

# Revista Jurídica

MINISTÉRIO PÚBLICO DO  
ESTADO DO TOCANTINS

Ano VII • nº 12

2014

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

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

Vera Nilva Álvares Rocha Lira  
Procuradora-Geral de Justiça

José Maria da Silva Júnior  
Subprocurador-Geral de Justiça  
Coordenador do Cesaf

João Rodrigues Filho  
Presidente da ATMP

Ficha Técnica:

Coordenador  
José Maria da Silva Júnior

Conselho Editorial  
Clenan Renaut de Melo Pereira  
Elaine Marciano Pires  
João Rodrigues Filho  
José Kasuo Otsuka  
Miguel Batista de Siqueira Filho

Revisão  
Geraldo da Silva Gomes  
Luciana Duailibe

Diagramação  
Randolfo Corrêa

# Revista Jurídica

MINISTÉRIO PÚBLICO DO  
ESTADO DO TOCANTINS

*José Maria da Silva Júnior*  
(Coord.)

# Revista Jurídica

MINISTÉRIO PÚBLICO DO  
ESTADO DO TOCANTINS

Ano VII nº 12

*Palmas, Tocantins*  
2014

©2014, Ministério Público do Estado do Tocantins

## Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Tocantins

Publicação do Ministério Público do Estado do Tocantins

Ano VII nº 12 2014

Tiragem: 500 exemplares

Tocantins, Ministério Público

Revista Jurídica do Ministério Público do Tocantins./ Coordenação de José Maria da Silva Júnior. Palmas: Cesaf, ano 7, nº 12, 2014.

135 pág.

Periodicidade semestral

ISSN: 1984-168 x

1. Direito - Periódicos 2. Ministério Público - Demandas sociais - Constituição Federal 3. Tréplica - Inovação - Princípio do contraditório 4. Residência técnica - Mediação pedagógica - Ministério Público 5. Medidas cautelares pessoais - Prisão preventiva - Lei n. 12.403/2011 6. Contratação temporária - Administração pública - Princípio do concurso público. 7. Sistema processual penal brasileiro - Evolução 8. Improbidade administrativa - Enriquecimento ilícito - Presunção I. Título

CDU: 34 (05)

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

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

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

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

# Editorial

A Revista Jurídica foi publicada pela primeira vez no ano de 2008, justamente quando o Ministério Público do Estado do Tocantins celebrava seus vinte anos de existência. A Revista buscou catalisar ideias, experiências, reflexões e conhecimentos construídos pelos membros e servidores da instituição. Hoje, publicamos seu 12º número, ao mesmo tempo em que celebramos os 25 anos do Ministério Público tocantinense.

A publicação de uma revista, independentemente de seu formato e intencionalidade, sempre exige a contribuição e a boa vontade de um grande número de profissionais. A Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Tocantins felizmente não foge a essa regra. Ao longo dos últimos sete anos, a Revista tem contado com a contribuição da Associação Tocantinense do Ministério Público (ATMP), Academia Tocantinense de Letras, dos seus Procuradores e Promotores de Justiça, analistas e técnicos ministeriais, além de um conjunto de profissionais advindos de outros órgãos que assumiu o MPTO como local de produção do conhecimento.

Um periódico voltado para uma área específica e focado, particularmente, no Ministério Público poderia pressupor uma endogenia em seus textos e pautas de discussão. A nossa Revista Jurídica trilhou diferentes caminhos editoriais para que hoje tenha condições de trazer em suas páginas a contribuição de membros e servidores, bem como de profissionais que labutam teórica e metodologicamente com áreas de atuação relacionadas ao MPTO, fortalecendo com isso, também, a própria missão do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (Cesaf).

Cada número publicado nesses seis anos de existência buscou apresentar temáticas novas desenvolvidas no MP, bem como informar e subsidiar aspectos intrínsecos da formação permanente de seus leitores. A Revista Jurídica traz como base esse binômio informação-formação, apresentando temáticas variadas, mas que possuem uma grande interligação, afinal, o repositório de conteúdos que ela possui já se constitui numa rede horizontalizada e rizomática de conhecimentos.

O 12º número da Revista Jurídica traz textos que versam sobre aspectos importantes para a retroalimentação da memória histórica das práticas do Ministério Público, referentes ao desempenho dos Promotores de Justiça com relação às questões do Direito Processual Penal, Direito Administrativo, abordagens filosóficas e sociológicas sobre a processualidade legal brasileira e àquelas práticas consideradas educativas e inovadoras no seio do *Parquet* tocantinense.

*José Maria da Silva Júnior*  
*Procurador de Justiça*  
*Coordenador do Cesaf*

# Sumário

1. O Ministério Público como agente em demandas de interesse social .....	8
<i>Angelita Messias Ramos</i>	
2. Impossibilidade de inovação na tréplica .....	24
<i>Benedicto de Oliveira Guedes Neto</i>	
3. A residência técnica: mediação pedagógica para curso de ingresso na carreira do Ministério Público.....	39
<i>Geraldo da Silva Gomes e Rodrigo Alves Barcellos</i>	
4. Da análise das medidas cautelares presentes na Lei nº 12.403/2011: a prisão preventiva.....	60
<i>João Neumann Marinho da Nóbrega</i>	
5. Contratação temporária pela administração pública.....	87
<i>Thayane dos Reis Silva Leal</i>	
6. A dialética identidade do sistema processual penal brasileiro .....	101
<i>Thiago Ribeiro Franco Vilela</i>	
7. Presunção legal de enriquecimento ilícito do agente público: improbidade administrativa .....	115
<i>Reinaldo Koch Filho</i>	



# O Ministério Público como agente em demandas de interesse social

Angelita Messias Ramos<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente texto realizou breve acercamento analítico sobre aspectos históricos normativos do Ministério Público no Brasil, no período pós-Constituição de 1988. Com esse intento, foram destacadas suas atribuições e formas de atuação até o presente momento. Trabalhou-se com elementos da abordagem histórico-analítica para frisar aspectos relevantes na atuação do Ministério Público como agente em demandas de interesse social.

**Palavras-chave:** *Ministério Público. Instituição. Constituição Federal. Atribuições. Abordagem histórica.*

## RESUMEN

El texto ha tratado de analizar brevemente los aspectos históricos normativos del Ministerio Público brasileño hacia el período posterior de la Constitución Federal de 1988. Para realizar el análisis se han destacado los deberes y formas de actuar hasta los días actuales. Elementos del enfoque histórico analítico fueron utilizados para destacar el trabajo del Ministerio Público como agente para las demandas de interés social.

**Palabras clave:** *Ministerio Público. Institución. Constitución Federal. Deber. Enfoque Histórico.*

---

<sup>1</sup> Assessora da Subprocuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Tocantins. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia/MG. Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva/MG.

## Introdução

Ao longo da história política do Brasil, é possível visualizar uma instituição que surgiu fortalecida após a promulgação da Constituição de 1988: o Ministério Público, instituição à qual foi assegurada autonomia funcional, administrativa e financeira para agir não apenas como o executor, mas também como órgão fiscalizador da lei.

O representante do Ministério Público, em seus diversos campos de atuação na esfera federal, seja pela União ou em suas subdivisões, ou na esfera estadual, deve agir sempre no sentido de preservar suas convicções pessoais e seu comprometimento com a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses indisponíveis da sociedade.

Partindo de um breve apanhado histórico sobre a instituição ministerial, indo para as atribuições e formas de atuação do Ministério Público até chegar ao papel de órgão agente em demandas de interesse social, o presente trabalho busca fazer uma apresentação da instituição para a sociedade, que muitas vezes desconhece as atribuições e a luta institucional deste órgão de defesa que, ao longo do processo de redemocratização nacional, lutou em busca da consolidação de uma sociedade livre e justa e de um Estado Democrático de Direito.

## 1. Brevíssimas considerações históricas sobre o Ministério Público

Ao longo da história constitucional brasileira, segundo Castro e Fuentes (2014), é possível observar que nas sete Cartas Magnas que já passaram pelo Estado brasileiro - desconsiderando-se a Emenda Constitucional nº 01/1969 como Constituição formalmente concebida - o Parquet nacional esteve inserido entre diversos capítulos, algumas vezes integrando a estrutura organizacional do Poder Judiciário e outras do Poder Executivo.

Em sede introdutória, cabe destacar algumas observações sobre as origens e evolução histórica do Ministério Público:

Alguns doutrinadores vão buscar as origens remotas do Ministério Público na civilização egípcia e na Antiguidade Clássica, menos com a intenção de encontrar institutos com o perfil formalmente adequado à instituição que hoje conhecemos, mas no sentido de identificar em alguns cargos e funções públicas atribuições

assemelhadas àquelas destinadas ao Ministério Público, quando, modernamente, foi reconhecido como instituição integrante da organização política do Estado (...) Há doutrinadores que rechaçam, peremptoriamente, a possibilidade de ter existido na Antiguidade qualquer instituição ou função pública que se assemelhasse ao Ministério Público. (...) Para essa corrente, que apenas admite as origens próximas da instituição, o Ministério Público nasceu no século XIII, na França, com a consolidação, em 1269, do monopólio jurisdicional da realeza (“Estatutos de Luís”), foi reconhecido formalmente pela Ordonnance de Filipe, o Belo, datada de 25 de março de 1303, e ganhou contornos definitivos com a legislação pós-revolucionária. (...) O delineamento do Ministério Público como instituição deu-se no decorrer do processo de assunção do monopólio jurisdicional pela realeza (GOULART, 1998, p. 70-73).

Segundo dados do Conselho Nacional do Ministério Público, no período Pré-Colonial, o Brasil ainda não tinha um Ministério Público como instituição, sendo este orientado pelo direito praticado em Portugal. Somente por volta de 1521, com as Ordenações Manuelinas, que fiscalizavam o cumprimento e execução das leis juntamente com os Procuradores dos Feitos do Rei, passou-se a citar o papel do Promotor de Justiça, que deveria ser alguém letrado e bem entendido para saber alegar as causas e razões para clareza e inteira conservação da Justiça. No ano de 1603, as Ordenações Filipinas passaram a prever, ao lado do Promotor de Justiça da Casa da Suplicação, as figuras do Procurador dos Feitos da Coroa, do Procurador dos Feitos da Fazenda e a do Solicitador da Justiça da Casa da Suplicação, com funções que, posteriormente, seriam exercidas pelo Ministério Público. Cabe ainda destacar que o Promotor de Justiça da Casa da Suplicação era indicado pelo rei e tinha as funções de fiscalizar o cumprimento da lei e formular a acusação criminal nos processos perante a Casa de Suplicação (CNMP, 2014a).

Por sua vez, durante o período Colonial, até o início de 1609, funcionou no Brasil apenas a justiça de primeira instância, não existindo durante esse período o Ministério Público. Os processos criminais eram iniciados pelo particular, pelo ofendido ou pelo próprio magistrado, sendo o recurso cabível interposto para a Relação de Lisboa, em Portugal. Em março de 1609, foi criado o Tribunal da Relação da Bahia, onde pela primeira vez foi definida a figura do Promotor de Justiça que, juntamente com o Procurador dos Feitos da Coroa, Fazenda e Fisco, integrava o tribunal. No ano de 1751, o Tribunal de Relação foi criado no Rio de Janeiro, seguindo a mesma estrutura organizacional do tribunal baiano e em 1763, com a transferência da capital de Salvador-BA para o Rio de Janeiro, o Tribunal de Relação do Rio de Janeiro foi transformado em Casa de Suplicação

do Brasil. No ano de 1808, a Casa de Suplicação passou a julgar recursos de decisões do Tribunal de Relação da Bahia, sendo que neste novo tribunal, os cargos de Promotor de Justiça e o de Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda foram unificados, passando a ser ocupado por dois titulares (CNMP, 2014b).

Já no ano de 1824, durante o período Imperial, a Constituição da República não se referia ao Ministério Público, apesar de estabelecer que nos juízos de crimes, cuja acusação não pertencesse à Câmara dos Deputados, a acusação ficaria sob a responsabilidade do Procurador da Coroa e Soberania Nacional. Por volta de 1828, foi criada a lei de 18 de setembro de 1828, que tratava sobre a competência do Supremo Tribunal de Justiça e determinava o funcionamento de um Promotor de Justiça em cada um dos Tribunais de Relação (CNMP, 2014c).

Na Constituição de 1824, promulgada dois anos após a Independência do Brasil, que continha 179 (cento e setenta e nove) artigos e era fortemente marcada pela orientação do direito lusitano, embora as primeiras legislações brasileiras (as Ordenações Manoelinas de 1521 e as Ordenações Filipinas de 1603) tenham feito menção aos Promotores de Justiça, aos quais foi atribuído o papel de fiscalizar a lei e de promover a acusação criminal, a essa época o Ministério Público ainda não existia como instituição, ainda que já existisse o cargo de Procurador dos Feitos da Coroa (defensor da Coroa) e o de Procurador da Fazenda (defensor do fisco) e a promulgação do Código de Processo Penal, ainda no Império em 1832, tenha iniciado a sistematização das ações do Ministério Público brasileiro, com o Código de Processo Penal do Império, que colocava o Promotor de Justiça como órgão defensor da sociedade (BRASIL, 2014a).

Importante frisar que no ano de 1871, a Lei do Ventre Livre passou ao Promotor de Justiça a função de protetor do fraco e indefeso, ao estabelecer que a ele cabia zelar para que os filhos livres de mulheres escravas fossem devidamente registrados.

A Constituição de 1891, promulgada após a queda da monarquia e instituição da República, e que continha 91 (noventa e um) artigos permanentes e 8 (oito) transitórios, também não chegou a mencionar o Ministério Público, ainda que já na República, o Decreto nº 848, de 11 de setembro de 1890, tenha criado e regulamentado a Justiça Federal, dispondo sobre a estrutura e atribuições do Ministério Público no âmbito federal (BRASIL, 2014b).

Na Constituição de 1934 (arts. 95 a 98), o Ministério Público esteve incluído no capítulo “Dos órgãos de cooperação das atividades governamentais”. Na Constituição de 1937 (art. 99), a instituição esteve inserido junto ao Supremo

Tribunal Federal (BRASIL, 2014c) e por sua vez, na Constituição de 1946 (arts. 125 a 128), foi inserido em título próprio, que atribuiu ao Ministério Público Federal a representação judicial da União (BRASIL, 2014d).

Na Constituição de 1967 (arts. 137 a 139), esteve inserido em seção integrante do capítulo reservado ao Poder Judiciário e após a Emenda Constitucional nº 01/69 (arts. 94 a 96), passou a figurar em seção de capítulo destinado à organização do Poder Executivo (BRASIL, 2014e).

Por fim, na atual Constituição de 1988, foi inserido no Título IV – Da Organização dos Poderes, no Capítulo IV – Das Funções Essenciais à Justiça, na Seção I – Do Ministério Público, não guardando qualquer relação de dependência ou vinculação funcional com qualquer dos outros Poderes Estatais classicamente conhecidos – Executivo, Legislativo e Judiciário, fato que, entre outras características, garantiu à instituição sua autonomia (BRASIL, 2014f).

Ao ser considerado como uma instituição que não se encontra subordinada a nenhuma outra, apesar de manter certa similitude com o Poder Judiciário, o Ministério Público viu o estabelecimento de princípios e garantias próprios a essa instituição e que serviram para garantir as especificidades deste órgão, dotado de uma natureza única, o que, contudo, não lhe conferiu o status de quarto Poder, conforme muito bem destacado em voto proferido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Paulo Brossard:

(...) Embora se diga que o Ministério Público não é Poder, falta pouco para sê-lo. Contudo, a Constituição, a despeito da largueza com que tratou o Ministério Público, não o institui em quarto Poder: os Poderes continuam sendo três (STF, ADI-MC 514/DF, 1991).

Em seu artigo 127, a atual Constituição da República Federativa do Brasil estabeleceu que:

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

Assim, em que pese aos saltos e retrocessos que permearam a regulamentação constitucional de toda a instituição, esta sempre manteve aquelas funções já conquistadas junto ao Poder Judiciário, firmando-se como uma importante peça na engrenagem jurídica brasileira:

Constata-se, portanto, que a evolução histórica do Ministério Público não pode, de maneira alguma, ser confundida com o tratamento a ele dispensado pelos vários textos constitucionais, decorrência de circunstâncias políticas e legislativas, sem uma repercussão direta na vida da instituição. Na mesma medida, o sensível progresso que representou o texto constitucional de 1988, em grande parte, apenas espelhou um crescimento institucional que já se verificara na prática na legislação infraconstitucional (SALLES, 1999, p. 28).

