decisões, especialmente as relativas a direitos fundamentais.

ABSTRACT: The possibility of applying Gadamer's philosophical hermeneutics to the interpretation of fundamental rights in the Brazilian legal system, especially the presumption of innocence, in recent years by the Superior Courts – particularly the Federal Supreme Court (STF) – has become notable for the extent to which it has modified the understanding of definitive imprisonment after the trial in the 2nd Instance which often brings potential uncertainty about the extent to which these interpretative changes are in accordance with Gadamer's philosophical hermeneutics or whether they came to the mere taste of political moods of the moment. The model of bibliographic review and the analysis of some judgments of the STF, however, infer that Gadamer's philosophical hermeneutics is perfectly applicable to the fundamental right under examination here, although there is still no vector of interpretation that guarantees society in what way. Except for the peculiarities of each concrete case, there must be a paradigm not only to guide legal operators, but also to ensure consistency in decisions, especially those related to fundamental rights.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica filosófica. Hans-Georg Gadamer. Direitos fundamentais. Interpretação. Direito fundamental à presunção de inocência. Entendimento. Mudanças. Supremo Tribunal Federal.

KEYWORDS: Philosophical hermeneutics. Hans-Georg Gadamer. Fundamental rights. Interpretation. Fundamental right to the presumption of innocence. Understanding. Changes. Supreme Court.

SUMÁRIO: Resumo. Palavras-chave. 1. Introdução. 2. Breves linhas acerca da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer – a teoria da espiral hermenêutica. 3. A aplicação da hermenêutica filosófica de Gadamer à interpretação dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro. 4. A hermenêutica filosófica de Gadamer e sua aplicação à interpretação do direito fundamental à presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro – mudanças de entendimento nas Cortes Superiores. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introdução

A possibilidade de se aplicar a hermenêutica filosófica (doutrina ontológica) de Gadamer à interpretação dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, em especial o princípio da presunção de inocência, perquire se os efeitos da referida aplicação podem explicar as constantes mudanças interpretativas do Supremo Tribunal Federal (STF).

Nos anos mais recentes, as Cortes Superiores – particularmente o Supremo Tribunal Federal – notabilizaram-se por modificarem a interpretação acerca do direito fundamental à presunção de inocência mais de uma vez, a fim de permitir ou não a prisão definitiva depois do julgamento em 2.^a Instância, o que traz à baila, muitas vezes, potencial insegurança ao mero sabor de ânimos políticos de ocasião.

A hermenêutica filosófica de Gadamer, enfim, é perfeitamente aplicável até certo ponto, embora o STF ainda não tenha um vetor de interpretação que possa dar garantia à sociedade de coerência nas decisões, especialmente as relativas a direitos fundamentais com enfoque especial à presunção de inocência, ressaltadas as peculiaridades de cada caso concreto, mesmo porque é preciso entendimentos constitucionais sólidos para orientar os operadores do Direito.

2. Breves linhas acerca da hermenêutica filosófica de Gadamer – a teoria da espiral hermenêutica

Hans-Georg Gadamer, filósofo alemão do século XX, dedicou-se ao estudo dos pensadores gregos, além de marcar profundamente

te o pensamento ocidental com a obra-prima *Verdade e método* (*Wahrheit und Methode*), de 1960, que trata da natureza do fenômeno da compreensão. Influenciado por Martin Heidegger, de quem foi aluno e assistente na Philipps-Universität Marburg, Gadamer trouxe a historicidade às suas reflexões. Para ele, sendo o tempo o horizonte de toda compreensão, todas as teorias devem converter-se em formações históricas, afetando-se o próprio núcleo da razão (Stein, 2002, p. 1).

Gadamer analisa o desprestígio sofrido pelos preconceitos consubstanciados em juízos prévios considerados obstáculos a serem removidos na busca do conhecimento e da verdade durante o Iluminismo (*Aufklärung*). Qualquer imposição externa e dogmática do antigo levaria a uma aceitação que independe de juízos. Em si mesmo, “preconceito” (*Vorurteil*) quer dizer um juízo (*Urteil*) que se forma antes da prova definitiva de todos os momentos determinantes da coisa. O conceito do preconceito recebeu matiz negativo somente no *Aufklärung*. No procedimento jurisprudencial, preconceito é uma pré-decisão jurídica antes de ser baixada uma decisão definitiva. Para aquele que participa da disputa judicial, preconceito desse tipo representa evidente redução das chances. Por isso, *préjudice*, em francês, tal como *praejudicium*, significa prejuízo, desvantagem, dano, uma negatividade apenas secundária. É justamente na validade positiva, no valor prejudicial de uma pré-decisão, tal qual o de qualquer precedente, que se apoia a consequência negativa.

No auge de valorização da racionalidade, somente podia ser verdadeiro o que passasse pelo crivo da razão. A tendência geral do *Aufklärung* era a de não deixar valer autoridade alguma e decidir tudo diante do tribunal da razão. A verdade correspondia à certeza de um exercício racional-metodológico que desconsiderava a historicidade dos sujeitos, uma vez que os preconceitos dela advindos representavam um entrave à razão, na medida em que levam a enganos e a contingências.

Invertendo a lógica do Iluminismo, o romantismo entende de forma negativa a transição do *mythos* ao *logos*. “A inversão da premissa do *Aufklärung* tem como consequência a tendência paradoxal da restauração: repor o antigo porque é antigo, a voltar conscientemente ao que é inconsciente etc., e que culmina no reconhecimento de uma sabedoria superior nos tempos originários do mito”. Gadamer, 1997, p. 407, 410, 411, 412 (itálicos do original)

Com inspiração nessa “inversão de valores”, desenvolve-se a consciência histórica do século XIX. Não obstante, o romantismo, que se apresenta como ciência histórica, aproxima-se daquilo que se tanto criticou. Embora a revalorização do passado pareça se libertar dos ideais iluministas, constata-se uma obsessão ao objetivismo e à verdade inquestionável conferidos pela crítica histórica, o que é incompatível com os preconceitos de determinada tradição.

Em face disso, Gadamer propõe superar as ciências do espírito e historicismo que regiam a hermenêutica no final do século XIX. Para Gadamer, diante da condição humana naturalmente pode haver preconceitos legítimos ou justificáveis, um questionamento antes inexistente. O pertencimento do homem a uma realidade histórica faz com que sua visão de mundo e sua possibilidade de conhecimento partam dos preconceitos que o cercam. É preciso, pois, “ver com outros olhos”, repensar as concepções iluministas que extirpam todos os preconceitos em detrimento da aparente certeza de um saber absoluto. Gadamer insistia que a hermenêutica se movimentava num campo *a priori* da compreensão, sempre presente no conhecimento científico como uma antecipação de sentido.

Heidegger passou a considerar o ser como intérprete em um contexto que abrange bem mais as questões ontológicas que meramente as práticas de interpretar. Lênio Streck (2011, p. 19) entende que a tese de Gadamer levava a algo semelhante: a her-

menêutica seria incapaz de incorporar as conquistas metodológicas das ciências humanas, e por isso lhe escapavam questões das quais a teoria crítica era capaz de dar conta.