Desempenhando um importantíssimo papel na construção da democracia brasileira, essa instituição tem servido como órgão imprescindível à defesa da ordem jurídica e fiscalização do cumprimento da lei, conquanto exista um Ministério Público da União (que se subdivide em Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público do Distrito Federal, Ministério Público da Justiça Militar e Ministério Público Eleitoral) e os diversos Ministérios Públicos Estaduais.

O Ministério Público da União está sob o comando do Procurador-Geral da República, enquanto que os Ministérios Públicos Estaduais são comandados pelos respectivos Procuradores-Gerais de Justiça de cada Estado.

Aos integrantes do Ministério Público da União coube o título de Procuradores da República (MPF), enquanto os integrantes do Ministério Público do Trabalho são chamados de Procuradores do Trabalho (MPT). Por sua vez, os integrantes dos Ministérios Públicos dos Estados, atuantes junto aos Tribunais de Justiça estaduais, são chamados de Procuradores de Justiça.

Cumprir ainda destacar que o artigo 127 e seguintes da Constituição de 1988 que estabelece todo o regramento constitucional relacionado ao Ministério Público é complementado por diversas leis infraconstitucionais federais e estaduais, sendo referido artigo extremamente importante porquanto assegura a autonomia funcional e administrativa de toda a instituição, estabelece critérios formais para a escolha do Procurador-Geral da República e dos Estados, além de fazer submeter a demissão do Procurador-geral da República à aprovação do Senado Federal e a dos Procuradores-gerais dos Estados às respectivas Assembleias Legislativas, consagrando também outras garantias e funções.

Esse mesmo artigo também garantiu ao Ministério Público a exclusividade na propositura de ação penal e ampliou a titularidade para o inquérito civil e para a ação civil pública em relação a outros interesses difusos e coletivos.

## 2. As atribuições e formas de atuação do Ministério Público

Segundo a Constituição da República de 1988, o Ministério Público é uma instituição permanente, caracterizada por ser essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses individuais indisponíveis e dos interesses difusos e coletivos, o que equivale a dizer que o Ministério Público é o órgão responsável por defender aqueles direitos aos quais não é possível renunciar por fazerem parte da personalidade humana.

O Ministério Público é um órgão de Estado que atua na defesa da ordem jurídica e fiscaliza o cumprimento da lei no Brasil, sendo sido incluído pela Constituição Federal nas funções essenciais à justiça e não possuindo vinculação funcional a nenhum dos poderes do Estado.

Assim, independente e autônomo, o Ministério Público tem orçamento, carreira e administração próprios, sendo considerado o fiscal das leis. Este órgão atua como defensor do povo, assumindo o papel de defender o patrimônio nacional, o patrimônio público e social, incluídos nestes o patrimônio cultural, o meio ambiente, os direitos e interesses da coletividade, especialmente das comunidades indígenas, a família, a criança, o adolescente e o idoso.

O Ministério Público atua também na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis e no controle externo da atividade policial e deste modo, o órgão trata da investigação de crimes, da requisição de instauração de inquéritos policiais, da promoção pela responsabilização dos culpados, do combate à tortura e aos meios ilícitos de provas, entre outras possibilidades de atuação.

No desempenho de suas funções, os membros do Parquet têm liberdade de ação tanto para pedir a absolvição do réu quanto para acusá-lo.

No Brasil, a organização do Ministério Público divide a instituição entre o Ministério Público da União (MPU) e o Ministério Público dos Estados (MPE). O MPU compreende os ramos: Ministério Público Federal (MPF); Ministério Público do Trabalho (MPT); Ministério Público Militar (MPM) e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT). O MPE possui unidades representativas em todos os Estados.

O Ministério Público da União é regido pela Lei Complementar n.º 75/1993 e o Ministério Público pela Lei Federal n.º 8.625/1993, sendo que a legislação

garante a possibilidade de atuação conjunta entre os órgãos na defesa de interesses difusos e de meio ambiente.

O advento do Estado Democrático de Direito, assegurado com a promulgação da atual Carta Magna, consagrou em assento constitucional os princípios institucionais da unidade, indivisibilidade e autonomia funcional ao Ministério Público, tendo sido assegurado também a independência institucional deste órgão em relação aos demais poderes, o que permitiu ao Parquet ocupar o espaço que havia entre o Estado e a sociedade.

Juntamente com sua independência institucional, o Ministério Público ganhou atribuições que reforçam seu caráter institucional, ao mesmo tempo que demandam um maior rigor no desempenho das funções ministeriais.

Atuando em diferentes campos do direito e agindo sempre no intuito de defender os direitos individuais indisponíveis, os direitos coletivos e os direitos difusos, ao Promotor de Justiça coube desenvolver suas atividades por meio de diversas formas de trabalho, de modo que pode atuar tanto no seu gabinete, conduzindo as peças de informações e inquéritos civis, como também pode atuar por meio de visitas *in loco*, audiências públicas, palestras, seminários, congressos, reuniões, audiências e Júri.

Vê-se que as formas de atuação ministerial proporcionam um maior dinamismo ao trabalho desenvolvido pelo Ministério Público, notadamente naquelas áreas em que a sociedade mostra-se mais vulnerável e mais carente de atenção como no setor de saúde, da infância e adolescência, dos idosos, dos deficientes, dos hipossuficientes, do meio ambiente, entre tantos outros.

A desocupação dos foros judiciais e a conseqüente mudança para instalações apartadas trouxe à instituição ministerial a visibilidade social necessária à diferenciação sistêmica oportunizada pela nova legislação. Ademais, a criação de um quadro específico de servidores, juntamente com os processos burocráticos próprios incrementados pela procedimentalização dos inquéritos civis e peças de informação, com a possibilidade de patrocinar compromissos de ajustamento de conduta às normas legais em matéria de interesses coletivos tanto em relação às entidades privadas quanto às públicas, mostrou-se como um importante instrumento para o crescimento e fortalecimento da Instituição.

Soma-se a tudo isso a solução administrativa de conflitos, notável naquelas circunstâncias em que estão envolvidos direitos difusos e coletivos, que propiciou um incremento de energia ao órgão, tendo como contrapartida o aumento das ferramentas internas de trabalho da instituição, a qual necessitou apresentar um



autocontrole mais efetivo, novas rotinas burocráticas, uma gestão mais eficiente e eficaz e um quadro de servidores e membros mais amplo.

O dinamismo dos meios de solução de conflitos, muitas vezes alcançado por meio do diálogo entre os Promotores e os atores sociais envolvidos em cada problema, tem servido para promover a paz social. Ademais, o Ministério Público tem utilizado como ferramenta de grande valia dois instrumentos imprescindíveis à garantia dos direitos sociais: o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) e a Ação Civil Pública (ACP).

O TAC é o instrumento utilizado pelo órgão ministerial para fazer valer um direito ou um serviço insuficientemente satisfeito, ou seja, é um compromisso firmado entre as partes envolvidas em um conflito e o Ministério Público e serve para corrigir uma situação de conflito de modo a garantir direitos. É um documento que tem força de título executivo o que garante ao Ministério Público executá-lo diretamente no Poder Judiciário, no caso de descumprimento, o que demanda menos tempo do que uma ação comum.

Por sua vez, considerando que primeiramente o Ministério Público utiliza o diálogo, para depois fazer uso do Inquérito Civil e Peça de Informação, até chegar ao TAC, a ACP pode ser considerada como o último recurso a ser utilizado pelo Promotor e consiste em uma ação proposta pelo Ministério Público diretamente ao Judiciário para garantir direitos que estão sendo violados, o que faz com que demande um grande tempo para ser solucionado, não sendo um meio muito eficaz para a resolução de conflitos que requeiram soluções urgentes.

O trabalho diário dos Promotores de Justiça tem mostrado que o TAC é preferível à ACP, pois embora ambos responsabilizem o gestor por seus atos, o TAC possibilita fazer uma previsão de quando o problema será solucionado, visto que estabelece prazo para seu cumprimento. Permite ainda verificar de modo rápido quem solucionará o problema visto que este será aquele que assinou o termo e ainda, permite verificar como o problema será solucionado considerando-se que as medidas a serem tomadas no prazo estabelecido estão relacionadas desde já, no termo pactuado.

Desse modo, a segurança de que o problema será resolvido, aliada à rapidez do processo decisório, faz com que o TAC se mostre como o melhor caminho de atuação formal do Ministério Público, posto que assegura com certeza a garantia de um direito.

Se nos dias atuais a vida em sociedade é cercada pela reprodução dos meios de proteção a direitos supraindividuais com uma relativa superação das posturas

individuais dominantes, faz-se necessário promover uma sociedade que seja também pluralista, caracterizada por um ideal de isonomia social que demanda a promoção de processos sem óbices econômicos e sociais ao pleno acesso à justiça.

Exatamente nesse ponto é que o Ministério Público surge como instituição responsável por desempenhar uma função fundamental à continuidade da democracia na medida em que não se encontra vinculado a nenhum dos poderes e atua não somente como um defensor da lei, mas também como um defensor de toda a sociedade.

Nesse sentido, as ações ministeriais justificam-se pelo simples fato de que espelham os anseios sociais pela concretização de direitos, haja vista que um Ministério Público forte e eficaz surge quando existe uma consonância com aquilo que se espera socialmente deste órgão, fato que comprova a imprescindibilidade dos mecanismos de atuação ministerial, responsáveis por apresentar as respostas, ao mesmo tempo em que solucionam os problemas.

### 3. O Ministério Público como agente em demandas de interesse social

O Ministério Público é um órgão de EstFFado que atua na defesa da ordem jurídica e fiscaliza o cumprimento da lei no Brasil, razão pela qual foi dotado de prerrogativas de Poder, tendo sua autonomia funcional, administrativa e financeira, imprescindíveis ao livre exercício de suas nobres funções constitucionais, explicitamente relacionadas pelos parágrafos 2<sup>o</sup> e 3<sup>o</sup> do artigo 127, da Constituição Federal.

Atendendo ao Estado Democrático de Direito, o Ministério Público é uma instituição permanente, que ao agir, manifesta a soberania do Estado e somente a esse Estado, deve atenção, como bem destacou o ilustre Hugo Nigro Mazzilli, ao ressaltar que o Ministério Público tornou-se uma cláusula pétrea implícita:

---

2 Art. 127. §2º. Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento.

3 Art. 127. §3º. O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

Ao afirmar seu caráter permanente, o poder constituinte originário vetou, implicitamente, que o poder constituinte derivado suprimisse ou deformasse a instituição ministerial, pois, caso contrário, haveria forma indireta de burlar o princípio (MAZZILLI, 2001, p. 142).

Foi a Constituição Cidadã a responsável por ampliar as funções do Ministério Público, que passou a ser um verdadeiro defensor da sociedade, atuando tanto na seara penal, sendo o titular absoluto da ação penal pública, quanto na seara civil, agindo como fiscal dos outros poderes públicos, defensor da legalidade e moralidade administrativa, e ainda, sendo o titular do inquérito civil e da ação civil pública.

Definindo precisamente o Ministério Público em seu texto, a Carta Magna assegurou à instituição muito mais do que sua autonomia funcional e administrativa, vez que proporcionou sua organização enquanto instituição autônoma, estabelecendo critérios formais para a escolha do Procurador-Geral da República e dos Estados e fazendo submeter a demissão do Procurador-geral da República à aprovação do Senado e a dos Procuradores-Gerais dos Estados às respectivas Assembleias Legislativas.

Ademais, a Carta da República ainda consagrou garantias e funções, dando exclusividade ao órgão ministerial para propor a ação penal e ampliando sua titularidade para a propositura do inquérito civil e da ação civil pública para outros interesses difusos e coletivos.

Todavia, ainda que tenha sido assegurado por inúmeras garantias constitucionais e legais, o Ministério Público padece por não ter um autogoverno, vez que seu órgão máximo, personificado pelo Procurador-Geral de Justiça, é escolhido pelo Chefe do Executivo, diferentemente do que ocorre com o Poder Judiciário ou nos Tribunais de Contas.

Alçados à função de titular da ação penal pública, os promotores de justiça passaram a ser também advogados da sociedade em causas de natureza criminal, nas quais a acusação passou a se fazer necessária em benefício do interesse da sociedade, como parte do novo pacto social vigente àquela época que transferia a noção de soberania do monarca para o povo.

Usando o inquérito civil, seu instrumento investigatório máximo e de sua exclusiva legitimidade, o Ministério Público passou a atuar de modo administrativo, trabalhando extrajudicialmente, diferenciando-se do Poder Judiciário.

Nesse contexto, o inquérito civil permitiu aos membros utilizar-se de um aparato para a coleta de provas conquistadas mediante a requisição de documentos e perícias, além de audiências, inclusive públicas, muitas vezes culminando com a pactuação de termos de ajustamento de condutas, o que acabou por dinamizar o trabalho de toda a instituição.

Assim, o Ministério Público deixou de representar o rei no papel de acusador para assumir um discurso de elevado poder ideológico, mostrando a opção institucional pela defesa da comunidade e o bom uso que esta instituição pode fazer de sua independência em relação aos demais poderes e, desse modo, o Ministério Público passou a agir em dois campos que possuem características totalmente diversas: no campo criminal e no campo civil.

No campo criminal, o órgão atua predominantemente como parte autora acusatória na ação penal pública e ainda, como “fiscal da lei” naquelas ações penais privadas em andamento na justiça.

No campo civil, modernamente chamado de campo “não-criminal”, a instituição também atuou como “fiscal da lei” ao acompanhar aqueles processos nos quais a natureza da lide ou a qualidade especial da parte tornou obrigatória sua intervenção e, revolucionando seus trabalhos institucionais através dos instrumentos do inquérito civil e da ação civil pública, este órgão passou a tutelar os chamados direitos de segunda e terceira geração, também chamados direitos coletivos ou difusos, ou apenas coletivos “lato sensu”.

Cumpra salientar, ainda, que o Ministério Público, em sua origem, intervinha em pouquíssimos processos fora da seara penal, agindo nos processos cíveis apenas como órgão mediador, atuando muito mais como um fiscal da lei, expressão utilizada pelo artigo 82, do Código de Processo Civil.

Todavia, após 1973, quando os rigores do período militar aumentaram, a instituição soube defender a ideia de que o interesse público abarcava o interesse social, sendo muito mais amplo do que o interesse da administração estatal, chegando até mesmo a confrontar-se com este.

Ademais, a sociedade brasileira ainda pouco organizada mostrava-se como um ser incapaz, carente de uma proteção especial que somente uma instituição tutora dos interesses difusos e coletivos da sociedade seria capaz de proteger:

(...) Compreende-se, pois, que o universo ideológico do início do regime militar de 1964, no qual foi produzida nossa última codificação processual civil, era diverso daquele que passou a prevalecer no final do regime, quando a desconfiança social para com o governo e, de resto, para com o próprio Estado, era visível na

sociedade civil. O desgaste do regime ditatorial afigurava-se imenso e todas as suas instituições passavam pela mesma crise de legitimidade, enquanto a sociedade ansiava por alcançar sua independência no iminente processo de redemocratização, já de muito anunciado, mas sempre protelado. Neste contexto, inseridos nesta condição fática, integrantes mais ativos do Ministério Público assimilaram aquele momento histórico e passaram a defender uma noção de interesse público como interesse da sociedade e não mais como interesse da administração pública. Idêntica locução, no mesmo texto legal, passou a sofrer outra atribuição de sentido, por outros intérpretes, ou talvez pelos mesmos, mas receptivos ao novo horizonte significativo, o que revela o caráter pré-conceitual de toda compreensão (PORTO, 2006, p. 155-156).

Exatamente nesse sentido estava o discurso utilizado para aumentar a noção de interesse público, de modo a abarcar principalmente o interesse social e, secundariamente, o interesse da administração pública.