A autoridade não se confunde com uma obediência cega ou desprovida de racionalidade, nem se opõe diametralmente à razão, como pensavam os “esclarecidos” do período das luzes. É, antes de mais nada, uma característica pela qual se conhece e reconhece o maior acerto do juízo do outro. Por conseguinte, torna-se impossível uma aceitação pura e simples, sem critérios. Trata-se, isso sim, de uma atitude de liberdade, nunca de outorga ou imposição passível de ser revisada sempre.

Como ponto de partida, o intérprete testa a legitimidade dos inevitáveis preconceitos formadores da pré-compreensão no encontro um com o outro. A tarefa hermenêutica não se circunscreve a uma mera atribuição de sentido ao texto. Na pré-compreensão, deve-se pôr à prova os preconceitos. Por diversas vezes, incorre-se em erros e se modifica a perspectiva inicial de que a compreensão do outro pode ser mais adequada. Sob tal aspecto, a obediência a ordens apenas ocorre quando a essência da autoridade reconhecida exige o educador, o superior, o especialista.

Gadamer defende que o reconhecimento da autoridade está sempre ligado à ideia de que não é uma arbitrariedade irracional, mas algo que pode ser inspecionado. Os preconceitos encontram-se legitimados pela pessoa que os representa, pois operam com a mesma predisposição produzida por outros caminhos que a razão torna válidos. Nesse contexto, a essência da autoridade pertence a uma teoria de preconceitos que tem de ser libertada dos extremismos do *Aufklärung*.

A tradição é também forma de autoridade tornada anônima, mas que continua a influenciar e a determinar os comportamentos sociais pela “validez” dos costumes detectados por um tratamento errôneo a ela conferido pelo total descarte no Iluminismo ou

na concepção romântica de “um dado histórico ao modo da natureza”. Gadamer, 1997, p. 419 a 422 (itálicos do original).

Na realidade, a tradição é sempre um momento da liberdade e da própria história que, mesmo de forma inconsciente, se conserva viva em face do seu cultivo. A atitude histórica humana afirma-se por um ato racional, quando se operam revoluções e, ainda assim, permanece tão livre quanto a destruição ou mudança ante nova validade.

Gadamer, sem adotar uma vertente metodológica da hermenêutica, recorre ao círculo hermenêutico desenvolvido por Heidegger, tido como estrutura ontológica do próprio processo de compreensão de um ponto de vista filosófico. A consciência do homem ultrapassa a simples “regra” do antigo cânone hermenêutico advindo da retórica segundo a qual se deveria compreender o todo em relação às partes e vice-versa.

Devem ser somados a isso elementos da autoridade e da tradição, fontes da pré-compreensão. Como esclarece o próprio autor alemão, o círculo não deve ser degradado a círculo vicioso, mesmo que este seja tolerado. Nele vela possibilidade positiva de conhecimento mais originário e adequado quando a interpretação compreende que sua tarefa primeira, constante e última permanece sendo a de não receber de antemão uma “feliz ideia” por meio de conceitos populares, nem a posição, a visão ou a concepção prévia (*Vorhabe, Vorsicht, Vorbegriff*), mas em assegurar o tema científico na elaboração desses conceitos a partir da coisa, ela mesma. Gadamer, 1997, p. 401.

Baseado nessas premissas, Gadamer pôde maturar a ideia de círculo hermenêutico entre o horizonte histórico do intérprete e o novo sentido do objeto estudado. Nesse ínterim, observa-se uma ampliação dos horizontes do intérprete e do objeto no nítido caráter evolutivo de uma espiral hermenêutica na qual a interação entre sujeito e objeto nunca é idêntica, haja vista partir de “pré-conceitos” distintos.

A referência à figura da “espiral hermenêutica”, embora se trate de uma evolução praticamente de corolário da teoria de Gadamer, foi estabelecida por Emerich Coreth, 1973, p. 90:

[...] não é um círculo no sentido de uma circunferência que se fecha em si mesma, mas antes – para permanecer na imagem – um acontecimento em espiral de um elemento que continua dialeticamente a se determinar e a se formar no outro. Enriquecido e aprofundado por toda compreensão novamente adquirida, justamente por isso possibilita uma compreensão mais plena e mais profunda do conteúdo singular do sentido.

No tocante à ideia da espiral hermenêutica, leciona Rodolfo Viana Pereira (2007, p. 35-36) que o movimento de compreensão formado por dita relação, ao longo do processo, lança novas luzes sobre os preconceitos e, caso fosse literalmente circular, o intérprete sairia do movimento da mesma forma que entrou, ou seja, com os mesmos preconceitos originais. Não poderia ter, por isso, nenhum juízo sobre suas verdades nem conquistar qualquer ganho em qualidade.

Para Raimundo Bezerra Falcão (2013, p. 175), o círculo hermenêutico é algo decorrente da evidência de que o ato de compreender é referencial, ou seja, compreende-se alguma coisa quando a comparamos com alguma coisa já conhecida. Desta feita, a noção de espiral hermenêutica diz respeito à teoria da inesgotabilidade do sentido de textos ou de obras culturais, dado que a cada volta e revolvimento nessa perspectiva de circularidade de ideias a complexidade do próprio sistema de compreensão tende a aumentar cada vez mais, numa evolução gradativa do próprio processo de conhecimento.

Ressalte-se que Gadamer defende que a compreensão se realize de forma mediata. O objeto não aparece de forma absoluta, mas paulatinamente, aos poucos, sob perspectivas diversas. O sujeito tem acesso somente a um dos vários focos possíveis daquele ob-

jeto, descobrindo-se aspectos distintos e obtendo-se nova compreensão. Essa mediação do conhecimento respeita a historicidade do horizonte do sujeito e do objeto (Aragão, 2010, p. 279).

Na teoria hermenêutica proposta por Gadamer, ao se identificar o sentido preexistente do texto a linguagem medeia a experiência anterior do autor com a atual do intérprete por intermédio de um diálogo.

3. A aplicação da hermenêutica filosófica de Gadamer à interpretação dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro

O conceito de direitos fundamentais, especialmente no ordenamento jurídico brasileiro, remonta à própria noção de dignidade da pessoa humana, da qual se extrai a principal base axiológica. Depois da segunda Grande Guerra, como reação às atrocidades cometidas pelo nazifascismo, procurou-se criar ou reforçar uma teoria jurídica mais comprometida com valores humanitários como forma de se tentar recuperar a legitimidade da Ciência do Direito, que restara essencialmente abalada em virtude da verdadeira “banalização do mal”, expressão cunhada por Hannah Arendt (2006), na qual a autora relata o desenrolar do julgamento do nazista alemão Adolf Eichmann, considerado um dos principais responsáveis pela “solução final” da questão judaica, ou seja, o extermínio de milhões de judeus nos campos de concentração nazistas, levado a efeito pelo regime de Adolf Hitler.