Tal discurso foi o propulsor do levante institucional que motivou a instituição a invocar para si a tutela da sociedade. Com assertividade, veja-se em breve resumo que nestas últimas décadas:

... o Ministério Público muda de função ao transitar da sociedade política para a sociedade civil. Ou seja, desvincula-se do aparelho coercitivo do Estado (do aparato burocrático responsável pela dominação através da coerção) para integrar, no âmbito da sociedade civil, a parcela das organizações autônomas responsáveis pela elaboração, difusão e representação dos valores e interesses que compõem uma concepção democrática de mundo e que atuam no sentido da transformação da realidade (os sujeitos políticos coletivos que buscam a hegemonia democrática na batalha ideológica que se trava no seio e através da sociedade civil (GOULART, 1998, p.96) [Grifos do autor).

Conquistando novas e relevantes atribuições a partir de 1988, ao Ministério Público também foram asseguradas garantias institucionais e pessoais, acumuladas com funções características de fiscal, ouvidor e advogado do povo, fato que tem servido para colocar o Parquet em um interessante duplo papel, pois ao mesmo tempo em que é o defensor da sociedade contra possíveis abusos do Estado, também defende o Estado democrático de direito de direito contra possíveis ataques particulares.

Ademais, a autonomia funcional, administrativa e financeira que constitui um dos princípios institucionais do Ministério Público mostra-se na ausência de subordinação intelectual de cada ente ministerial no desempenho de suas funções na medida em que a opinião pessoal de cada membro tem que ser respeitada, sem

que haja a necessidade de contrariedade à convicção de qualquer Promotor de Justiça ou Procurador de Justiça, que somente estão vinculados ao imperativo da lei e de sua consciência, como bem salientado na sábia lição:

A independência funcional do Ministério Público constitui uma das dimensões de sua autonomia. Os seus órgãos, ou seja, os agentes ministeriais, os magistrados do Parquet atuam com independência. Significa, isso, que exercem suas atribuições sempre de acordo com a consciência do justo que guardam. A manifestação processual do órgão do Parquet, portanto, decorrerá de sua convicção, não podendo receber ordens de seus superiores para agir deste ou daquele modo (CLÉVE, 1993, p. 21-30).

Por estar comprometido tão-somente com a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses indisponíveis da sociedade, definidos na Constituição Federal e respectiva legislação nacional, nenhum membro do Ministério Público deve dobrar-se ao peso de quaisquer pressões, buscando sempre o desempenho de suas funções de modo a velar pelos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

## Considerações finais

A evolução do Ministério Público ao longo dos últimos vinte e seis anos da redemocratização brasileira é visível e extremamente positiva, uma vez que a sociedade aprendeu a depositar sua confiança nessa instituição que, muitas vezes, aparece ao hipossuficiente como um último abrigo.

Por ser uma instituição autônoma e independente, com atuação limitada apenas pela Constituição Federal e pela legislação vigente, o Ministério Público exerce um papel de agente transformador da sociedade, atuando entre o sistema de justiça e a sociedade organizada, captando as demandas dos diferentes setores sociais, notadamente dos grupos hipossuficientes.

Agindo como um defensor do povo e defendendo os interesses primários da sociedade brasileira, esta instituição reforça a importância do Estado, ao mesmo tempo que se mostra essencial à sua organização social. Buscando formas mais céleres de solução para os problemas sociais hodiernos, muitas vezes, agindo com maior sucesso na esfera extrajudicial através da expedição de recomendações e pactuações de Termos de Ajustamento de Condutas, o Ministério Público tem se mostrado como instituição de grande relevância pública.

No exercício de suas funções, os membros do Ministério Público na condição de defensores da sociedade e de guardiões dos interesses difusos e coletivos, têm buscado viabilizar a interlocução entre os Poderes estatais, de modo que a distância entre a solução dos problemas seja encurtada e, quiçá, sejam estes, também, minimizados ou até evitados.

## Referências

BRASIL. Portal da Legislação. **Legislação Histórica**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em: 05 de maio 2014.

BRASIL. Portal da Legislação. **Legislação Histórica**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)>. Acesso em: 05 de maio 2014.

BRASIL. Portal da Legislação. **Legislação Histórica**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 06 de maio 2014.

BRASIL. Portal da Legislação. **Legislação Histórica**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm)>. Acesso em: 06 de maio 2014.

BRASIL. Portal da Legislação. **Legislação Histórica**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)>. Acesso em: 06 de maio 2014.

BRASIL. Portal da Legislação. **Legislação Histórica**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm)>. Acesso em: 07 de maio 2014.

BRASIL. Portal da Legislação. **Legislação Histórica**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 07 de maio 2014.

CASTRO, Gabriel. FUENTES, André. As sete constituições da história do Brasil. **Revista VEJA**. Disponível em <<http://veja.abril.com.br/multimidia/infograficos/as-sete-constituicoes-da-historia-do-brasil->>. Acesso em: 28 de abril 2014.

CLÉVE, Clémerson Merlin. O Ministério Público e a Reforma Constitucional. **Revista dos Tribunais** (São Paulo. Impresso), v. 692, p. 21-30, 1993.

Conselho Nacional do Ministério Público. Institucional. CNMP. **A História do Ministério Público no Brasil**. Disponível em <<http://www.cnmp.mp.br/portal/component/content/article/94-institucional/ministerio-publico/128-a-historia-do-ministerio-publico-no-brasil#>>. Acesso em: 05 de maio 2014.

GOULART, Marcelo Pedrosa. **Ministério Público e Democracia: teoria e práxis**. Leme: LED-Editora de Direito, 1998. p. 70-73 e 96.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime Jurídico do Ministério Público**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 142.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Direitos Fundamentais Sociais: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2006, p. 155-156.

SALLES, Carlos Alberto de. **Entre a razão e a utopia: a formação histórica do Ministério Público**. In: VIGLIAR, José Marcelo Menezes; MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto (Org.). **Ministério Público II – Democracia**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 28.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI-MC: 514 DF. Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 01/07/1991, Tribunal Pleno, Publicado em DJ 18-03-1994. pp-05164 EMENT VOL-01737-01 PP-00049.



# Impossibilidade de inovação na tréplica

Benedicto de Oliveira Guedes Neto<sup>1</sup>

## RESUMO

O artigo demonstra que a inovação na tréplica, comumente usada pela defesa em julgamentos de casos dolosos contra a vida, no plenário do júri, afronta os princípios do contraditório e da lealdade processual. A tréplica produz o efeito de surpreender a acusação, uma vez que não permite manifestação após seu proferimento. A possibilidade de inovação na tréplica, nesse sentido, comprometeria o equilíbrio de forças entre as partes no processo penal.

**Palavras-chave:** *Tréplica. Justiça. Inovação. Penal. Processual*

## RESUMEN

El artículo presenta que la innovación de la dúplica afronta a los principios del contractório y de la lealdad procesal en la Justicia de uso ordinário por los que defendien los acusados en casos dolosos contra la vida; en juicio plenario. Una dúplica tiene un efecto sorpresa que no permite la manifestación después de su pronunciamiento. La posibilidad de la innovación en la dúplica, de este modo, afecta el equilibrio de poder entre las partes en el proceso penal.

**Palabras clave:** *Dúplica. Justicia. Innovación. Penal. Procesal.*

---

<sup>1</sup> Promotor de Justiça Titular da 3ª Promotoria de Justiça de Araguaína (Júri e Execução Penal). Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina (Unisul/FG).

## Introdução

O presente artigo visa demonstrar que a permissão da inovação na tréplica, em julgamentos de crimes dolosos contra a vida, fere mortalmente o princípio do contraditório e causa desequilíbrio injustificável de forças entre as partes.

A sistemática que será adotada na exposição deste artigo será a de demonstrar a impossibilidade de inovação na tréplica, refutando e demonstrando a fragilidade dos argumentos daqueles que defendem esta tese.

O primeiro ponto muitas vezes sustentado pela defesa é o de que não há, efetivamente, uma inovação na tréplica, pois o que é sustentado nesta fase explícita apenas uma nova leitura das provas que já estão nos autos, produzidas sob o crivo do contraditório, o que não seria uma novidade para a acusação.

Salvo melhor juízo, este argumento é deveras frágil por vários motivos, senão vejamos.

O art. 156 do Código de Processo Penal dispõe que o ônus da prova é de quem alega e, como é cediço, em sede de direito processual penal, as teses de excludentes de ilicitude, causas de diminuição de pena, de isenção de pena etc, sempre são encargos probatórios da defesa.

Obviamente que o princípio do contraditório se alicerça na apresentação das provas e no rebate a estas provas, e não apenas na apresentação destas provas sem qualquer contra-ataque. Admitir-se isso é crer que poderia haver dialética sem resposta efetiva.

Ou seja, se a defesa alega a tese do homicídio privilegiado ou da legítima defesa, v.g., (teses que lhe compete provar), nada mais óbvio que o Ministério Público se manifeste depois para rebater as provas trazidas.

Aliás, como sempre ocorre em julgamentos, o Ministério Público apresenta as provas da autoria e materialidade e a defesa rebate estas provas, garantindo-se a ela o efetivo exercício do contraditório. *Agir diferente com a acusação é absolutamente injustificável!*

Não fosse isso, vigora no processo penal a paridade de forças entre as partes, poderia o Ministério Público fazer uma nova leitura das provas encartadas nos autos e trazer tese inovadora ao plenário, como, por exemplo, a qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima, mesmo tendo a defesa oportunidade para falar depois em sua sustentação e na tréplica? Não seria isso proibido e interpretado como tese inovadora pelo Ministério Público e o júri seria anulado?

Não haveria ofensa ao contraditório, o Ministério Público não estaria extrapolando os limites da acusação?

A resposta é indubitavelmente positiva, não havendo qualquer razão plausível para esta diferenciação de tratamento entre as partes.

Sobreleva notar que o Ministério Público deve se manter adstrito aos limites impostos na pronúncia, *não lhe sendo permitido fazer qualquer nova leitura das provas, ainda que encartadas aos autos e produzidas sob o manto do contraditório, ainda que esta seja apresentada na sustentação do Ministério Público ou em réplica, quando a defesa teria chances de se manifestar sobre a nova leitura, nos debates ou na tréplica. Dessa forma, resta patente que permitir à defesa trazer tese inovadora na tréplica, ofende em demasia o contraditório e causa um indesejável desequilíbrio entre as partes, gerando uma injustificável proteção deficiente da sociedade!!!* (Grifo nosso).

Outro ponto sustentado pelos defensores da inovação na tréplica se alicerça na possibilidade que o Ministério Público teria de antecipar, em sua sustentação, as possíveis teses da defesa, pois poderia este Órgão prever, em uma análise acurada das provas dos autos, as possíveis teses que seriam sustentadas em plenário.

Francamente, com todo respeito aos que defendem este ponto de vista, este tipo de conclusão pretende impor ao Ministério Público um “contraditório vidente”. O Ministério Público deveria levar uma bola de cristal ao plenário, consultá-la, adivinhar as teses da defesa e rebatê-las antecipadamente, o que, *concessa venia*, afigura-se absolutamente desarrazoado.

Aliás, este tipo de alegação não pode ser tida sequer como uma espécie de contraditório diferido, pois não se permite, nem mesmo *a posteriori*, que o Ministério Público se manifeste sobre a tese da defesa.

O contraditório diferido, em nosso sistema processual, vigora, por exemplo, em sede de medidas cautelares onde são concedidas medidas liminares *inaudita altera pars*. Nesses casos, a parte não se manifesta antes do deferimento da medida, porém, poderá manifestar-se depois, no intuito de trazer seus argumentos e revogar a medida, tendo uma real efetividade conferida ao contraditório, o que, no caso em apreço, como resta patente, não ocorre.

Impor ao Ministério Público um ônus como esse é, sem dúvida, ferir o equilíbrio de forças que deve existir entre as partes em todos os procedimentos, é atentar contra a paridade de armas, é fazer tábula rasa do princípio da isonomia. É impor ao Ministério Público um ônus por demais pesado que não se amolda ao nosso sistema processual.

É dizer que ao Promotor de Justiça é obrigatório adivinhar todas as teses que a defesa possivelmente sustentará em plenário, ainda que vinte ou mais sejam elas, sob pena de não ter mais a oportunidade de refutá-las se houver a famigerada inovação na tréplica.

Outro argumento frequentemente utilizado é o de que, nos procedimentos do júri, vigora a plenitude da defesa, princípio que seria ainda mais abrangente que a própria ampla defesa, o que permitiria, assim, que o acusado se valesse da inovação na tréplica.

*Data maxima venia*, acreditamos que o princípio da plenitude da defesa não serve como escudo protetor para que a parte possa ofender outros princípios constitucionais, colocando-se acima, inclusive, do devido processo legal.

Ademais, a esmagadora maioria da doutrina pátria tem entendido que a plenitude da defesa nada mais é do que um sinônimo da ampla defesa, pois não teria qualquer sentido diferenciar-se estes dois termos, conferindo uma maior possibilidade de defesa aos réus de crimes dolosos contra a vida do que aos réus de outros delitos, podendo-se citar exemplos de outros crimes que, inclusive, ofendem também a vida, como latrocínio, extorsão mediante sequestro seguida de morte etc.

Não vemos sentido, v.g., que autores de crimes como infanticídio, aborto e instigação, induzimento ou auxílio ao suicídio, por exemplo, gozem de garantias maiores do que outros tantos réus de tantos outros crimes, inclusive hediondos, que respondem, igualmente, a diversas ações penais.

Neste sentido, magistral o artigo do Ilustre Promotor de Justiça de São Paulo, Ronaldo Batista Pinto, professor e mestrando em Direito pela Unesp/SP, que traz vários posicionamentos de diversos doutrinadores entendendo que a plenitude da defesa não deve ser, de fato, diferenciada da ampla defesa, *verbis*:

(...) A comparação que se pretende estabelecer entre o procedimento comum no qual o juiz não deve abrir vista à acusação para se manifestar sobre tese jurídica nova suscitada pela defesa e o procedimento do júri é absolutamente equivocada. Na prática, quase sempre os juízes preocupados com a igualdade processual, facultam sim à acusação a possibilidade de se manifestar sobre questão jurídica nova trazida pela defesa em suas alegações finais. *Além disso, em virtude de que uma decisão da lavra de um juiz togado revela contornos completamente diversos daquela proferida pelo conselho de sentença. Ora, os jurados, leigos que são nas coisas do Direito, decerto se impressionarão muito mais com uma tese jurídica nova trazida pela defesa, mormente quando apresentada por último e sem a possibilidade de contestação pela acusação. Já ao*

*juiz togado o ineditismo não acarretará qualquer alteração em sua convicção. É, portanto, incabível a analogia que se pretende estabelecer entre as duas situações posto que fincadas em pressupostos distintos.*

Também não se aproveita o segundo dos argumentos elencados em favor da possibilidade da inovação, que se funda no princípio da plenitude da defesa, de maior abrangência se comparado à ampla defesa. Vale atentar, de início, que os constitucionalistas, em sua maioria, não identificam qualquer distinção entre os princípios da plenitude da defesa, previsto para o procedimento do júri e o da ampla defesa, exigido para os demais procedimentos judiciais.

Assim, Cretella Júnior ensina que “a defesa do réu ou acusado, diante do conselho de sentença e do juiz que preside ao julgamento, é princípio que, fixado no art. 5º, XXXVIII, a, desta Constituição de 5 de outubro de 1988, mais adiante se repete, em inciso do mesmo artigo 5º sob n.º LIV (ninguém será privado da liberdade sem o devido processo legal) e sob número LV (aos acusados, em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa)” (Comentários à constituição de 1988, vol. I, p. 459). O preclaro Alexandre de Moraes, de sua parte, ensina que “a plenitude da defesa encontra-se dentro do princípio maior da ampla defesa, previsto no artigo 5º, LV, da Constituição Federal. Além disso, conforme salienta Pontes de Miranda, na plenitude da defesa inclui-se o fato de serem os jurados tirados de todas as classes sociais e não apenas de algumas” (Constituição do Brasil interpretada).

Já o mestre Tourinho Filho, comentando este princípio ao tratar do júri, relaciona várias de suas manifestações, como a impossibilidade de alguém ser processado sem defensor, da necessidade da pena ser aplicada apenas por um juiz, da possibilidade que se confere ao réu de interpor recursos, de ser ouvido após a acusação, de ser intimado das decisões etc. (Processo Penal, vol. 2, p. 21).