Os ares de legalidade aos crimes contra a humanidade praticados pelo nazismo desenvolveram uma nova corrente jusdoutrinária, o pós-positivismo, mas que poderia perfeitamente ser denominada de “positivismo ético”, dado que o seu escopo principal é inserir na Ciência Jurídica os valores éticos imprescindíveis à proteção da dignidade da pessoa humana. Depreendeu-se que a

inexistência, na atividade jurídica, de um reforçado conteúdo humanitário pode levar o Direito a ser instrumento de justificativa da barbárie praticada em nome da lei. Logo, não caberia ao jurista formular qualquer juízo de valor acerca do Direito Positivo, cuja norma, se fosse válida, deveria ser aplicada sem questionamentos. A mesma pena utilizada para redigir uma Declaração de Direitos pode, se não houver barreiras ético-normativas adequadas, ser usada para escrever as leis nazifascistas. (Marmelstein, 2018, p.10)

Esse contexto de desprestígio do positivismo clássico criou ambiência para acreditar que ressurgiriam as doutrinas com foco no Direito Natural, com destaque para o valor “dignidade da pessoa humana”, inserida no Direito Positivo alçado ao cume da hierarquia normativa de maiorias de ocasião. Na prática, o que houve foi uma positivação do Direito Natural.

Antes, sob as vestes do positivismo ideológico, tudo orbitava em volta da lei, não importando qual fosse o conteúdo. Já com o pós-positivismo, o fetiche à lei cede espaço aos valores e aos princípios, que se transmutaram “em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais” (Paulo Bonavides, 2000, p. 237). Conforme Bonavides (2000, p. 253), “a teoria dos princípios, depois de acalmados os debates acerca da normatividade que lhes é inerente, se converteu no coração das Constituições”.

A essência da teoria pós-positivista é justamente a aceitação de que os princípios constitucionais devem ser vistos como autênticas normas jurídicas, ainda que seus textos permeiem a abstração da exigência de que, para ser legítima, a norma jurídica deve tratar todos os seres humanos com a mesma consideração, respeito e dignidade.

Nesse contexto, o jurista alemão Robert Alexy (2015, p. 544), grande doutrinador dessa corrente jusfilosófica, afirmou que o Direito deve imprescindivelmente ter a pretensão de “correção”, uma apro-

ximação da ideia de justiça. “A irradiação dos direitos fundamentais como direito positivo em todos os âmbitos do sistema jurídico inclui, portanto, a irradiação requerida pelo direito positivo da ideia de justiça a todos os ramos do Direito”. (Alexy, 2015, p. 544)

Essa nova ordem de pensamento, diferentemente do que possa parecer à primeira vista, não prescinde do Direito Positivo. A norma jurídica permanece como o principal objeto de estudo do jurista e/ou operador do Direito, deixando apenas de ser “neutra” no sentido de não interessar o seu conteúdo para ser válida, passando doravante a abrigar em seu âmago um forte componente ideológico, de forma que princípios como o da igualdade, da solidariedade, da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência, da autonomia da vontade, da liberdade de expressão, do livre desenvolvimento da personalidade, da legalidade, da Democracia passaram a ser tão vinculantes como qualquer outra norma jurídica. O cumprimento de tais princípios, alçados a direitos fundamentais, passou a ser tão obrigatório quanto o cumprimento das regras ou das leis, além de estas somente se considerarem válidas se estiverem em consonância com preceitos e norteamento estatuídos nos princípios. Isso reforça a concepção hoje aceita de que os princípios têm função de fundamentação e de legitimação do ordenamento jurídico.

Conforme George Marmelstein, com o reconhecimento da efetiva força jurídica dos princípios, as disposições da Constituição, sem exceção, são consideradas como verdadeiras normas jurídicas dentro do sistema. Nesse ponto, a influência das ideias de Kelsen foi muito importante para revigorar a força normativa dos direitos fundamentais. Segundo ele, a Constituição encontra-se no ápice do sistema hierárquico de normas.

Marmelstein (2018, p. 11-12) aponta que: (a) os princípios possuem um forte conteúdo ético-valorativo; (b) a teoria moderna reconhece que os princípios e as regras são espécies de normas

jurídicas; (c) a Constituição é ambiente mais propício à existência de princípios; (d) por isso, a Constituição passou a ocupar um papel de destaque na ciência do direito.

Com essa mudança de paradigma, o ordenamento jurídico-constitucional de diferentes países passou a focar o respeito à dignidade da pessoa humana, fazendo nascer no seio da comunidade jurídica uma autêntica teoria dos direitos fundamentais, cujos balizamentos primevos são: a) crítica ao legalismo e ao formalismo jurídicos; b) defesa da positivação constitucional dos valores éticos; c) crença na força normativa da Constituição, nisso incluídos princípios potencialmente paradoxais; d) compromisso com os valores constitucionais, principalmente a dignidade da pessoa humana. No Brasil, a teoria dos direitos fundamentais passou a ter maior relevo a partir da Constituição Federal de 1988, com o fim do regime de exceção vivido no país de 1964 a 1985.

Pode-se dizer que os valores básicos para uma vida digna em sociedade compõem o conteúdo ético (aspecto material) dos direitos fundamentais. Tais valores encontram-se umbilicalmente ligados à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, pois em um ambiente opressivo não pode haver espaço para uma vida verdadeiramente digna (Marmelstein, 2018, p. 16-17). Como conceito indeterminado que é, a dignidade da pessoa humana precisa ser delimitada juridicamente, a fim de não se tornar um conceito tautológico ou vazio de sentido.

Para Ingo Sarlet (2015, p. 69), dignidade da pessoa humana é qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano, que se faz merecedor do mesmo respeito e consideração do Estado e da comunidade, implicando um complexo de direitos e deveres fundamentais contra qualquer ato de cunho degradante e desumano, garantindo-lhe as condições mínimas para uma vida saudável, além de propiciar participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e em comunhão com os demais seres humanos que integram a rede da vida.

Algumas características resumem o princípio da dignidade da pessoa humana como: a) respeito à autonomia da vontade; b) respeito às integridades física e moral; c) vedação da coisificação do ser humano; d) garantia do mínimo existencial. A ideia de respeito ao próximo obviamente independe de quem seja o próximo, dado que a dignidade não é um privilégio de algumas poucas pessoas escolhidas por razões culturais, econômicas ou étnico-raciais, e sim um caráter de todo ser humano.

Paralelo a seu conteúdo ético (aspecto material), os direitos fundamentais também têm um conteúdo normativo (aspecto formal). Sob a óptica jurídico-normativa, não é qualquer valor que pode ser enquadrado como direito fundamental, pois não existem direitos fundamentais oriundos de lei. A fonte primeva de direitos fundamentais é a Constituição. A lei infraconstitucional, no máximo, regulamentará o exercício de determinado direito fundamental, robustecendo o seu arcabouço jurídico, mas jamais o fará surgir diretamente.