Ora, todos estes exemplos de exercício da plenitude da defesa se aplicam, igualmente, ao princípio da ampla defesa. Aliás, não se entende por qual razão o constituinte teria optado por uma defesa plena para o júri, e, para os demais procedimentos, se contentaria apenas com uma defesa ampla, ferindo o princípio da isonomia em nítido prejuízo para o réu que não cometeu um crime doloso contra a vida (...) (PINTO, 2006) (grifos nossos).

No mesmo sentido, as palavras de Renato Brasileiro de Lima:

(...) Se, de um lado, a plenitude da defesa autoriza que o advogado inove sua tese por ocasião da tréplica, do outro, a Constituição Federal também assegura a observância do contraditório (art. 5º, LV), compreendido como a ciência bilateral dos atos e termos processuais e a possibilidade de contrariá-los. Logo, se a defesa invocou tese nova ao se pronunciar em sede de tréplica, não há motivo para não se deferir ao Ministério Público a possibilidade de se manifestar na sequência (...) (LIMA, 2012, p.484).

Dessa forma, não parece sensato, sob o pretexto de uma “defesa plena”, permitir-se todo e qualquer tipo de astúcia da defesa no plenário do júri.

Importante acrescentar ainda que a plenitude da defesa (que deve ser interpretada como sinônimo de ampla defesa, como já dito) não deve servir como escudo para a prática de deslealdades processuais, não permitir a utilização de astúcias no processo penal.

Aliás, é princípio dos mais comezinhos do Direito o de que “ninguém pode se beneficiar da própria torpeza”. Ora, *permitir que a defesa inove na tréplica é permitir que ela fique sempre a guardar “uma carta na manga” para utilizá-la quando o Ministério Público não mais possa se manifestar.*

Ao que parece, este tipo de ardil não deve ser incentivado pelo nosso ordenamento, ao contrário deve ser refutado com veemência, mormente em tempos de pregação do princípio da boa-fé que devem reger todas as relações processuais.

Mais uma vez, importante transcrever as palavras do Ilustre Professor Ronaldo Batista Pinto, Mestrando em Direito pela Unesp/SP<sup>2</sup>:

(...) Vê-se, portanto, que o mandamento constitucional que trata da plenitude da defesa não deve ser interpretado a ponto de isentar a defesa de submissão às regras do processo, sob pena de se estabelecer a balbúrdia, obstando, inclusive, o esgotamento da prestação jurisdicional.

Tampouco de isentar o defensor de um outro princípio que é típico do processo, o que prega a lealdade processual. Com efeito, na lição de Cintra, Grinover e Dinamarco, “sendo o processo, por sua índole, eminentemente dialético, é reprovável que as partes se sirvam dele faltando ao dever de verdade, agindo com deslealdade e empregando artifícios fraudulentos. Já vimos que o processo é um instrumento posto à disposição das partes não somente para a solução de suas lides, como também para a atuação do direito. Diante desta sua finalidade, deve ele revestir-se de uma dignidade que corresponda a seus fins. O princípio que impõe esses deveres de moralidade e probidade a todos aqueles que participam do processo denomina-se lealdade processual” (Teoria Geral do Processo, pp. 38-9). Indaga-se, então, agora com uma visão prática, tirada do cotidiano do júri-qual a tese que até então ignorada pela defesa, seria capaz de surgir apenas na tréplica? Que poder sobrenatural é esse que assolando abruptamente o defensor, o inspiraria a ponto de cogitar de uma versão até então inédita? Ora, a experiência revela que a inovação na tréplica implica, isso sim, em estratégia desonesta cujo objetivo é de ludibriar a acusação que, a essa altura, já não mais encontrará

---

2 PINTO, Ronaldo Batista. Inovação na tréplica no júri é estratégia desonesta. Revista Consultor Jurídico, 19/04/2006.

tempo hábil para refutá-la. Para se valer da mesma figura de linguagem utilizada no julgamento do STJ, cuja ementa foi acima transcrita, trata-se de carta que a defesa, astuciosamente, tira do bolso do colete, movida por intensa má-fé, capaz de quebrar a regra do jogo. (...) (grifo nosso).”

Por fim, outro argumento utilizado em defesa da inovação na tréplica sustenta que não há ofensa ao contraditório, pois o Ministério Público teria direito a apartes durante esta fase, podendo fazer os contrapontos que entendesse necessários. (art. 497, XIII, do Código de Processo Penal).

Nada mais inconcebível; a uma porque o aparte é concedido por quem está sustentando, ou seja, caso o Ministério Público solicite o aparte e a defesa não permita, restará frustrado o seu direito de sustentar *brevíssimas considerações acerca de uma nova tese exposta durante pelo menos uma hora pela defesa (ou duas, caso sejam mais de um réu)*.

Poderiam ainda dizer os mais astutos que, caso o Ministério Público se irresignasse com a obstaculização da defesa ao aparte, poderia recorrer ao juiz Presidente para regulamentá-lo, e este poderia conceder infundáveis três minutos para que o Ministério Público rebatesse uma nova tese amplamente exposta pela defesa, durante toda a tréplica.

Isso jamais pode ser comparado ao contraditório diferido das medidas cautelares, pois naquele não há qualquer limitação à palavra de quem contesta a medida, ainda que feita a posteriori com o escopo de revogá-la.

Não fosse isso, é regra das mais basilares da Hermenêutica Constitucional que os princípios constitucionais devem ser interpretados sempre visando a conferir-se a sua máxima eficácia. Ora, o contraditório é princípio agasalhado pelo art. 5º da Constituição Federal e parece óbvio que estabelecer três minutos para que a acusação se manifeste sobre a uma nova tese exposta pela defesa, com demasiadas e variadas circunstâncias, não parece garantir a prática de uma dialética efetiva.

Diante de todo o exposto, de bom alvitre ressaltar como vem se posicionando a nossa jurisprudência e parte respeitável de nossa doutrina sobre o assunto.

Embora saibamos que o tema ainda comporta bastante controvérsia, dividindo doutrinadores e Tribunais, cremos que os posicionamentos mais fortes estão aliados com a impossibilidade de inovação na tréplica, por absoluta ofensa ao princípio do contraditório e ao princípio da lealdade que deve reger todas as relações processuais.

Com efeito, para iniciarmos este debate, importante comentarmos o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça a este respeito. Os que defendem a possibilidade de inovação na tréplica cantavam aos quatro ventos que o STJ já havia decidido neste sentido, sempre citando o HC 61615/MS, de 10/02/2009, publicado em 09/03/2009, decisão proferida pela Sexta Turma.

Pois bem. Como se percebe facilmente, esta decisão já conta com mais de quatro anos e este mesmo Superior Tribunal de Justiça, *em decisões recentíssimas*, decidiu, *por unanimidade*, pela absoluta impossibilidade de inovação na tréplica por ofensa ao princípio do contraditório, *litteris*:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. INOVAÇÃO DE TESE DEFENSIVA NA TRÉPLICA. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, à luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

2. Em virtude do contraditório e do devido processo legal, é vedado à defesa inovar no momento da tréplica. Assim, inexistente ilegalidade na decisão do Juiz Presidente do Tribunal do Júri que deixou de incluir, nos quesitos a serem apresentados aos jurados, tese da participação de menor importância, sustentada somente naquele momento processual.

3. Habeas corpus não conhecido.” (HC 143553/DF – Rel. Min. Marilza Maynard – DJe 07/03/2014).

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. ARTS. 593, III, A, E 563, DO CPP. QUESITOS. INOVAÇÃO DE TESE DEFENSIVA NA TRÉPLICA. IMPOSSIBILIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. MATÉRIA NÃO REGISTRADA EM ATA. PRECLUSÃO. PAS DE NULITÉ SANS GRIEF. DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. STF. ACÓRDÃO A QUO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA TRIBUNAL. SÚMULA 83/STJ.

1. No Tribunal do Júri, a alegação de nulidade por vício na quesitação deverá ocorrer no momento oportuno, isto é, após a leitura dos quesitos e a explicação dos critérios pelo Juiz presidente (art. 571 do CPP).



2. A inovação de tese defensiva na fase de tréplica, no Tribunal do Júri, viola o princípio do contraditório, porquanto impossibilita a manifestação da parte contrária acerca da *quaestio*.

3. Incidência da Súmula 83/STJ.

4. A violação de preceitos, dispositivos ou princípios constitucionais revela-se *quaestio* afeta à competência do Supremo Tribunal Federal, provocado pela via do extraordinário; motivo pelo qual não se pode conhecer do recurso especial nesse aspecto, em função do disposto no art. 105, III, da Constituição Federal.

5. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.

6. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 1.306.838/AP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior - DJe de 12/09/2012) (grifo nosso).

Há vários outros julgados espalhados pelo País que se amoldam a esta mais nova posição do Superior Tribunal de Justiça. Vejamos.

Júri. Desclassificação para lesões corporais leves, com posterior decretação da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva estatal (art. 129 do Código Penal). Preliminar. Inovação de teses defensivas na tréplica. Ofensa ao princípio do contraditório. Nulidade do julgamento decretada. Apelo ministerial provido, pela preliminar, prejudicada, a análise do restante da matéria devolvida, com determinação de novo julgamento. (TJSP. APL 900000341199826 SP 9000003-41.1999.8.26.0451. Rel. Min. Luis Soares de Mello. 07/08/2012. 15.08.2012. 4ª Câmara de Direito Criminal). (grifo nosso).

APELAÇÃO CRIMINAL - HOMICÍDIO- ALEGADA NULIDADE DO JULGAMENTO DO JÚRI - INOVAÇÃO DA TESE DEFENSIVA APRESENTADA APENAS NA TRÉPLICA CAUSANDO SURPRESA NA ACUSAÇÃO- NÃO HAVENDO COMO OPORTUNIZAR O CONTRADITÓRIO PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO- DECISÃO QUE DENEGOU QUESITAÇÃO CORRETA AMPARADA COM O PRINCÍPIO DA ISONOMIA ENTRE AS PARTES E DO CONTRADITÓRIO- RECURSO IMPROVIDO (TJMS. Apelação Criminal: APR 965 MS 2006.000965-9. Relator Des. João Batista da Costa Marques. 1ª Turma Criminal. 02/05/2006. DJe 26/05/2006). (grifo nosso).

Ementa: APELAÇÃO. PROCESSO DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO. INCONFORMIDADE DEFENSIVA.? Âmbito devolutivo. - O recurso foi interposto de próprio punho pelo acusado, sem especificar por quais alíneas recorria. As razões recursais limitam-se a alegação de que o veredicto do Tribunal do Júri é manifestamente contrário à prova dos autos e a readequação da pena. - O exame do recurso, assim, tratando-se de procedimento

de competência do Tribunal do Júri, por força do princípio "TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APPELLATUM", está limitado às matérias impugnadas. Precedentes. ? Da alegação de decisão manifestamente contrária à prova dos autos (art. 593, inciso III, alínea "d", do CPP) - O apelante, ouvido na fase inquisitorial militar, na primeira fase do procedimento judicial e no Plenário, asseverou, em suma, que efetuou os disparos após ter sido alvejado, atirando para se proteger. Observa-se, no entanto, que as declarações do apelante não foram uníssonas. O AUTO DE NECROPSIA, por sua vez, informa: "... Tegumento da face apresenta na região medial superior direita da pirâmide nasal um orifício com bordos invertidos medindo dez por oito milímetros halo de escoriação e enxugo de dois milímetros e com orla de tatuagem de vinte milímetros (orifício de entrada de projétil de arma de fogo no 1) (há queima roupa (sic))..." - Magistério de Genival Veloso de França (Modalidade do disparo e Distância) e lição de Antonio José Eça (em relação a "zona de tatuagem") - Cumpre destacar, então, que, contrariando a primeira versão apresentada pelo apelante, há prova técnica informando que o disparo foi realizado a "queima-roupa"(sic) (geralmente até 10 cm). - Por outro lado, devemos observar, ainda, que o AUTO DE NECROPSIA esclarece que nas "regiões posteriores do corpo", "ao nível da região dorsal esquerda a setenta milímetros da linha posterior mediana e a quarenta milímetros da margem escapular inferior um orifício com bordos invertidos medindo oito por nove milímetros (orifício de entrada de projétil de arma de fogo no 2)", sendo que tal projétil "apresentou um trajeto de trás para diante" (destacamos). Temos, neste sentido, o apontado no MAPA DAS REGIÕES ANATÔMICAS (COSTAS) - Resulta, daí, que, por tal fundamento (alegação de legítima defesa), não tem passagem o apelo defensivo. É que há nos autos explicação que serve como embasamento para afastar a alegação de que o Tribunal Popular tenha decidido de forma arbitrária, dissociando-se de toda e qualquer evidência probatória. - Não podemos esquecer, então, do desencontro nas palavras do acusado (em relação à distância do tiro), bem como a circunstância de que um dos disparos atingiu as costas da vítima. - Aponta, ainda, o ilustrado Procurador de Justiça, Dr. Ricardo Vaz Seeling: "Outrossim, embora o réu alegue que apenas revidou os disparos, segundo os peritos do Departamento de Criminalística do Estado, a arma apreendida próxima ao corpo da vítima era ineficaz para a produção de disparos, "devido ao fato do mecanismo de disparo estar inoperante", não se encontrando, pois, em condições de uso e funcionamento (laudo pericial da fl. 21 do inquérito policial apenso)." - "A legítima defesa, causa excludente que é da criminalidade, para ser reconhecida, deve apresentar-se clara e precisa, sem qualquer eiva de dúvida. Assim, quando é invocada, a primeira palavra que salta aos olhos do julgador é a do réu, que deve ser convincente, porque, afinal, é pela sua palavra, pela descrição do fato da sua conduta que se irá afirmar se agiu ou não em legítima defesa. Assim, o réu que a invoca jamais procura negar o fato que é fundamental para a defesa porque, afinal, é desse fato, do seu comportamento que se poderá inferir se a sua ação comportou-se secundum jus" (TJSP - AC - Rel. Hoepfner Dutra - RT 424/346)", in CÓDIGO PENAL E SUA INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL, Alberto Silva Franco et alii, 5ª edição, 2ª. Tiragem, Tomo 1, pág. 297). O Pretório Excelso há muito

deixou assentado: "PARA SER RECONHECIDA, TEM A LEGÍTIMA DEFESA QUE ESTADEAR COM CLAREZA EXTREME DE DUVIDA, NÃO SENDO OS MAUS ANTECEDENTES DA VÍTIMA SUFICIENTES PARA GERAR A CONVICÇÃO DE QUE TENHA TIDO A INICIATIVA DA AGRESSAO." (RE 74616/SE, Relator: Ministro BARROS MONTEIRO, j. em 03/11/1972, PRIMEIRA TURMA - grifamos) - O Conselho de Sentença apenas escolheu uma entre as versões consubstanciadas no conjunto probatório. Desta forma, inviável, é a cassação do veredicto. Não podemos esquecer que: (a) "O advérbio "manifestamente", constante do art. 593, III, d, do CPP, autoriza os jurados a apoiarem-se em qualquer prova dos autos, não cabendo questionar-se se tal prova é a melhor ou se foi corretamente valorada." (passagem da ementa do AO 1047 ED/RR, Relator Ministro Joaquim Barbosa, j. em 19/12/2008, Tribunal Pleno); (b) o Júri "é soberano no seu pronunciamento e tal decisão deve ser atendida pelo Tribunal Superior, que não é árbitro do veredicto"; e, (c) a opção, pelos jurados, por uma das versões constante dos autos não autoriza a cassação do veredicto. Trata-se de orientação dominante, tanto na doutrina como na jurisprudência. - O entendimento continua atual e encontra amparo na jurisprudência hodierna do Tribunal Pleno do Pretório Excelso e em julgados das Turmas (5ª e 6ª) componentes da 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça. - Assim, o veredicto do Tribunal Popular não se apresenta manifestamente contrário à prova dos autos. - Por outro lado, a alegação no sentido de que não há prova de que os disparos saíram da arma do apelante, ou seja, incerteza quanto à autoria do disparo, não merece conhecimento. É que com relação a alegada negativa de autoria a Defesa está inovando no apelo. - O recurso, por tal fundamento, não tem passagem. A defesa não alegou a tese de negativa de autoria em Plenário, conforme se verifica na Ata de Julgamento. Assim, se ao Conselho de Sentença, que examinou os autos de "capa a capa", não foi dada a possibilidade de examinar a tese agora apresentada, inclusive por omissão da Defesa, não é dado a esta instância examiná-la, visto tratar-se de inovação. É de se observar, neste passo, que a inovação já seria vedada por ocasião da tréplica, quanto mais neste grau de jurisdição. - Concluímos, assim, à luz da prova constante dos autos, que não é possível cassar o veredicto do Conselho de Sentença. Da alegação de erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena (art. 593, inciso III, alínea "c", do CPP): - A pena-base foi fixada em 15 anos de reclusão, sendo reconhecidos como negativos os seguintes vetores: (a) culpabilidade; (b) conduta social; (c) personalidade; (d) motivo; (e) circunstâncias; e, (f) conseqüências. - Pensamos que alguns dos vetores negativos apontados, realmente, pesam contra o apelante (culpabilidade e circunstâncias). Pena-base redimensionada APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJRS. Apelação Crime Nº 70041092685, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio de Oliveira Canosa, Julgado em 15/03/2012). (grifo nosso).

APELAÇÕES CRIMINAIS. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIOS QUALIFICADOS PELA EMBOSCADA (UM CONSUMADO E TRÊS TENTADOS). ALEGADA NULIDADE POR UM DOS RECORRENTES. NÃO INCLUSÃO DE QUESITO A RESPEITO DE HOMICÍDIO PRIVILEGIADO. INOVAÇÃO DE TESE NA TRÉPLICA, IMPOSSIBILITANDO

A MANIFESTAÇÃO DO DOMINUS LITIS. EIVA INEXISTENTE.  
"Se a defesa técnica, ao ensejo da tréplica, apresenta tese defensiva nova, violentando, desse modo, o contraditório, possível não é a formulação de quesito sobre a matéria" (TJSP - AP - Rel. Ítalo Galli - RT 587/321) (Franco, Alberto Silva; et al, Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial, volume 2, 1ª ed., 2ª tir., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 2572).  
RECURSO DA DEFESA PLEITEANDO A NULIDADE DO JULGAMENTO POR DECISÃO CONTRÁRIA ÀS PROVAS DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. CONSELHO DE SENTENÇA QUE ACATOU A VERSÃO QUE LHE PARECEU MAIS CONVINCENTE. RESPEITO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS. DOSIMETRIA. ALMEJADA MITIGAÇÃO DAS PENAS-BASE EM RELAÇÃO AOS DELITOS CONTRA A VIDA. IMPOSSIBILIDADE. AUMENTO DEVIDAMENTE SOPESSADO E JUSTIFICADO PELO MAGISTRADO DE PRIMEIRO GRAU. PEDIDO DE DIMINUIÇÃO DA SANÇÃO EM SEU GRAU MÁXIMO, ANTE O RECONHECIMENTO DA TENTATIVA. INVIABILIDADE. ITER CRIMINIS PERCORRIDO QUASE QUE EM SUA TOTALIDADE. PATAMAR DE REDUÇÃO MANTIDO. PORTE ILEGAL DE ARMA. PLEITO DE REDUÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL ATENDIDO. INCIDÊNCIA DA AGRAVANTE DO MOTIVO TORPE QUE NÃO SE ENQUADRA PARA O DELITO DESCRITO NO ART. 14 DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO. MITIGAÇÃO IMPERATIVA, ESTENDIDA, DE OFÍCIO, PARA O OUTRO APELANTE, E AO RÉU QUE NÃO APELOU DO DECISUM, POR FORÇA DO QUE DISPÕE O ART. 580 DO ORDENAMENTO PROCESSUAL PENAL. ALTERAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA DO FECHADO PARA UM MENOS GRAVOSO IMPOSSÍVEL. SOMATÓRIO DAS SANÇÕES ESTIPULADAS PARA CADA DELITO QUE IMPEDEM A MODIFICAÇÃO PRETENDIDA. INTELIGÊNCIA DO ART. 33, § 2º, [...]” (TJSC. Processo 2009.015130-4. Relator Alexandre d'Ivanenko. Terceira Câmara Criminal. 16.06.2009). (grifo nosso).

APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO PRIVILEGIADO. JÚRI. PRELIMINAR SUSCITADA PELA DEFESA. INOVAÇÃO DE TESE NA TRÉPLICA. MÉRITO. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. PENA. MAJORAÇÃO. 1 - Implica em nulidade da sessão de julgamento pelo Tribunal do Júri, quando, na tréplica, a defesa sustenta tese nova ainda não explorada, e o dirigente do feito não concede, imediatamente depois à acusação, o direito de rebatê-la pelo mesmo prazo da tréplica. 2 - Uma vez anulada a decisão do Tribunal do Júri, fica prejudicada as demais teses de decisão manifestamente contrária à prova dos autos e majoração da pena aplicada. 3- Recurso conhecido e provido”. (TJGO. 109083-98.2002.8.09.0051 - APELAÇÃO CRIMINAL. 1ª Câmara Criminal. Rel. Des. J. Paganucci Jr.. 29/11/2012. DJe 12/12/2012). (grifo nosso).

Como se vê, há incontáveis julgados, recentes, seguindo a tendência mais nova do Superior Tribunal de Justiça, por restar evidente a ofensa ao princípio do contraditório ante a inovação de tese defensiva na réplica.

Não fosse isso, abalizados doutrinadores pátrios também se posicionam neste sentido. Vejamos.

Adriano Marrey, Alberto Silva Franco e Rui Stoco (1997, p. 320) são categóricos ao lecionarem que:

(...) Entretanto, se preferir não fazer a réplica, deve o Promotor de Justiça limitar-se a dizer “não” à indagação do juiz, sem acréscimos. Se fizer qualquer comentário sobre a acusação, como por exemplo, afirmando já estar satisfeito com o que já disse sobre a culpabilidade do réu deverá o juiz permitir que a defesa faça a réplica, usando o tempo regulamentar. É o comentário de Damásio E. de Jesus, baseando-se no que escreve Hermínio Alberto Marques Porto.

Da mesma forma, é em regra vedado à defesa variar na tese sustentada, por ocasião da réplica. “Tendo sustentado na primeira fase dos debates a legítima defesa real, não pode o réu inovar na réplica, alegando legítima defesa da honra, surpreendendo a acusação e acarretando-lhe prejuízo, já que o seu representante não mais pode se manifestar após a réplica” (TJSP – RT 485/299) (grifo nosso).

No mesmo sentido, Hermínio Alberto Marques Porto (2005, pp. 125-126):

### **Inovação defensiva em plenário. Réplica e tréplica.**

Nos procedimentos penais condenatórios, encerrada a coleta das provas, as partes apresentam suas alegações finais, quando, confrontando o pedido com as provas e com fundamentos de direito, encaminham ao Juiz argumentos que pretendem sejam pela sentença adotadas. No encerramento do procedimento destinado à apuração judicial do crime com julgamento entregue à competência do Tribunal do Júri, as partes, em alegações finais orais, ao Conselho de Sentença encaminham seus argumentos, podendo a acusação replicar e a defesa apresentar a tréplica (art. 473), o que representa previsão ampliativa procedimental peculiar ao procedimento do Júri, porque a acusação e defesa técnica estão voltadas para juízes leigos, que por isso podem necessitar, para que formem um seguro convencimento, mais esclarecimentos sobre o conjunto das provas até então apreciadas, ou sobre pontos destas que exijam, a critério da acusação optando pela réplica, reiteração de exame de pontos até então abordados e que, a seguir, serão, na tréplica, reexaminados pela defesa; optando a acusação pela réplica, terá, pois, sua atenção voltada para teses defensivas que não tenham sido, porque fora da previsão inicial acusatória, apreciadas. Reabertos, pois, debates, com a réplica e a tréplica, os interesse das partes estão assegurados. Mas se a defesa técnica, aproveitando a tréplica, apresenta tese defensiva nova, por acréscimo substancial ou alteração fundamental do que tenha pleiteado ao responder à acusação, estará

subtraindo da parte autora o direito de contrariar, e que a lei processual assegura irrestritamente nos limites da réplica; tal inovação defensiva- que é de uso, embora irregular, possível, porque os pontos de defesa não são anteriormente à sessão de julgados fixados- violenta o contraditório, por isso não podendo gerar quesitos, ou restará cerceada a acusação e viciado o julgamento, competindo, então, ao Juiz Presidente, à frente de inovações defensivas apresentadas na tréplica, que alterem fundamentalmente a interpretação dos fatos e que motivem expresso (incisos III, IV e X do art. 497) protesto da acusação advertir a defesa sobre a violação de princípios do processo, não deferindo, por motivação que fará consignar em ata (inciso XVI do art. 495), quesitos defensivos decorrentes de tal atividade inovatória e cerceadora da acusação. (grifo nosso).

Para não nos tornarmos repetitivos, podemos ainda citar autores de renome nacional, contrários à possibilidade de inovação na tréplica: Tourinho Filho, Dante Busana, Damásio Evangelista de Jesus e Fernando Capez.

Dessa forma, conforme a melhor e mais recente jurisprudência, bem como a mais renomada doutrina pátria, não há qualquer possibilidade de promover a quesitação, em plenário do júri, de tese defensiva que foi trazida a lume somente na tréplica, por completa ofensa ao princípio do contraditório.

Diante do exposto, cremos que esta manobra que vem sendo utilizada pela defesa para atingir seus objetivos no plenário do júri ofende mortalmente todo o sistema constitucional do devido processo legal, em afronta aos princípios que alicerçam o regime democrático, como o contraditório e a lealdade processual, e desprezando-se, por completo, a paridade de forças no processo penal para, muitas vezes, predominar a torpeza e a desonestidade processual.

## Referências

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Niterói: Impetus, 2012. Volume II.

MARREY, Adriano; FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. **Teoria e prática do júri**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PINTO, Ronaldo Batista. **Inovação na tréplica no júri é estratégia desonesta**. Revista Consultor Jurídico, abr. 2006.

PORTO, Hermínio Alberto Marques. **Júri: procedimentos e aspectos do julgamento**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

# A Residência Técnica: mediação pedagógica para curso de ingresso na carreira do Ministério Público

Geraldo da Silva Gomes<sup>1</sup>  
Rodrigo Alves Barcellos<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente texto relata a introdução e desenvolvimento do conceito de Residência Técnica, como mediação pedagógica, no Curso de Ingresso na Carreira do Ministério Público do Estado do Tocantins, ocorrido a partir de fevereiro de 2014. Como mediação pedagógica, a Residência Técnica constitui o tripé “sentido-direção-duração” baseado em teorias curriculares educacionais e nas normativas legais para a iniciação dos Promotores de Justiça Substitutos. No texto, procurou-se apresentar a resignificação da expressão “residência profissional”, mais utilizada no campo da Medicina e, nos últimos anos, também presente em algumas áreas das Ciências Humanas e Sociais Aplicadas, como “Residência Social”. Trazer este instrumento para um curso de ingresso à carreira do Ministério Público implica em adaptações e modelagem pedagógica de forma a permitir a elaboração da proposta de uma “residência técnica” como forma de inserção dos novos Promotores de Justiça em situações e áreas que exigem atuação intrínseca do Ministério Público.

**Palavras-chave:** *Formação. Residência Técnica. Ministério Público. Educação. Sociedade.*

---

1 Doutor em Ciências da Comunicação, pós-doutoramento em Educação. Assessor Técnico da PGJ-MP/TO. E-mail: geraldogomes@mpto.mp.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7833414547695138>.

2 Promotor de Justiça Titular da Promotoria de Goiatins/TO. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora/MG. Especialista em Direito Público e Direito Ambiental pela PUC/MG. E-mail: rodrigobarcellos@mpto.mp.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4431413933871410>.



## RESUMEN

El texto describe las dinámicas de introducción y desarrollo del concepto de Residencia Técnica como mediación pedagógica en el Curso Inicial para Miembros del Ministerio Público del Estado de Tocantins, realizado hacia febrero de 2014. Como una mediación pedagógica, la residencia técnica tiene un trípode curricular "sentido-retos-duración temporal" basado en las teorías educativas y las prerrogativas legales para la formación inicial de los miembros del Ministerio Público. El artículo texto propone para la "residencia profesional" otra significación, que fue apropiada en el cotidiano por los del campo de la Medicina y, en los últimos años, también aplicada en parte por algunas de las áreas de Humanidades y Ciencias Sociales Aplicadas, bajo la expresión " Residencia Social". Llevar para el curso tal proposición implica en adaptaciones y diseño pedagógicos a permitir que la propuesta de "residencia técnica" pueda ser una forma de ubicar a los nuevos miembros en situaciones y áreas que requieren un actuar especial del Ministerio Público.

**Palabras clave:** *Formación. Internato Técnico. Ministério Público. Educación. Sociedad.*

## Introdução

É possível utilizar a Residência Técnica como instrumento que viabilize a inserção de Promotores de Justiça Substitutos, recém-ingressos na carreira ministerial, no contexto da realidade tocantinense? Antes, porém, de se trabalhar a ressignificação da Residência Técnica no Curso de Ingresso na Carreira do Ministério Público, faz-se necessário breve imersão sobre como os autores do presente texto articularam a reflexão sobre a Residência Médica e a Residência Social. Optou-se por utilizar iniciais maiúsculas na grafia das expressões Residência Médica, Residência Social e Residência Técnica, ressaltando suas posições enquanto espaços específicos de produção e gestão do conhecimento científico e humanístico.

A historiografia da Residência Médica tem como ponto de partida formal a implantação de programas na Universidade John Hopkins, em Baltimore, nos Estados Unidos, com enfoque nas áreas de Patologia, Medicina Interna, Cirurgia e Ginecologia-Obstetrícia, de acordo com denominação da época. A residência focalizava o treinamento prático, em serviço, de médicos recém-graduados e acompanhados por profissionais experientes (ELIAS, 1987). No Brasil, os programas tiveram seu desenvolvimento mais intenso nos anos de 1947 e 1948, no Hospital das Clínicas da Universidade de São Paulo e no Hospital dos Servidores Públicos do Estado de São Paulo (BARBOSA, 1984).

Na trajetória de ordenamento legal, a Lei nº 6.932, de 7 de julho de 1981, dispôs sobre a Residência Médica no Brasil ao lhe conferir, entre outros, um escopo pedagógico, regulamentando a relação de ensino-aprendizagem mediada por um preceptor aos profissionais médicos para complementação especializada na carreira. O artigo 1º, assim, definiu a residência médica

como uma modalidade de ensino de pós-graduação, destinada a médicos, sob a forma de cursos de especialização, caracterizada por treinamento em serviço, funcionando sob a responsabilidade de instituições de saúde, universitárias ou não, sob a orientação de profissionais médicos de elevada qualificação ética e profissional. (BRASIL, 1981).

A Lei nº 6.932/81 foi ponto de partida para a elaboração de um conjunto de normativas que envolvem a Residência Médica, tendo a colaboração de diversas entidades e associações como o Conselho Nacional de Residência Médica – CNRM e o Conselho Federal de Medicina – CFM. A Residência Médica engloba

como conteúdos curriculares: atividades teórico-práticas, treinamento em serviço com carga horária específica, locais de trabalho e profissionais preceptores reconhecidamente abalizados por órgãos representativos e pelo Ministério da Educação, áreas e subáreas de concentração da Clínica Médica, Cirurgia Geral, Pediatria e Ginecologia-Obstetrícia (BRASIL, 1977; BRASIL, 1981; BRASIL, 2005).

No Estado do Tocantins, o conceito de Residência Social foi introduzido a partir dos anos 2006-2007, inicialmente por meio de reflexões conduzidas por grupo de trabalho da Fundação Universidade do Tocantins e, posteriormente, desenvolvido por professores-pesquisadores da Universidade Federal do Tocantins.