Direitos fundamentais são aqueles veiculados por normas jurídicas umbilicalmente ligadas à noção de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivados no âmbito constitucional de determinado Estado Democrático de Direito que, por sua relevância valorativa, fornece fundamento e legitimação a todo o ordenamento jurídico, constituído de cinco elementos essenciais: norma jurídica; dignidade da pessoa humana; limitação de poder; Constituição; Democracia.

Já a hermenêutica filosófica de Gadamer pode ser aplicada à interpretação de tais direitos para a sua efetivação prática. Não mais podia vingar a ideia positivista clássica que defendia a aplicação dos enunciados normativos de forma puramente cognoscitiva, por meio de uma mera subsunção do fato ao texto em um silogismo simples e objetivo que levaria a um único resultado, negando ao jurista a possibilidade de avaliar os vários sentidos que o texto

seria capaz de assumir. E, no que se refere aos direitos fundamentais, na maioria das vezes com sentidos polissêmicos, mais ainda se observa a necessidade de uma interpretação que leve em consideração essa gama de significados que as normas podem atingir.

Desta feita, a noção de aplicação da lei como simples subsunção de caráter contemplativo é superada, especialmente na interpretação dos direitos fundamentais, por uma compreensão de atuação ativa do intérprete do conteúdo da norma. Com isso, admite-se que o julgador/intérprete possui uma discricionariedade que manifesta um poder criativo similar àquele conferido aos membros do Legislativo, embora bem mais restrito. O intérprete é inserido no processo de construção da norma, sendo ele quem vai determinar qual significado deve ser atribuído ao texto normativo em última instância (Aragão, 2010, p. 280).

Na esteira do ideário da hermenêutica filosófica gadameriana, a interpretação, em se tratando de direitos fundamentais, não se faz por etapas, mas sim por meio de um círculo hermenêutico (que evolui para a noção de espiral hermenêutica) a partir de confronto com o texto constitucional que se consubstancia em um círculo virtuoso “que se funda essencialmente em uma posição prévia (*Vorhabe*), visão prévia (*Vorsicht*) e concepção prévia (*Vorgriff*) que já une todas as partes do ‘sistema’” (Streck, 2013, p. 218).

A hermenêutica filosófica causou verdadeira revolução na história da Hermenêutica, provocando mudança de paradigma na Hermenêutica clássica. A Epistemologia até então predominante perdeu espaço para a ontologia-fenomenológica. Nessa alteração, já não há a clássica distinção entre interpretação e aplicação, dado que interpretar é sempre aplicar. A compreensão do texto constitucional – e obviamente dos direitos fundamentais nele enunciados – é levada a efeito somente no momento de sua aplicação. No plano jurídico-constitucional, “o intérprete não se depara com o texto da Constituição separado da realidade social e dos textos normativos infraconstitucionais” (Streck, 2013, p. 600 e ss).

A hermenêutica jurídica metodológica tradicional não renova o significado das normas, às quais propugna um sentido como único para elas. Porém, numa relação dialética, a interpretação jurídica jamais é definitiva, dado que novos sentidos e visões vão sendo incorporados à espiral hermenêutica. Esta modernização separa o espaço entre criação e aplicação do Direito. Assim, o deslocamento da Hermenêutica para o âmbito ontológico em vez do metodológico é a melhor forma de efetivar os direitos fundamentais continuamente atualizados pelos intérpretes. O trabalho da Hermenêutica Jurídica não pode ser somente o de achar regras para uma melhor interpretação, mas sim levar em conta a distinção ontológica de cada caso concreto, a fim de compreender os significados possíveis das normas respectivas, atingindo sua máxima efetividade. (Santos, 2005, p. 130)

Em face do exposto, depreende-se que a hermenêutica filosófica de Gadamer é perfeitamente aplicável e necessária à interpretação dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive a um dos direitos fundamentais mais caros ao Estado Democrático de Direito pátrio, o conhecido princípio da presunção de inocência.

4. A hermenêutica filosófica de Gadamer e sua aplicação à interpretação do direito fundamental à presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro – mudanças de entendimento nas Cortes Superiores

Gadamer (2004, p. 368) entende que compreender é sempre interpretar e, por corolário lógico, a interpretação é a forma explícita da compreensão. A aplicabilidade da teoria do círculo hermenêutico (ou da espiral hermenêutica) e a evolução jurisprudencial do princípio da presunção de inocência perante a Excelsa Corte, tendo como referencial a obra *Verdade e Método I*, levantam se a questão central de uma hermenêutica verdadeira-

mente histórica, a epistemológica fundamental, pode ser a base que fundamenta a legitimidade de preconceitos.

Até fevereiro de 2009, o Supremo Tribunal Federal (STF) entendia ser possível a execução provisória da pena, não obstante ainda estivesse pendente de julgamento os recursos raros (especial e extraordinário) em desfavor do princípio constitucional da presunção de inocência (artigo 5.º, inciso LVII da Constituição Federal):

EMENTA: Pedido conhecido como *habeas corpus*. Sentença penal condenatória. Julgamento em segundo grau. Instância exaurida com o julgamento dos embargos declaratórios. Subsistem apenas recursos de natureza extraordinária que não impedem a expedição de mandado de prisão, à vista da condenação resultante do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça local. *Habeas* indeferido. Liminar cassada [Pet 1324, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: NELSON JOBIM, Segunda Turma, julgado em 23.3.1998, DJ 24.3.2006 PP-00055 EMENT VOL-02226-01 PP-00040 LEXSTF v. 28, n. 329, 2006, p. 482-489].

Entrementes, em 2016, com o HC 126.292 por maioria de votos (7 a 4) houve uma mudança do entendimento jurisprudencial do STF, permitindo a execução da pena depois da decisão condenatória confirmada em Segunda Instância, e a presunção de inocência sofreu uma interpretação restritiva. *Ad exemplum*:

Ementa: CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5.º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5.º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. *Habeas corpus* denegado. [HC 126292, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17.2.2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16.5.2016. PUBLIC. 17.5.2016 RTJ VOL-00238-01 PP-00118] (destaques inovados).

Em seguida, a Excelsa Corte julgou as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43, 44 e 54, julgamento encerrado em 7.11.2019, e regressou ao entendimento inicial de que a execução antecipada de acórdão condenatório em apelação ofende a presunção de inocência, *in verbis*:

PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a **condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, considerado o alcance da garantia versada no artigo 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal**, no que direciona a apurar para, selada a culpa em virtude de título precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da sanção, a qual não admite forma provisória. (ADC 43, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 7.11.2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-270 DIVULG. 11.11.2020 PUBLIC. 12.11.2020) (sem destaques no original).

Também no Supremo Tribunal Federal o Tema 1068 (constitucionalidade da execução imediata de pena aplicada pelo Tribunal do Júri), cujo Recurso Extraordinário 1.235.340 discute, à luz do art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “c”, da Constitucional Federal de 1988, se a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri autoriza a imediata execução de pena imposta pelo Conselho de Sentença.