O primeiro contato com a expressão “Residência Social” deu-se em reunião com a Prof<sup>a</sup>. Dra. Tânia Maria Diederichs Fischer, coordenadora do Centro Interdisciplinar de Desenvolvimento e Gestão Social- CIAGS da Universidade Federal da Bahia - UFBA, durante pesquisa sobre a relação estágio curricular e trabalhos extensionistas para alunos dos cursos na modalidade a distância - EaD da Fundação Universidade do Tocantins - UNITINS no ano de 2006<sup>3</sup>. O registro documental do diálogo com a pesquisadora não foi realizado na íntegra. Felizmente, em entrevista publicada na página de Gilberto Dimenstein na internet, dois anos antes<sup>4</sup>, Fischer discorreu sobre o CIAGS e a residência social:

O Centro nasceu em 2001, com uma disposição de criar um modelo de ensino, pesquisa e extensão que fosse uma referência em gestão social para o desenvolvimento, e que não se restringisse às ONGs. Na área de graduação, o principal diferencial é reunir numa mesma sala de aula gestores sociais oriundos da periferia das cidades e alunos da classe média de diversos cursos da graduação

---

3 Como resultado do encontro: “Nos dias 15 e 16 de setembro, a UNITINS recebeu a visita de Edilson Tavares, professor da UFBA – Universidade Federal da Bahia e pesquisador do CIAGS – Centro Interdisciplinar de Desenvolvimento e Gestão Social. A oportunidade serviu para o fortalecimento das relações interinstitucionais entre as duas universidades, com vistas ao amadurecimento do processo de cooperação já iniciado. O Prof. Edilson conheceu a estrutura, a tecnologia e os trabalhos desenvolvidos pela UNITINS nos âmbitos do ensino, pesquisa e extensão, estabelecendo relação de possibilidades de maior cooperação entre as duas realidades institucionais. (...) No sábado, após conhecer as estruturas e os projetos aqui desenvolvidos, principalmente os trabalhos do Ensino a Distância e da Unitins AGRO, o Prof. Edilson Tavares destacou o interesse da sua instituição em cooperar para a estruturação da Residência Social (tecnologia social criada pelo CIAGS) na UNITINS, através da qual os acadêmicos têm a possibilidade de melhor desenvolver sua prática. Segundo ele, Gestão Social é algo pleno e bem mais profundo que apenas a gestão de ONGs ou do que é público, mas perpassa pela gama de conhecimentos e habilidades que tornam o profissional apto a gerir projetos economicamente viáveis, socialmente justos e ambientalmente sustentáveis.” (Disponível em <http://www.gestao-social.org.br/conteudo/noticias/clipping/noticia.2006-09-26.3719268310/> Acesso em 23 de abril de 2014).

4 Entrevista realizada por Amanda Vieira, da Fundação Banco do Brasil, disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dimenstein/comunidade/gd171204.htm>. Acesso em 23 de abril de 2014.

da Universidade da Bahia e de faculdades particulares. Essa experiência singular desperta nos estudantes da classe média vocação para a gestão social e permite aos líderes comunitários e gestores das periferias a capacitação de qualidade. Além disso, os estudantes de graduação realizam uma residência social, isto é, passam três meses desenvolvendo um projeto na comunidade local, uma experiência que vai além do ensino teórico tradicional. É uma experiência inédita no país e é positiva tanto para os gestores das comunidades locais como para os estudantes. (VIEIRA, 2004).

Causou surpresa a resignificação da residência tão conhecida no campo da Medicina para outras áreas de conhecimento e voltada para estudo de aspectos sociais. O processo teórico e prático de resignificação depurou-se com a ampliação de rede de pesquisadores sobre a gestão social. Conforme Schommer e França Filho (2010):

Esta compreende o universo de práticas organizativas voltadas, prioritariamente, para o atendimento de demandas socialmente definidas pelas populações em seus territórios, sinalizando a importância do social, do político, do cultural e do ambiental, para além do espaço econômico. (p. 203)

No prisma acadêmico, a Gestão e a Residência Social presumem a importância da formação e reconhecimento de comunidades de prática, cuja aprendizagem se dá pelo entendimento dos diferentes saberes utilizados pelos agentes sociais frente à diversidade de problemas e demandas da realidade, sobre o processo de ação-reflexão-intervenção e interdisciplinar (FISCHER, 2002a; FISCHER, 2002b; FISCHER, 2007; FISCHER E MELO, 2003; FISCHER, ROESCH, MELO, 2006; SCHOMMER E FRANÇA FILHO, 2010).

Dos intentos da prática da residência social nos projetos curriculares dos cursos de graduação, pode-se ter uma produção de pesquisas e artigos científicos. A culminância dos trabalhos ocorreu em maio de 2008, quando aconteceu o II Encontro Nacional de Pesquisadores em Gestão Social, cuja temática “os desafios da formação em gestão social” foi decisiva para delimitação da área. O encontro foi sediado em Palmas e realizado pelo Núcleo de Economia Solidária da Universidade Federal do Tocantins (NESol/UFT), com suporte das demais instituições envolvidas na área, como a Fundação Universidade do Tocantins.

A rede de pesquisadores ampliou-se e encontros nacionais passaram a ocorrer em diversas edições como em Juazeiro/BA, Petrolina/PE, Lavras/MG até o VIII Encontro em Cachoeira/BA, com o enriquecimento de mais temáticas

e relatos de experiências exitosas. (GOMES et al., 2007; GOMES et al., 2008; CANÇADO, 2011).

Nesta abordagem inicial sobre a Residência Médica e a Residência Social, questões, a partir do cenário do Ministério Público, podem ser feitas: É possível ao Ministério Público realizar o conceito e pressupostos curriculares da Residência em seus cursos de ingresso na carreira? Essa Residência Técnica englobaria um período de inserção dos Promotores Substitutos em nichos específicos de atuação do MP? Como articular curricularmente a proposta sem sobrepor as atividades da formação inicial com aquelas específicas da Corregedoria e das atribuições do Promotor de Justiça Substituto no conjunto total do estágio probatório? Como a Residência Social, ao ser ressignificada em Residência Técnica, pode contribuir com a formação dos Promotores de Justiça Substitutos no Ministério Público do Estado do Tocantins?

## 1. Curso de Formação Inicial ou de Ingresso na Carreira do Ministério Público do Estado do Tocantins: uma primeira questão

O Ministério Público do Estado do Tocantins constituiu uma equipe de trabalho para refletir, elaborar e coordenar as atividades pertinentes ao projeto pedagógico-curricular do Curso de Ingresso na Carreira do Ministério Público. De fato, na linguagem comum do dia a dia, a referência ao curso, de forma simplificada, é “curso de formação para os novos promotores”. Contudo, a equipe constituída, colaboradores e participantes entendem que é o Curso de Formação para Ingresso na Carreira do Ministério Público do Estado do Tocantins cujos públicos-alvo são os candidatos aprovados em concurso público para provimento de cargos de Promotor de Justiça Substituto.

O Curso de Formação para Ingresso observa as normas específicas estabelecidas pela Lei nº 8.625/93 - Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, pela Lei Complementar Estadual nº 51, de 2 de janeiro de 2008 - Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Tocantins, resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público e experiências exitosas dos Ministérios Públicos nas demais unidades federativas do País (BRASIL, 1993; TOCANTINS, 2008). O desenho pedagógico-curricular para o curso estabeleceu três etapas para sua execução.

A primeira etapa está dividida em duas fases para a apresentação de conteúdos teóricos e práticos, em linhas gerais sobre as atividades ministeriais: – a primeira fase envolve toda a comunidade do Ministério Público como membros e servidores da Procuradoria-Geral de Justiça, Colégio de Procuradores, Conselho Superior, Corregedoria-Geral, Promotorias Especializadas, Assessorias, Diretorias e respectivos setores de gerenciamento técnico-administrativo e tecnológico, Centros de Apoio Operacional, Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (Gaeco), Grupo de Ação Especial de Controle Externo da Atividade Policial (Gecep) e Núcleo Maria da Penha. A segunda etapa é a Residência Técnica, momento de inserção em determinados espaços de atuação do Ministério Público, como serviços de acolhimento institucional e familiar para crianças e adolescentes, unidades para cumprimento de medidas socioeducativas de internação e semiliberdade, além de estabelecimentos prisionais.

A segunda fase enfoca estudos de casos e instrumentalização técnica necessária para sua resolução. A terceira etapa engloba a produção de relatórios e aportes teórico-práticos dos novos Promotores de Justiça Substitutos. O curso é coordenado pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional - Cesaf, com a equipe de trabalho responsável, interdisciplinar e interprofissional, a fim de promover diálogo entre pares e proposição de práticas de inserção junto à sociedade tocantinense.

O curso possui carga horária superior a cento e vinte horas e prevê deslocamento dos ingressantes para visitas técnicas, audiências e sessões de julgamento pelo Tribunal do Júri.

Na análise de propostas curriculares de cursos de ingresso na carreira do Ministério Público em parte das Unidades Federativas do Brasil, percebeu-se forte tendência aos enfoques didáticos e pedagógicos, no formato de palestras, cujos conteúdos específicos ficam sob a responsabilidade de representantes internos ou convidados de outros Ministérios Públicos. Tais conferências e palestras evocam experiências vivenciadas e geram um efeito didático interessante, a partir da atuação institucional daquele que possui um lugar de fala já consolidado, de uma Procuradoria ou Promotoria Especializada.

Apontamentos podem ser realizados sobre aspectos lógicos, deontológicos e indicativos de procedimentos e boas práticas adotadas nas diversas instâncias do labor ministerial. Lado outro, a historiografia de vida institucional de convidados destacados tende a ser mais um elemento no repertório cognitivo dos promotores ingressantes, ávidos pela apresentação e aprofundamento dos aspectos técnicos

e avessos a explicações enfadonhas, extremamente teóricas, que em muitos casos, foram objeto de constantes aulas e estudos durante fase preparatória para o concurso público.

Aliado à tendência anterior, também se verificaram cargas horárias por vezes excessivas. O curso para promotores ingressantes deve propiciar uma visão panorâmica do Ministério Público e, ao mesmo tempo, não deve se ater aos conteúdos normativos para não se correr o risco de se instalar no território da auto-hermenêutica e na criação de discursos apologéticos sobre si mesmo.

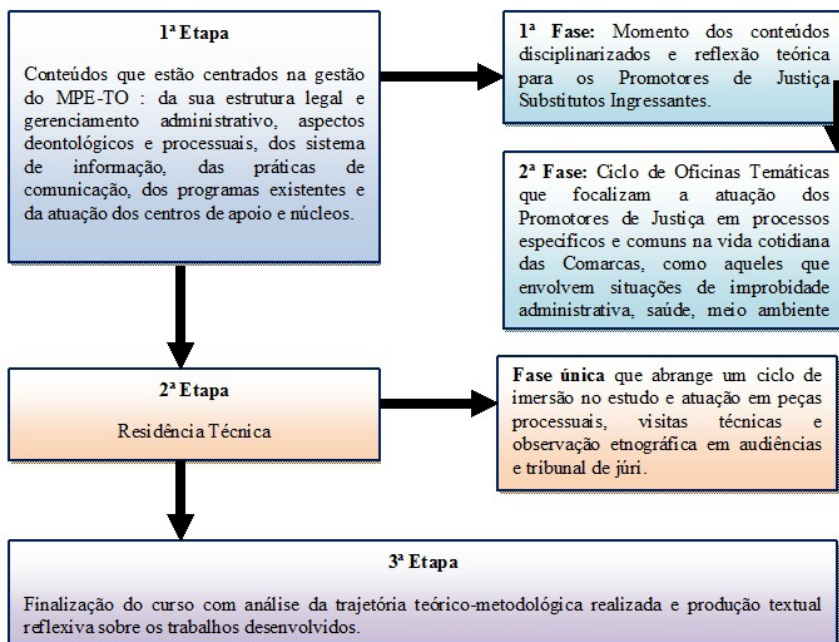
Para evitar situações de tal natureza, o curso de ingresso realizado no Ministério Público do Estado do Tocantins estabeleceu um ordenamento de conteúdos que progressivamente apresenta a vida do Parquet, a partir dos seus membros e servidores. Isso evita um possível glamour sobre a figura do convidado em seu diálogo com os novos Promotores de Justiça Substitutos, permitindo que ocorra uma relação mais concreta entre emissor ↔ receptores. Deve-se frisar, também, a importância das tecnologias da informação e da comunicação, que permitem disponibilização e manejo direto de plataformas, softwares e redes utilizadas pelo Ministério Público.

Como anteparo à proposta da Residência Técnica, duas disciplinas do curso são de extrema importância, a primeira delas é Deontologia e a segunda, Ministério Público e Sociedade. A primeira, ao ir mais além dos aspectos teóricos clássicos da ética profissional, possibilita um diálogo atualizado entre Promotores e Procuradores de Justiça sobre suas experiências iniciais, principais problemas enfrentados, impasses e limitações que somente o distanciamento proporcionado pelo tempo e amadurecimento permitem. A análise pela vivência cotidiana do Ministério Público antes e pós-Constituição Federal de 1988 e, por fim, suas trajetórias profissionais em constante atividade desde a implantação do Estado do Tocantins possibilitam momento ímpar para resgate de seus aspectos históricos e políticos.

A segunda disciplina propõe-se à realização de uma análise da conjuntura regional, ao frisar os campos sociais (político, cultural, étnico, econômico, educacional, ambiental e jurídico) que ora interagem, ora se confrontam no espaço tocantinense. É comum no Brasil a grande atração pelos concursos públicos e estabilidade-vitaliciedade oferecida pelo exercício profissional na esfera do funcionalismo público. Isso continua a gerar um movimento migratório de pessoas. O problema, em geral, dá-se pela chegada de profissionais com pouco conhecimento da realidade regional e inevitáveis choques políticos e culturais

que se agravam ao longo do tempo, contribuindo para o exercício profissional de gabinete sem o devido contato com as populações locais. O Curso de Ingresso possui um caminho curricular, conforme expresso no fluxograma a seguir:

Figura 1: Fluxograma curricular do Curso



Fonte: Elaborado por Geraldo da Silva Gomes a partir de Projeto Pedagógico-Curricular Curso do MPE-TO (2014)

A proposta da estruturação curricular está circunscrita numa perspectiva mutável, de acordo com a variabilidade dos conteúdos e das exigências funcionais e institucionais do Ministério Público, caso contrário, cai-se no risco do estabelecimento de antigas tradições curriculares que a tudo concebiam como “grades ou grelhas” imutáveis. Um curso baseado sobre uma grade limita o conhecimento, ou seja, realiza justamente o contrário daquilo que se propõe quando a perspectiva é de esclarecimento e entendimento da existência e atuação do Parquet. O currículo é a seleção dos conteúdos de uma instituição que adentra nos domínios educacionais para responder, por meio de seus agentes



representantes, às demandas da sociedade a partir de processos de ensino-aprendizagem intencionalizados (GOMES, 1995).

No primeiro semestre de 2014, o Ministério Público do Estado do Tocantins realizou, por meio do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional - Cesaf, os Cursos de Formação I e II para Ingresso na Carreira.

## 2. Da Residência Técnica

A experiência dos programas de Residência Social, advinda do meio acadêmico, trabalha com o clássico alicerce da universidade – ensino, pesquisa e extensão. Ressignificar a experiência no Ministério Público para a formação de Promotores de Justiça ingressantes possui o trinômio gestão do conhecimento-inserção-atuação. Algumas especificidades destacam-se:

- A Residência Técnica, enquanto conceito, se revela no contato dos membros ingressantes com realidades e contextos diferenciados, agentes sociais que pertencem aos demais campos com os quais o Ministério Público lida no cotidiano;
- a Residência Técnica visa uma aproximação com os espaços que exigem a presença do Ministério Público para o aprendizado das abordagens específicas, isto é, que diferenciam os campos de atuação da Defensoria Pública, do Serviço Social, da Psicologia, da Educação e das entidades do Terceiro Setor;
- a Residência Técnica é um olhar em perspectiva diferenciada sobre os espaços de atuação do Promotor de Justiça, não é o residir nos lugares como na residência médica, e sim no contato, estabelecer os primeiros aprendizados sobre a atuação com a necessária distância analítica para observação dos fatos e normas aplicadas associadamente.

Para olhares despreziosos, pode-se cair na tentação de pensar que na Residência Técnica os Promotores ingressantes estariam fazendo estágio aos moldes dos projetos curriculares dos cursos de graduação. Em verdade, ela é um conjunto de momentos que possui a orientação de profissionais em exercício interdisciplinar, como tutores, no acompanhamento dos ingressantes nos espaços selecionados.

A Residência Técnica, por meio da observação etnográfica das audiências cíveis e criminais, de sessões de julgamento pelo Tribunal do Júri e visitas

aos estabelecimentos prisionais (Resolução n. 56 – CNMP), às unidades para cumprimento de medidas socioeducativas de internação e semiliberdade (Resolução n. 67 – CNMP) e aos serviços de acolhimento institucional e familiar para crianças e adolescentes (Resolução n. 71 – CNMP), permite esse primeiro encontro de ambientação com indivíduos que compõem os diversos territórios de atuação ministerial.

Muito do embasamento teórico sobre Residência Técnica encontra-se nas contribuições do prof. Pierre Bourdieu (1930-2002) sobre a teoria dos campos sociais. Pierre Bourdieu é extremamente importante para os profissionais que militam no campo jurídico, embora crítico atroz dos discursos deste locus. O sociólogo francês estabeleceu angulações analíticas que não devem passar despercebidas aos membros do Ministério Público.

Bourdieu (1983) assinalou que os campos são espaços estruturados que possuem leis gerais e invariáveis. Embora as leis sejam invariáveis, ao se trabalhar com as propriedades particulares de cada campo, estas são resultantes de funções secundárias e variáveis. Por exemplo, o campo jurídico possui enunciados gerais que são invariáveis para garantir legitimidade discursiva e pragmática aos agentes que o compõem, contudo, pelas particularidades das funções desempenhadas, elas apontam para uma variação de subcampos.

Trabalhar com a percepção de um campo social auxilia no entendimento daquilo que o faz existir, bem como dos objetos de disputa e dos interesses que o compõem. Por exemplo, no campo jurídico, a relação entre magistrados, promotores de justiça, defensores públicos e advogados possui objetos de disputas que evidenciam um cenário de jogo de poder, cujo *habitus* disposto em cada um destes agentes implica no funcionamento de sua estrutura. O *habitus* é o “sistema de disposições adquiridas pela aprendizagem implícita ou explícita que funciona como um sistema de esquemas geradores, (...) de estratégias que podem ser objetivamente afins aos interesses objetivos de seus autores sem terem sido expressamente concebidas para este fim” (BOURDIEU, 1983, p. 94).

Ao se tomar como exemplos o Centro de Atendimento Socioeducativo - CASE e o Centro de Internação Provisória - CEIP (situados no Jardim Taquari, em Palmas -TO), destinados à internação de adolescentes em conflito com a lei, é preciso ter a abordagem multirreferencial (FRÓES-BURNHAM, 1998) e levar em conta a teoria dos campos sociais para entendimento das estruturas dessas organizações e dos agentes sociais que nela se fazem presentes, tanto internos

quanto servidores, em suas diversas categoriais profissionais e grupos de atuação indireta, e os entornos nos quais se encontram.

Figura 2: Agentes sociais e organizações presentes nas unidades



Fonte: Elaborado por Geraldo da Silva Gomes

A figura é um esboço inicial sobre a presença de instituições e agentes sociais que atuam no CEIP e no CASE. Algumas delas são nitidamente pertencentes ao campo jurídico e seus subcampos. Os demais, como diretores, professores, assistentes sociais e profissionais da saúde, além de pertencerem aos quadros funcionais do Estado – reproduzindo, com isso, discursos e práticas dos gestores públicos e do campo da política – também trazem marcas discursivas e atuações de seus campos profissionais, que por sua vez expressam características específicas.

No universo das famílias, da comunidade do entorno, das entidades do terceiro setor e advogados, se fazem presentes também nuances e diferenças ao atuar nestes espaços. Por fim, o campo da mídia se encontra de forma espectral, no sentido estrito do termo, pelos conteúdos comunicacionais propagados nas ondas de rádio, difusões televisivas, internet e telefonia celular clandestina ou não, além da presença de seus agentes na promoção de visibilidade aos fatos com grau de acontecimentos para fins mercadológicos na captação de audiência e usuários e, quando necessário, expor para o grande público o sistema.

No universo dos internos de ambos os centros, é possível detectar pelos discursos de confronto, resistência, assimilação e ou resiliência, o lugar que cada um ocupa e as manifestações (in)visíveis do *habitus* que agregam as suas estruturas sociocomportamentais. Tatuagens, pulseiras coloridas, cortes de cabelo, linguagem com códigos próprios, maneirismos no caminhar e olhares codificados evidenciam os espaços de poder e os agentes que o detêm em meio ao grupo.

Para os Promotores de Justiça ingressantes, é importante perceber que a competência de um campo, como o jurídico e, em específico, do Ministério Público, não é o único constituído. A percepção auxilia a “descristalizar” os saberes tidos como absolutos, para abertura à interdisciplinaridade com os outros campos, caso contrário, corre-se o risco de resultar na estruturação de um discurso fechado em si mesmo. O Ministério Público enuncia seus princípios, valores e regras enquanto participante do campo jurídico, porém, outros campos intervêm para contrapor suas marcas discursivas na realização da Justiça. Um campo social possui domínio específico de determinada experiência, mas não se deve presumir que somente isso basta. A Residência Técnica é o espaço para essa aprendizagem perceptiva.

O ciclo da Residência Técnica contempla as visitas de inspeção que Promotores de Justiça realizam nos estabelecimentos prisionais (Resolução n. 56 – CNMP), nas unidades para cumprimento de medidas socioeducativas de internação e semiliberdade (Resolução n. 67 – CNMP) e nos serviços de acolhimento institucional e familiar para crianças e adolescentes (Resolução n. 71 – CNMP) como objeto de aprendizagem e ambientação. Assume-se como um ciclo porque num tempo intencionalizado, a equipe de tutores acompanhantes traz à baila questões vivenciadas em suas práticas de trabalho ministerial, que por diferenças de contextos transcendem situações abordadas e discutidas apenas no aspecto teórico.

Figura 3: Roteiro das visitas na Residência Técnica

- Diálogos introdutórios, leitura e entendimento dos formulários de inspeção do Conselho Nacional do Ministério Público-CNMP
- Inserção nos espaços dos serviços de acolhimento institucional e familiar para crianças e adolescentes (convivência familiar e comunitária): Casa Abrigo Raios de Sol e Casa de Acolhida
- Inserção nos espaços das Unidades para cumprimento de medidas socioeducativas de internação e semiliberdade: Centro de Internação Provisória – CEIP, Centro de Atendimento Socioeducativo – CASE e Unidade de Semiliberdade.
- Inserção nos espaços dos estabelecimentos prisionais: Casa de Custódia e Prisão Provisória de Palmas, Unidade Prisional Feminina e Unidade de Regime Semiaberto.

Fonte: Elaborado por Geraldo da Silva Gomes e Rodrigo Alves Barcellos.

A Residência Técnica necessita que os membros do Ministério Público se assumam como uma comunidade de práticas que atua tanto com situações e matérias difusas quanto com aquelas específicas, por meio das Promotorias e Procuradorias.

A comunidade de práticas vai mais além dos espaços simbólicos estruturados e estruturantes (BOURDIEU, 1990, 1997, 2006). Ela desloca a ideia de um grupo de agentes sociais atuantes, mas em diálogo entre pares da mesma área de conhecimento e/ou atividade profissional, para o estabelecimento de diálogo, interação e compartilhamento de informações, linguagens, discursos, histórias, documentos, saberes com outros grupos. Isso ao mesmo tempo em que a própria comunidade inicial se oxigena em sua produção de conhecimento. Uma comunidade de prática é proativa na criação de estratégias e táticas para sua atuação, como autoaprendizagem resultante da interação dos praticantes e entende que os frutos dos trabalhos deveriam estar socializados com as comunidades envolvidas ao mesmo tempo como retroalimentação de seus membros (WENGER, McDERMOTT, SNYDER, 2002).

Para a realização da Residência Técnica, foi necessário localizar focos de comunidade de práticas no Ministério Público. A percepção dos focos deu-se pela disponibilidade de participar no acompanhamento das visitas-exercícios de inserção dos Promotores de Justiça ingressantes e disponibilização de documentos, relatos de experiências e feedback das ações realizadas.

Existe um fluxograma-base em estruturação para a realização da Residência Técnica, em parte estabelecido inicialmente pela equipe coordenadora do Curso, com acréscimos dos tutores responsáveis e com ampliação de conteúdos e perspectivas de atuação de tutores convidados. O fluxograma-base foi elaborado a partir das realizações dos Cursos I e II de Formação para Ingresso na Carreira. Com relação aos ingressantes, equipe tutora e locais selecionados para o processo, é preciso realizar previamente:

Figura 4: Roteiro para realização

• Envio de correspondência para convite de tutores.
• Confirmação e encontro com os tutores convidados.
• Correspondência-contato com as Comarcas para verificação de agendas de audiências e sessões de julgamento pelo Tribunal do Júri.
• Infraestrutura para deslocamento.
• Delineamento de Promotores de Justiça para acompanhamento dos Promotores ingressantes, correspondência-convite e consentimento.
• Agendamento das visitas com os serviços de acolhimento institucional e familiar para crianças e adolescentes, unidades de cumprimento de medidas socioeducativas de internação e semiliberdade, além dos estabelecimentos prisionais.
• Agendamento com o (a) Promotor (a) de Justiça cuja atribuição abrange esses espaços.
• Modelagem tático-operacional da segurança como a Assessoria Específica do MPE e, nos casos em que se fizer necessário, informar a Procuradoria Geral de Justiça, a Chefia de Gabinete e o Gabinete de Segurança Institucional para providências.
• Aula introdutória para os Promotores ingressantes a fim de estabelecer o modelo de abordagem a ser realizada. Em visitas de inspeção regular dos Promotores de Justiça responsáveis, os Promotores ingressantes devem fazer o exercício da escuta-observação etnográfica.

Fonte: Elaborado por Geraldo da Silva Gomes e Rodrigo Alves Barcellos

## 2.1 Da importância da base documental e da experiência dos tutores na Residência Técnica

Os formulários de inspeção propostos pelo Conselho Nacional do Ministério Público são de preenchimento obrigatório e deverão ser remetidos eletronicamente, via site do Conselho Nacional, que após validação pela Corregedoria Geral da respectiva unidade, serão reencaminhados ao CNMP.

Os relatórios baseiam-se na aplicação da Constituição Federal, nas disposições da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), da Lei nº 12.594/2012, que institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE e das Resoluções do Conselho

Nacional de Política Criminal e Penitenciária, em face das mais diversas situações possíveis de serem identificadas nas inspeções aos estabelecimentos visitados.

As visitas técnicas e os respectivos formulários de inspeção têm como objetivos: propiciar um levantamento abrangente sobre as condições materiais e de recursos humanos destes estabelecimentos, bem como sobre o atendimento das necessidades básicas dos reeducandos, adolescentes em conflito com a lei e das crianças e adolescentes em situações de vulnerabilidade ou risco social. Isso possibilita que o membro do Ministério Público com atuação na respectiva área possa adotar medidas específicas em face de situações concretas, bem como propiciar um banco de dados que sirva de base para que a Instituição provoque o Poder Público no desenvolvimento ou ampliação das ações necessárias em âmbito nacional, regional ou local. Vale sempre ressaltar que o preenchimento dos formulários é de responsabilidade exclusiva do membro do Ministério Público.

## Considerações finais

A Residência Técnica é uma metodologia que compõe uma das instâncias pedagógicas do Curso de Ingresso na Carreira do Ministério Público do Estado do Tocantins. Foram criados modelos e incorporados conceitos de ensino, por meio de conteúdos, estratégias e visitas orientadas advindas das experiências dos membros do Parquet tocantinense. A Residência Técnica do Curso de Ingresso na Carreira do Ministério Público do Tocantins busca garantir maior efetividade no exercício das funções ministeriais, haja vista que seus membros devem ter como filosofia de vida a transformação da realidade social com justiça.

Dessa maneira, a proposta realizada na introdução do texto logra êxito em expor uma experiência em ocorrência e constante transformação, porque o próprio estado do conhecimento é assumido como algo que sempre se encontra em movimento. As reflexões de fundo, não apenas teóricas, mas em especial metodológicas, para a atuação dos membros do Ministério Público vertem para a constante necessidade da compreensão do Direito como instrumento de emancipação, no sentido de interferir positivamente na vida social, transformando-a. A Residência Técnica possibilita uma visão geral mais ampla da realidade vivenciada pelo Promotor de Justiça, principalmente num Estado ainda em construção como é o Tocantins, aonde promover o bem comum é o que oxigena e vivifica a função ministerial.

Nessas considerações provisórias, após a realização de dois Cursos de Ingresso na Carreira do Ministério Público no primeiro semestre de 2014, percebe-se que a modelagem pedagógica da Residência Técnica poderá auxiliar mais no importante “choque” de realidade que os novos membros necessitam vivenciar. Uma imagem fotográfica capturada na parte exterior das instalações do Centro Integrado de Apoio à Criança e ao Adolescente em Palmas evoca o desafio na formação continuada dos Promotores de Justiça. A imagem está denominada como “A montanha de bicicletas”. A composição dos elementos traz bicicletas e motocicletas empilhadas umas sobre as outras formando um emaranhado. Ao ver a montanha se pergunta: A quem pertenceram? Que história cada uma delas poderia contar de seus proprietários e daqueles que a disputaram pela sedução, malícia, violência ou até mesmo inocência? Por que elas estão ali e se parecem com uma “obra de arte” produzida para alguma instalação nessas Bienais das grandes capitais? O que se faz com essa montanha de bicicletas?



Figura 5: “A montanha de bicicletas”

Fonte: Tomada fotográfica realizada por Geraldo da Silva Gomes, Palmas-TO.



“A montanha de bicicletas” evoca o sistema supersaturado da Justiça no País. Compete ao Ministério Público propiciar instâncias para que seus membros ingressantes possam conhecê-lo em suas variações e atuarem para que o horizonte da Justiça seja mais delineado e efetivo.

## Referências

BOURDIEU, P. **Questões de sociologia**. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1983.

\_\_\_\_\_. **Coisas ditas**. São Paulo: Brasiliense, 1990.

\_\_\_\_\_. **Sobre a Televisão**: a influência do jornalismo e os jogos olímpicos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

\_\_\_\_\_. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 168 p. (Série Legislação Brasileira).

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 56**, de 22 de junho de 2010. Dispõe sobre a uniformização das inspeções em estabelecimentos penais pelos membros do Ministério Público. Disponível em <http://www.cnmp.mp.br/portal/resolucoes/2515-resolucao-56>. Acessado em 15 de junho de 2014.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 67**, de 16 de março de 2011. Dispõe sobre a uniformização das fiscalizações em unidades para cumprimento de medidas socioeducativas de internação e de semiliberdade pelos membros do Ministério Público e sobre a situação dos adolescentes que se encontrem privados de liberdade em cadeias públicas. Disponível em <http://www.cnmp.mp.br/portal/resolucoes/2480-resolucao-67>. Acessado em 15 de junho de 2014.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 71**, de 15 de junho de 2011. Dispõe sobre a atuação dos membros do Ministério Público na defesa do direito fundamental à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes em acolhimento e dá outras providências. Disponível em <http://www.cnmp.mp.br/portal/resolucoes/2475-resolucao-71>. Acessado em 15 de junho de 2014.

\_\_\_\_\_. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 1.763/05**. Dispõe sobre a nova redação do Anexo II da Resolução CFM nº 1.666/2003, que celebra o convênio de reconhecimento de especialidades médicas firmado entre o Conselho Federal de Medicina – CFM, a Associação Médica Brasileira – AMB e a Comissão Nacional de Residência Médica – CNRM. Disponível em <http://www.cfm.org.br>. Acessado em 21 de abril de 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 6932, de 7 de julho de 1981. Dispõe sobre as atividades do médico residente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9/7/1981. Seção 1, p. 12789-90.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.625 de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8625.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8625.htm). Acesso 21 de abril de 2014.