Nesse *leading case*, novamente a Corte Constitucional terá que decidir se a execução da condenação pelo Tribunal do Júri não viola o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, independentemente do julgamento da Apelação ou de qualquer outro recurso. O supramencionado recurso excepcional analisa a (in)constitucionalidade da alteração legislativa promovida pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), precisamente no art. 492, I, “e”, do Código de Processo Penal:

Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que:

I – no caso de condenação: (Redação dada pela Lei 11.689, de 2008)

[...]

e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos. BRASIL, 1941. Redação dada pela Lei 13.964, de 2019. (Vigência)

O julgamento do RE 1.235.340 encontra-se, no presente momento, suspenso apenas com dois votos divergentes entre si:

I) Ministro Gilmar Mendes: (não se pode admitir que a execução da condenação proferida em primeiro grau – ainda que por Tribunal do Júri – se inicie sem que haja a possibilidade de uma revisão por Tribunal, de modo a assegurar o controle apto a limitar e, assim, legitimar a incidência do poder punitivo estatal.): Assim, declaro a inconstitucionalidade da nova redação determinada pela Lei 13.964/2019 ao art. 492, I, “e”, do Código de Processo Penal.

II) Barroso (conhecer e dar provimento ao recurso extraordinário para negar provimento ao recurso ordinário em habeas corpus. Fixo, para tanto, a seguinte tese de julgamento: “A soberania dos veredictos do Tribunal do Júri autoriza a imediata execução de condenação imposta pelo corpo de jurados, independentemente do total da pena aplicada”).

O que se percebe é que a Excelsa Corte, de acordo com a doutrina de Heidegger, a cada novo processo, principalmente com a repercussão geral reconhecida do princípio da presunção de inocência, lança-se em um outro movimento semântico de compreender e de interpretar esse direito fundamental.

Reportando-se à teoria de espiral hermenêutica objetivo da hermenêutica gadameriana, sob o influxo de Heidegger, a cada volta e revolvimento nessa perspectiva de circularidade de posicionamentos desse direito fundamental, aliado a contextos históricos (tradição) e preconceitos, tende-se a densificar cada vez mais a

compreensão, contribuindo para a evolução gradativa do próprio processo de conhecimento.

Assim, os acórdãos evidenciam que o Supremo Tribunal Federal não está imune à estrutura ontológica da “presença” do “ser-no-mundo”, cingido pelas particularidades do momento histórico em que os ministros estão imersos. Destarte, no teor das decisões abordaram-se explicitamente questões relacionadas a estatísticas (0,62% de réus condenados em Segunda Instância são absolvidos, por exemplo). Não obstante, insta ressaltar que o Plenário negou pedido da Defesa (*Habeas Corpus* 152752) que buscava garantir ao então ex-presidente Lula o direito de recorrer em liberdade até julgamento de todos os recursos cabíveis contra a condenação dele¹, fato histórico que influenciou sobremaneira a mudança de entendimento jurisprudencial da Suprema Corte, o que, para Gadamer, detecta um equívoco conferido à tradição de desprezar os preconceitos do historiador a todo tipo de relação de autoridade.

É clara também a influência que a Operação Lava-Jato operou sobre a mudança paradigmática em jurisprudência desta Excelsa Corte²:

Referindo-se a tempos difíceis que o Brasil atravessa, o advogado Lins e Silva afirmou que eventual decisão do STF de julgar procedentes as ações não significam despreço à Operação Lava-Jato ou à medida que vise a tornar impune a corrupção. O princípio constitucional da presunção de inocência não se submete a nenhum tipo de interpretação, e o artigo 283 do CPP nada mais é do que “a realização processual da regra constitucional”.

Entrementes, Peter Häberle (1997, p. 13) elucida que “os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais aber-

1 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). STF nega *habeas corpus* preventivo ao ex-presidente Lula. *Supremo Tribunal Federal (Seção Notícias)*. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374437> >. Acesso em 20.6.2023.

2 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Encerrada etapa de manifestações das partes no julgamento sobre execução da pena pós-condenação em 2.^a instância. *Supremo Tribunal Federal (Seção Notícias)*. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=427779&ori=1> >. Acesso em 20.6.2023.

tos quanto mais pluralista for a sociedade”. A Suprema Corte, devidamente influenciada pelas forças ativas no processo ou na sociedade, não ficou imune ao diálogo jurídico e aos valores então vigentes de aplicar a interpretação do direito fundamental à presunção de inocência a hermenêutica filosófica de Gadamer.

5. Conclusão

Pelo teor dos julgados colacionados, legislação pertinente e entendimentos doutrinários apontados, não é por demais ressaltar o avanço que a jurisprudência do STF vem alcançando ao longo dos anos no estudo e na interpretação do direito fundamental à presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro.

Percebe-se igualmente uma interpretação constitucional flexível levada a efeito pela Corte Constitucional para o que Gadamer (2004, p. 354) denomina “elevação da historicidade da compreensão a um princípio hermenêutico”.

Nesta linha de raciocínio, Peter Häberle (1997, p. 33) pondera: “Uma Constituição que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública (*Öffentlichkeit*), dispondo sobre a organização da própria sociedade e de setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos”.

Em outras palavras, lastreadas na hermenêutica filosófica gadameriana, a presunção de inocência e de resto os outros direitos fundamentais ora em exame explicam até certo ponto referidas mudanças interpretativas, a despeito de o Supremo Tribunal Federal ainda não ter um vetor de interpretação que possa dar garantia à sociedade de que forma decidirá.

A aplicação da espiral hermenêutica gadameriana fornece uma perspectiva que não apenas é regular, mas valoriza a historicida-

de da compreensão e dos preconceitos que circundam o interpretar. Assim, cada nova decisão sobre a presunção de inocência resulta de um processo dinâmico de diálogo entre o texto normativo e o contexto histórico-social.

Logo, a necessidade de uma interpretação jurídica ativa, que leve em consideração complexidades e nuances de cada caso, revela-se indispensável a um paradigma coerente e consistente de segurança jurídica à sociedade.

6. Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2 ed., 4.^a tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015.

ARAGÃO, Nilsiton. A liberdade criativa na interpretação dos Direitos Fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. 26, n.º 2. [S. l.], 2010. Disponível em: <<https://revista.fdsu.edu.br/index.php/revistafdsu/article/view/539>>. Acesso em 10.6.2023.

ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Legislação. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 5.10.1988. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 19.6.2023.

BRASIL. Legislação. *Decreto-Lei Federal 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal)*. Publicado no Diário Oficial da União (DOU) de 13.10.1941. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 20.6.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *ADC 43*. Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 7.11.2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-270 DIVULG. 11.11.2020 PUBLIC. 12.11.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Encerrada etapa de manifestações das partes no julgamento sobre execução da pena pós-condenação em 2.^a instância. *Supremo Tribunal Federal (Seção Notícias)*. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=427779&ori=1>>. Acesso em 20.6.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *HC 126292*, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17.2.2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG. 16.5.2016 PUBLIC. 17.5.2016 RTJ VOL-00238-01 PP-00118.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Pet 1324*. Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: NELSON JOBIM, Segunda Turma, julgado em 23.3.1998, DJ 24.3.2006, PP-00055 EMENT VOL-02226-01 PP-00040 LEXSTF v. 28, n. 329, 2006, p. 482-489.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). STF nega *babeas corpus* preventivo ao ex-presidente Lula. *Supremo Tribunal Federal (Seção Notícias)*. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=374437>>. Acesso em 20.6.2023.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 1 ed. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CORETH, Emerich. *Questões fundamentais de hermenêutica* (trad.: Carlos Lopes de Matos). São Paulo: EPU, Ed. USP, 1973.

ERICKSEN, Lauro. Possibilidades de concretização dos Direitos Fundamentais através do Estudo Hermenêutico-Constitucional. *Rev. SJRJ*, v. 19, n. 34. Rio de Janeiro, ago./2012, p. 53-77.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 5 ed. Petrópolis: RJ, 1997.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 6 ed. Petrópolis: RJ, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade y método II*. Tradução: Manuel Olasagasti. 1 ed. Salamanca (Espanha): Ed. Sígueme, 1992.

HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 1997.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 7 ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2018.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SANTOS, Mauricio Nogueira dos. *Direitos fundamentais e hermenêutica filosófica: contributo da hermenêutica de Gadamer para a efetividade dos direitos fundamentais*. 2005. 145 f. Dissertação de mestrado em Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). São Paulo, 2005. Disponível em <<https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/6187>>. Acesso em 10.6.2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10 ed. rev., atual. e ampl. . Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2015.

STEIN, Ernildo. A consciência da História: Gadamer e a hermenêutica. *Folha de S.Paulo, Caderno Mais*, v. 24, 2002. Disponível em <<http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/gadamer.htm>> (<http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/gadamer.htm>)>. Acesso em 12.6.2023.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso*. 4 ed. Porto Alegre: Saraiva, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3 ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

Artigo recebido em 20/02/2024.

Artigo aprovado em 31/07/2024.

DOI: 10.59303/dejure.v22i40.523

200 - 212

**NORMAS DE
SUBMISSÃO/PUBLICAÇÃO**

NORMAS DE SUBMISSÃO/PUBLICAÇÃO

A *Revista De Jure* publica artigos (acadêmicos e ensaios de juristas internacionais convidados) de Direito e ciências afins, tendo como foco principal o estudo sobre os temas das áreas de atuação do Ministério Público: Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Coletivo, Direito Processual Coletivo, Direito Constitucional e Direito Administrativo.

Os artigos passam por verificação preliminar por parte do editor, oportunidade em que são verificados os aspectos meramente formais: compatibilidade de conteúdo com a linha editorial da revista, **ausência de identificação de autoria (os artigos não podem conter quaisquer informações que permitam a identificação de sua autoria), formatação textual e elementos metodológicos.**

Preenchidos os requisitos preliminares, o artigo é submetido a avaliação qualitativa pelo Conselho Editorial e/ou por revisores *ad hoc*. O processo de avaliação, adotado desde 2007, opera-se pela revisão cega de pares, por meio da qual os artigos são analisados por, no mínimo, dois pareceristas que desconhecem a autoria do trabalho. Em caso de pareceres divergentes, o artigo é submetido à análise de um terceiro parecerista. *Existe o cuidado para que artigos enviados aos pareceristas sejam os de maior conformidade possível com a área de expertise destes.*

Os pareceristas concluirão por: aprovação para publicação (apto), necessidade de reformulação (apto com ressalvas) ou rejeição (inapto). Caso sugiram alterações, o autor é cientificado para fazê-las (se desejar), ou para motivar a desnecessidade delas. O posicionamento do autor será encaminhado ao Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, para nova verificação a ser feita pelo editor.

Os autores são comunicados sobre os pareceres, garantidos o sigilo e o anonimato dos pareceristas.

Os resultados dos processos de verificação e avaliação dos artigos são inapeláveis em todos os casos.

A revista se reserva o direito de não publicar o artigo, caso o autor discorde da avaliação qualitativa e o editor decida conservar o posicionamento dos pareceristas.

Os ensaios de juristas internacionais convidados poderão ser escritos em português, inglês, espanhol ou italiano.

1. Os artigos deverão ser enviados para www.mpmg.mp.br/dejure.

2. Os artigos devem ser inéditos: não podem ter sido publicados em qualquer outro veículo.

3. Os artigos não podem conter quaisquer informações que permitam a identificação de sua autoria.

4. Os artigos serão submetidos à análise de, pelo menos, dois pareceristas, garantido o anonimato destes e do(s) autor(es). Em caso de pareceres divergentes, o artigo será submetido à análise de um terceiro parecerista.

5. Os artigos serão avaliados quanto a: mérito científico; adequação aos requisitos da Associação Brasileira de Normas Técnicas–ABNT; adequação às demais normas da *De Jure* e à formatação dos artigos por ela adotada. Tais adequações são de responsabilidade dos autores dos artigos.

6. O Ministério Público não se responsabiliza pelas ideias expostas em quaisquer artigos submetidos à *De Jure*, tendo esta os publicado ou não. Tais ideias são de inteira responsabilidade dos autores dos artigos.

7. Os artigos devem adotar as regras do Novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa.

8. Desde que a *De Jure* tornou-se eletrônica, não há limitação do número de páginas.

Formatação dos artigos adotada pela *De Jure*

I – Obrigatório: fonte *Garamond*, corpo 10.5; parágrafos justificados e com entrelinhas simples; margens superior e inferior 2 cm; margem direita 1.75 cm e margem esquerda 2.25 cm; tamanho do papel 15 cm x 21 cm.

Vedado: deslocamentos com régua; tabulador <TAB> para determinar parágrafos (o próprio <ENTER> já os determina automaticamente).

II – O artigo deve conter título, resumo e palavras-chave, todos em português e inglês. Também deve conter sumário, introdução, conclusão ou considerações finais e referências bibliográficas.

III – O resumo deve ter entre 100 e 150 palavras e apresentar ideia geral, objetivos, métodos de pesquisa, resultados e conclusões.

III – As palavras-chave representam o conteúdo e devem ser, no máximo, cinco.

IV – O sumário deve apresentar os itens com até três dígitos, como no exemplo:

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Responsabilidade civil ambiental. 2.1. Legislação. 2.1.2. Legislação aplicada.

V – Destaques, palavras estrangeiras, neologismos e aceções incomuns devem se apresentar em itálico. Jamais deve ser utilizado o negrito.

VI – Unidades de medida devem seguir os padrões do Sistema Internacional de Unidades (SI), elaborados pelo *Bureau International de Pesos e Medidas (BIPM)* [www.bipm.org]. Em casos excepcionais, a unidade adotada deve ser seguida de parênteses contendo a unidade expressa no SI.

VII – Artigos que contenham gráficos, quadros, tabelas ou qualquer tipo de ilustração devem apresentar legendas que citam fonte completa e posição desses no texto. Gráficos, quadros, ta-

belas ou qualquer tipo de ilustração devem ser encaminhados um a um, em arquivos separados uns dos outros, e separados do arquivo do texto, e, sempre que possível, no formato original do programa de elaboração (exemplos: CAD, CDR, EPS, JPG, TIF, XLS). Artigos que contenham imagens devem apresentá-las com alta definição (mínimo de 150 *dots per inch* [DPIs]). Artigos que contenham mapas e micrografias devem apresentá-los acompanhados de suas marcas de escala.

VIII – Citações com até três linhas podem ser feitas de duas formas:

Oliveira e Leonardos (1943, p. 146) dizem que a “[...] relação da série São Roque com os granitos porfiróides pequenos é muito clara”.

Outro autor nos informa que “[...] apesar das aparências, a desconstrução do logocentrismo não é uma psicanálise da filosofia [...]” (Derrida, 1967, p. 293).

Citações de textos com mais de três linhas devem ser feitas com recuo esquerdo de 4 cm e fonte em tamanho 8, sem aspas.

IX – Notas de rodapé devem ser feitas com fonte *Times New Roman*, corpo 8, e conter somente anotações concernentes ao texto, mas que não se insiram no desenvolvimento lógico deste.

X – As referências bibliográficas listam as obras mencionadas no texto e devem ser feitas de acordo com a NBR 6023/2018 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas– ABNT) e estar dispostas em ordem alfabética, nas formas seguintes (com elementos separados por vírgulas e na sequência que devem receber):

a) Referências de livro: autor(es), título (título principal em *itálico*), edição, local, editora e data da publicação.

BUARQUE, C. *Benjamim*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

b) Referências de partes do livro (seção, capítulo etc.): autor(es) da parte, título da parte, autor(es) do livro, título do livro (título

principal em *itálico*), edição do livro, local da edição do livro, editora, data da publicação do livro e intervalo de páginas da parte.

DERENGOSKI, P. R. Imprensa na Serra. In: BALDESSAR, M. J.; CHRISTOFOLETTI, R. (org.). *Jornalismo em perspectiva*. Florianópolis: Editora da UFSC, 2005. p. 13-20.

c) Referências de livro eletrônico: os mesmos do livro e da parte do livro, mas acrescidos do tipo de suporte. Se o meio de acesso for *online*, *acrescentar também o endereço eletrônico e a data de acesso*.

ASSIS, M. de. *Memórias póstumas de Brás Cubas*. São Paulo: Virtual Books, 2000. *E-book*. Disponível em: http://virtualbooks.terra.com.br/freebook/port/download/Memorias_Postumas_de_Bras_Cubas.pdf. Acesso em: 31 dez. 2004.

FERREIRA, A. B. de H. *Novo dicionário Aurélio*. 3. ed. São Paulo: Positivo, 2004. 1 CD-ROM.

d) Referências de artigo de periódico: autor(es) do artigo, título do artigo, título do periódico (título principal em *itálico*), local de publicação do periódico, fascículo do periódico (número, tomo, volume etc.), intervalo de páginas do artigo, data da publicação do periódico.

BIARNÈS, J. O significado da escola nas sociedades do século XXI: o exemplo da escola francesa. *EccoS: Revista Científica*, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 107-128, jul./dez. 2004.

e) Referências de periódico eletrônico: os mesmos de artigo de periódico, porém acrescidos do endereço do periódico eletrônico e da data de acesso ao periódico eletrônico (se o meio de acesso a este for *online*).

BIARNÈS, J. O significado da escola nas sociedades do século XXI: o exemplo da escola francesa. *EccoS: Revista Científica*, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 107-128, jul./dez. 2004. Disponível em: http://portal.uninove.br/marketing/cope/pdfs_revistas/eccos/eccos_v6n2/eccosv6n2_jeanbianes_traddesire.pdf. Acesso em: 31 dez. 2004.

f) Referências de trabalho acadêmico: autor(es), título (título principal em itálico), data da publicação, tipo do trabalho (dissertação, monografia, tese etc.), titulação visada, instituição acadêmica (incluindo a palavra escola ou a palavra faculdade ou a palavra fundação ou palavra afim), local e data da apresentação.

HARIMA, H. A. *Influência da glucana na evolução do lúpus murino*. 1990. Tese (Doutorado) - Escola Paulista de Medicina, Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, 1990.

XAVIER, E. F. T. *Qualidade nos serviços ao cliente*: um estudo de caso em bibliotecas universitárias da área odontológica. 2001. Dissertação (Mestrado em Ciências da Comunicação) - Escola de Comunicações e Artes, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

g) Referências de trabalho apresentado em evento: autor(es) do trabalho, título do trabalho, *In*:, nome do evento, numeração do evento (se houver), ano da realização do evento, local da realização do evento, tipo de documento em itálico (anais, atas etc.), local do trabalho, editora do trabalho, data da publicação do trabalho, intervalo de páginas da parte utilizada separado por hífen.

DE NIL, L. F.; BOSSHARDT, H-G. Studying stuttering from a neurological and cognitive information processing perspective. *In*: WORLD CONGRESS ON FLUENCY DISORDERS, 3., 2001, Nyborg. *Annals [...]*. Nyborg: IFA, 2001. p. 53-58.

SUBMISSION/PUBLICATION RULES

De Jure publishes articles (academics and essays by invited international jurists) on Law and related sciences, main focus on the study of themes in the areas of activity of the Public Prosecution Service: Criminal Law, Criminal Procedural Law, Civil Law, Civil Procedural Law, Collective Law, Collective Procedural Law, Constitutional Law and Administrative Law.

The articles go through a preliminary verification made by the editor, in which the purely formal aspects are verified: compatibility of content with the editorial line of the journal, **absence of authorship** (articles cannot contain any information that allows the identification of their authorship) textual format and methodological elements.

Once the preliminary requirements are fulfilled, the article is submitted to a qualitative evaluation by the Editorial Board and/or by *ad hoc* reviewers. The evaluation process, adopted since 2007, operates through blind peer evaluation, whereby the articles are analyzed by at least two evaluators who are unaware of the authorship of the work. In case of divergent opinions, the article is submitted to the analysis of a third evaluator. Care is taken to ensure that the articles sent to evaluators are in line with their area of expertise as much as possible.

The evaluators will conclude by approval for publication (approved) or need for reformulation (approved with reservations) or rejection (inappropriate). If alterations are suggested, the author is informed to make them (if he wishes), or to justify their unnecessary need. The position of the author will be forwarded to Center for Functional Studies and Improvement, for further verification by the editor.

The authors are informed about the opinions, guaranteeing the secrecy and anonymity of the referees.

The results of the article verification and evaluation processes are unappealable in all cases.

The journal reserves the right not to publish the article if the author disagrees with the qualitative assessment and the editor decides to maintain the opinion of the evaluators.

Essays by invited international jurists may be written in Portuguese, English, Spanish or Italian.

1. Articles must be sent to www.mpmg.mp.br/dejure.

2. Articles must be unpublished: they cannot have been published in any other vehicle.
3. The articles cannot contain any information that allows the identification of their authorship.
4. The articles will be submitted to the analysis of at least two referees, guaranteeing the anonymity of these and of the author(s). In case of divergent opinions, the article will be submitted to the analysis of a third evaluator.
5. Articles will be evaluated for: scientific merit; adequacy to the requirements of the Brazilian Association of Technical Standards – ABNT; adequacy to other rules of *De Jure* and to the formatting of the articles adopted by it. Such adjustments are the responsibility of the authors of the articles.
6. The Public Prosecution Service is not responsible for the ideas expressed in any articles submitted to De Jure, whether published or not. Such ideas are the sole responsibility of the authors of the articles.
7. The articles must adopt the rules of the New Orthographic Agreement of the Portuguese Language.
8. Since De Jure has gone electronic, there is no limitation on the number of pages.

Formatting of articles adopted by *De Jure*

I – Required: *Garamond* font, size 10.5; justified paragraphs with simple spacing; upper and lower margins 2 cm; right margin 1.75 cm and left margin 2.25 cm; 15 cm x 21 cm paper size. **Forbidden:** displacements with ruler; <TAB> tab to determine paragraphs (<ENTER> itself already determines them automatically).

II – The article must contain **title, abstract and keywords, all in Portuguese and English.** It should also contain a summary,

introduction, conclusion or final considerations and bibliographical references.

III – The abstract must have between 100 and 150 words and present the general idea, objectives, research methods, results and conclusions.

III – The keywords represent the content and must be a maximum of five.

IV – The summary must present the items with up to three digits, as in the example: SUMMARY: 1. Introduction. 2. Environmental Responsibility. 2.1. Legislation. 2.2. Standardization.

V – Highlights, foreign words, neologisms and unusual meanings must be presented in italics. Bold should never be used.

VI – Units of measurement must follow the standards of the International System of Units (SI), prepared by the International Bureau of Weights and Measures (BIPM) [www.bipm.org]. In exceptional cases, the adopted unit must be followed by parentheses containing the unit expressed in SI.

VII – Articles containing graphs, charts, tables or any type of illustration must present descriptive that quote the complete source and their position in the text. Graphs, charts, tables or any type of illustration must be sent one by one, in files separated from each other, and separated from the text file, and, whenever possible, in the original format of the elaboration program (examples: CAD, CDR, EPS, JPG, TIF, XLS). Articles that contain images must present them in high definition (minimum of 150 *dots per inch* [DPIs]). Articles containing maps and micrographs must be accompanied by their scale marks.

VIII – Quotations with up to three lines can be made in two ways:

Jakobs and McArthur (1943, p. 146) argue that “[...] due to eradication of infected cattle and pasteurization of milk *M. bovis* (a zoonotic cause of tuberculosis) is rarely seen in the United States.”

Nevertheless, there has been criticism on that issue:

“[...] The BCG vaccine (*Bacillus de Calmette et Guerin*, an attenuated strain of *M. bovis*) has not been effective. In the US, where the incidence of tuberculosis is low, widespread vaccination is not practiced.” (McGregor; Fox; Jansen, 1999, p. 45).

Citations of texts with more than three lines must be made with a left indentation of 4 cm and font size 8, without quotation marks.

IX – Footnotes must be in *Times New Roman* font, size 8, and contain only notes concerning the text, but that do not fit into its logical development.

X – Bibliographical references list the works mentioned in the text and must be made in accordance with NBR 6023/2018 (Brazilian Standard of the Brazilian Association of Technical Standards–ABNT) and be arranged in alphabetical order, in the following forms (with elements separated by commas and in the sequential order they should be):

a) Book references: author(s), title (main title in italics), edition, place, publisher and date of publication.

O’LEARY, W. M. (org.). *Practical Handbook of Microbiology*. 2nd ed. New York: CRC Press, 1989.

b) References to parts of the book (section, chapter etc.): author(s) of the part, title of the part, author(s) of the book, title of the book (main title in italics), edition of the book, place of edition of the book, publisher, date of publication of the book and page range of the part.

SMILBERT, R. M. The Spirochaetales. In: O’LEARY, W. M. (org.). *Practical Handbook of Microbiology*. 2nd ed. New York: CRC Press, 1989. p. 130-145.

c) Electronic book references: the same as the book and part of the book, but with the addition of the supporting medium. If the

mean of access is online, also add the electronic address and the date of access.

ASSIS, M. de. *Memórias póstumas de Brás Cubas*. 1. ed. São Paulo: Virtual Books, 2000. *E-book*. Retrieved from: http://virtualbooks.terra.com.br/freebook/port/download/Memorias_Postumas_de_Bras_Cubas.pdf. Accessed on: 31 Dec. 2004.

d) Journal article references: author(s) of the article, title of the article, title of the journal (main title in italics), place of publication of the journal, issue of the journal (number, tome, volume etc.), page range of the article, publication date of the journal.

BIARNÈS, J. The meaning of education in the societies from the XXI Century (the example of the French School). *Canadian Journal of Education*, Ottawa, v. 6, n. 2, p. 107-128, Jul./Dec. 2004.

e) Electronic journal references: the same as for a journal article, but with the addition of the electronic journal address and date of access to the electronic journal (if the means of accessing it is online).

BIARNÈS, J. The meaning of education in the societies from the XXI Century (the example of the French School). *Canadian Journal of Education*, Ottawa, v. 6, n. 2, p. 107-128, Jul./Dec. 2004. Retrieved from: http://www.cssa.ca/marketing/cope/pdfs_journals/cje_v6n2/eccosv6n2_jeanbianes_traddesire.pdf. Accessed on: 31 Dec. 2004.

f) References of academic work: author(s), title (main title in italics), date of presentation, type of work (dissertation, monograph, thesis etc.), intended title, institution academic (including the word school or the word college or the word foundation or related word), place and date of publication.

HARIMA, H. A. *The influence of glucan in the evolution of murine lupus*. 1990. Thesis (Doctorate) – São Paulo Medical College, Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, 1990.

g) References of work presented at an event: author(s) of the work, title of the work, *In*., name of the event, number of the

event (if any), year of the event , place where the event was held, type of document in italics (annals, minutes etc.), location of the work, publisher of the work, date of publication of the work, range of pages of the referenced part separated by a hyphen.

DE NIL, L. F.; BOSSHARDT, H-G. Studying stuttering from a neurological and cognitive information processing perspective. *In*: WORLD CONGRESS ON FLUENCY DISORDERS, 3., 2001, Nyborg. *Annals [...]*. Nyborg: IFA, 2001. p. 53-58.