\_\_\_\_\_. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Superior. Residência Médica. Legislação Específica. Decreto nº 80.281, de 5 de setembro de 1977. Regulamenta a residência médica, cria a Comissão Nacional de Residência Médica e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 6/9/1977. Seção 1, pt. 1, p. 11787.

CANÇADO, A. C. **Fundamentos teóricos da gestão social**. 2011. 246 f. Tese (Doutorado em Administração) – Universidade Federal de Lavras, Lavras, MG.

FISCHER, T. (org.). **Gestão do desenvolvimento e poderes locais: marcos teóricos e avaliação**. Salvador: Casa da Qualidade, p.12-32, 2002a.

\_\_\_\_\_. O futuro da gestão. In: **HSM Management**. São Paulo: HSM, 2007. v.10, n. 64. Set./out. 2007.

\_\_\_\_\_. Poderes locais, desenvolvimento e gestão – uma introdução a uma agenda. In \_\_\_\_\_. (org.). **Gestão do desenvolvimento e poderes locais: marcos teóricos e avaliação**. Salvador: Casa da Qualidade, p.12-32, 2002b.

FISCHER, T.; MELO, V. P. Gestão Social do Desenvolvimento e Interorganizações. In: Colóquio Internacional sobre Poder Local, 9,2003, Salvador. **Anais...**, Salvador: CIAGS/UFBA, 2003. 1 CD ROM.

FISCHER, T.; ROESCH, S.; MELO, V. P. **Gestão do desenvolvimento territorial e residência social: casos para ensino**. Salvador: EDUFBA, CIAGS/UFBA, 2006.

FRÓES-BURNHAM, T. Complexidade, multirreferencialidade, subjetividade: três referências polêmicas para a compreensão do currículo escolar. In: BARBOSA, J. G. (Org.). **Multirreferencialidade nas ciências e na educação**. São Carlos: Edufscar, 1998. p. 35-55.

GOMES, G. da S. **Currículo e religião: uma teoria em construção**. 1995. 264 f. Dissertação (Mestrado em Educação) - Universidade Federal de Goiás, Goiânia, MG.

GOMES, G. da S.; OLIVEIRA, E. M. de; ANDREACI, C.; MORAES, N. R.; ROZA, F. L. da; AMARAL, L. D. P. do; AMORIN, P. D. F.; MARTINELLI, E. L.; BOWERCK, D. A.; MOREIRA, S. R. da S.; SANTANA, L. G.; TORRES, L. V. N. Residência Social e EaD: alternativas multirreferenciais nos estágios de graduação na Unitins. In: CANÇADO, A.; SILVA JR, J.; SCHOMMER, P. C., RIGO, A. S. **Os desafios da formação em gestão social**. Palmas-TO: Provisão, p.55-69, 2008.

GOMES, G. da S; MORAES, N. de. ANDREACI, C. Os Reflexos da Educação a Distância na Construção da Identidade Microterritorial: a Experiência do Terceiro Setor em Pequizeiro – Tocantins. In: **VI CONFERENCIA REGIONAL DE ISTR PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE**, ISTR y CIAGS/UFBA 8 a

11 novembro de 2007, Salvador, Brasil. Disponível no <http://new.lasociedadcivil.org/docs/ciberteca/058.pdf>, acesso em 22 de abril de 2014.

TOCANTINS. Lei Complementar nº 51, de 2 de janeiro de 2008. Institui a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Tocantins e dá outras providências, Disponível em <http://mpto.mp.br/web/portal/2012/04/17/557011-lei-organica>. Acesso em 21 de abril de 2014.

VIEIRA, A. Tânia Fischer fala sobre o poder das organizações locais. Disponível [www1.folha.uol.com.br/folha/dimenstein/comunidade/gd171204.htm](http://www1.folha.uol.com.br/folha/dimenstein/comunidade/gd171204.htm), acesso em 20 de abr. 2014.

WENGER, Etienne.; McDERMOTT, Richard. A.; SNYDER, William. **Cultivating communities of practice: a guide to managing knowledge**. Boston: Harvard Business School Press, 2002.

# Da análise das medidas cautelares presentes na Lei nº 12.403/2011: a prisão preventiva

João Neumann Marinho da Nóbrega<sup>1</sup>

## RESUMO

O artigo analisa o regime jurídico das medidas cautelares pessoais instituído pela Lei nº 12.403/2011, para compreender a natureza da regra prevista no art. 282, parágrafo 6º, do Código de Processo Penal. Para isso foram analisados a nova sistemática das medidas cautelares pessoais (caraterísticas, requisitos, critérios de aplicação) e os principais regramentos das medidas cautelares não-prisionais e da prisão preventiva. Observaram-se também os aspectos relevantes da liberdade provisória. Considerou-se, a partir de base doutrinária, o *fumus commissi delicti* como requisito e o *periculum libertatis* como fundamento da prisão preventiva. Defendeu-se, portanto, que foi instituído um novo requisito para a prisão preventiva pela Lei nº 12.403/2011, tendo-se em vista a inadequação da substituição por medida cautelar alternativa não prisional prevista no art. 319, do Código de Processo Penal.

**Palavras-chave:** *Direito Processual-Penal; Medidas Cautelares Pessoais; Liberdade Provisória; Prisão Preventiva.*

---

<sup>1</sup> Promotor de Justiça Titular da Promotoria de Arraías – TO. Bacharel em Direito pela Unesp – SP. Especialista em Direito Penal e Processual pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci (Uniasselvi).

## RESUMEN

El artículo analiza la situación jurídica de las medidas para protección personal establecidos por la Ley nº 12.403/2011, para entender la naturaleza de la norma en el Art. 282, párrafo 6, del Código Procesal Penal. Fueron analizadas para este nuevo sistema de para protección personales de protección (las características, requisitos, criterios de aplicación), principales regulaciones de las medidas cautelares específicas no carcelarias y los aspectos de las medidas cautelares de prisión preventiva. Bajo la base doctrinal, se consideró o *fumus commissi delicti* como requisito e o *periculum libertatis* como fundamento de la detención preventiva. Al final, se sostiene que un nuevo requisito se implementó para la detención preventiva por la Ley nº 12.403/2011, con el objetivo de reemplazar lo inadecuado de la medida cautelar previsto en el art. 319 del Código Procesal Penal.

**Palabras clave:** *Derecho Procesal Penal; Medidas Cautelares Personales; Prisión Preventiva.*

## Introdução

O presente trabalho tem por objetivo estudar o novo regime das medidas cautelares pessoais no processo penal instituído pela Lei nº 12.403/2011, procurando verificar a constitucionalização do processo penal e os regramentos da prisão preventiva.

Especificamente, procuraremos investigar a natureza jurídica da regra prevista no art. 282, parágrafo 6º, do Código de Processo Penal, segundo a qual “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)”.

Seguimos o paradigma pós-positivista do Direito, considerando regras e princípios como espécies de normas jurídicas, vale dizer, acolhemos a normatividade dos princípios como fonte de direitos e obrigações, ao lado das regras.

Nessa perspectiva, defendemos a tese de que o dispositivo em questão tem natureza de requisito específico da prisão preventiva, procurando uma compreensão de forma sistematizada do instituto.

Assim, a prisão preventiva, além do requisito consistente no *fumus commissi delicti* correspondendo à prova da existência do crime e de indícios de autoria que

denominamos de requisito genérico, passou a apresentar também um requisito específico, vale dizer, o não cabimento da substituição por medida cautelar diversa da prisão, instituído pela Lei nº 12.403/2011.

Para o desenvolvimento do estudo científico, analisaremos inicialmente no primeiro capítulo a nova sistemática das medidas cautelares pessoais, procurando compreender as noções gerais, características, requisitos, fundamento e critérios de aplicação das medidas cautelares pessoais instituídas pela Lei nº 12.403/2011, bem como a relação das novas medidas descarcerizadoras com o instituto da liberdade provisória, de modo a contextualizá-lo no novo regime jurídico da prisão preventiva e medidas cautelares no processo penal.

No segundo capítulo do trabalho, analisaremos a prisão preventiva, a fim de verificar os principais regramentos estabelecidos pelo Código de Processo Penal, requisitos, fundamento, hipóteses de cabimento e alterações sofridas após o advento da Lei nº 12.403/2011 pelo regime jurídico dessa medida cautelar, com o intuito de caracterizá-la e compreender sua aplicação.

No terceiro capítulo da investigação científica, analisaremos de forma aprofundada a regra prevista no art. 282, parágrafo 6º, do Código de Processo Penal, buscando compreendê-la e classificá-la de forma sistemática na estrutura do instituto da prisão preventiva.

Com efeito, procuraremos examinar e compreender a medida cautelar da prisão preventiva enfocando a constitucionalização do Direito Processual Penal, tendo em vista a relevância do princípio do estado de inocência para a proteção do direito fundamental à liberdade e a ponderação na utilização das medidas cautelares pessoais, a qual se faz necessária para viabilizar a efetividade do processo penal e o regular desenvolvimento das investigações criminais.

Enfim, procuraremos estudar o dispositivo previsto no art. 282, parágrafo 6º, do Código de Processo Penal, sustentando a tese de que se trata de requisito específico da prisão preventiva.

# 1. Medidas cautelares alternativas à prisão

## 1.1 Aspectos introdutórios das medidas cautelares diversas da prisão

A Lei nº 12.403/2011 instituiu o sistema das medidas cautelares alternativas à prisão cautelar aperfeiçoando o Código de Processo Penal, que estabelecia um sistema binário composto apenas pela prisão cautelar ou liberdade provisória sem qualquer outra medida cautelar alternativa.

Assim, com a nova lei ao lado da prisão preventiva existem outras medidas cautelares que podem ser aplicadas pelo magistrado no curso da investigação criminal ou ao longo do processo penal para assegurar a efetividade e o resultado do devido processo penal.

É certo que inexistente um processo tipicamente cautelar no âmbito criminal como na seara civil, contudo, as regras instituídas pela Lei nº 12.403/2011 sistematizam o regime jurídico das medidas cautelares no processo penal com as diretrizes estabelecidas pela regra jurídica do art. 282, do Código de Processo Penal, fundada essencialmente no postulado da proporcionalidade.

Conforme Gonçalves (2013, p. 26), as medidas cautelares no processo penal podem ser classificadas em três espécies: 1 - medidas cautelares pessoais (prisão preventiva, prisão temporária etc.); 2 - medidas cautelares probatórias (busca e apreensão, interceptação telefônica etc.); 3 - medidas cautelares reais (sequestro, hipoteca legal dentre outras).

As medidas cautelares pessoais podem ser prisionais, a exemplo da prisão preventiva e da prisão temporária, e não prisionais, que correspondem às medidas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

O princípio do estado de inocência fundamenta o ordenamento jurídico estabelecendo que a liberdade de locomoção constitui regra, só podendo ser restringida ou privada após conclusão do devido processo legal com o trânsito em julgado da sentença condenatória ou em face de medida cautelar devidamente necessária e justificada para garantir resultado do processo penal.

Nesse contexto, o art. 5º, LXVI, da Constituição da República estatui que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”. Assim, antes do julgamento definitivo ou do trânsito em julgado do decreto condenatório, a liberdade do cidadão só pode



ser restringida em face da aplicação de medida cautelar adequada, necessária e fundamentada.

Segundo Gomes (2011, p. 33), as medidas cautelares possuem natureza instrumental servindo para garantia regular do processo e eficácia da justiça criminal.

Por isso, qualquer prisão cautelar ou medida cautelar diversa da prisão deverá fundar-se na necessidade ou na indispensabilidade para efetividade do processo criminal ou da investigação para busca da verdade.

Portanto, observando o direito fundamental à liberdade previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal e o princípio constitucional do estado de inocência, as medidas cautelares, mormente a prisão preventiva, são medidas excepcionais, a serem aplicadas em casos específicos.

Segundo Nucci (2013, p. 32), no Código de Processo Penal a medida cautelar é um instrumento restritivo de liberdade de caráter provisório e urgente, diverso da prisão como forma de controle e acompanhamento do acusado durante a persecução penal, devendo ser adequada e necessária ao caso concreto.

É assente na doutrina que o postulado da proporcionalidade é o principal critério que legitima o regime das medidas cautelares. Esse postulado normativo aplicativo segundo o Supremo Tribunal Federal, tem fundamento constitucional específico no aspecto substancial da garantia do devido processo legal e ainda decorre do sistema de garantias individuais.

Pacelli (2013, p. 504) tece as seguintes considerações sobre o postulado da proporcionalidade:

O postulado da proporcionalidade, presente implicitamente em nossa Constituição, por dedução do conjunto geral das garantias individuais, exerce uma dupla função no Direito, a saber: a) na primeira, desdobrando-se, sobretudo, na proibição do excesso, mas também, na *máxima efetividade* dos direitos fundamentais, serve de efetivo *controle da validade* e do *alcance* das normas, autorizando o intérprete a recusar a aplicação daquela (norma) que contiver sanções ou proibições excessivas e desbordantes da necessidade de regulação; b) na segunda, presta-se a permitir um juízo de *ponderação* na escolha da norma mais adequada em caso de eventual tensão entre elas, ou seja, quando mais de uma norma constitucional, se apresentar como aplicável a um mesmo fato.

Por isso, e quanto a esta última função, Robert Alexy, dentre outros, refere-se aos três essenciais critérios de ponderação: a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a efetiva *divergência* de sentidos entre duas normas igualmente válidas e pertinentes para determinado caso concreto (ALEXY, 2002).

Então, o juízo de proporcionalidade na aplicação das medidas cautelares deverá também se orientar por tais perspectivas, e, de modo mais sensível, naquelas atinentes à *proibição do excesso* e da *adequação* da medida.

Quando presente a *necessidade* da cautelar, tendo em vista eventuais riscos ao processo, o primeiro passo do juiz no exame das medidas cabíveis será na direção da adequação da providência, em vista da *concreta* situação pessoal do agente, bem como da *gravidade* e das *circunstâncias* do fato. (Grifos do autor).

Desse modo, a ideia de proporcionalidade ou razoabilidade deve orientar o julgador quando de eventual aplicação das medidas cautelares.

Ademais, na aplicação das medidas cautelares pessoais no processo penal importa observar as diretrizes da legalidade, jurisdicionalidade, motivação, provisoriedade e homogeneidade.

A ideia de legalidade é basilar na análise das medidas cautelares pessoais, tendo em vista que estas constituem restrições à liberdade do cidadão, devendo os requisitos e hipóteses de cabimento previstos na Lei ser rigorosamente observados, de sorte que não é cabível a aplicação do poder geral de cautela no âmbito do processo penal para garantia do cidadão.

A noção de jurisdicionalidade quer significar a reserva absoluta de jurisdição para legitimidade de decretação de medida cautelar pessoal, sendo imperiosa decisão judicial nos termos do art. 282, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal, não podendo outra autoridade pública determiná-la. (GOMES, 2011, p. 48).

A motivação está associada à ideia de jurisdicionalidade, observando-se que as decisões do Poder Judiciário devem ser rigorosamente fundamentadas (art. 93, IX, CF), mormente em tema de medidas cautelares restritivas de liberdade, que poderão violar o princípio do estado de inocência se o magistrado não apresentar os fundamentos fáticos e jurídicos quando da aplicação de qualquer medida cautelar, seja prisional ou alternativa à prisão.

As medidas cautelares são provisórias, com prazo razoável de duração, e buscam assegurar a efetividade do processo penal ou o regular desenvolvimento das investigações criminais, podendo ser revogadas, substituídas e novamente decretadas quando presentes os requisitos e critérios previstos nos termos do art. 282, parágrafo 5º, do Código de Processo Penal.

A diretriz da homogeneidade pode ser extraída da regra prevista no art. 283, parágrafo 2º, da lei processual penal, não podendo uma medida cautelar ser aplicada de forma desproporcional e mais gravosa do que o resultado do processo

penal, impondo, por exemplo, limites normativos para prisão preventiva nos termos do art. 313, do Código de Processo Penal.

Cabe observar que no art. 282 do Código de Processo Penal estão presentes de forma expressa os parâmetros da adequação e da necessidade extraídos do conteúdo do postulado da proporcionalidade. O critério ou referencial da proporcionalidade, em sentido estrito, está implícito no texto da Lei nº 12.403/2011 ao exigir a ponderação dos interesses envolvidos quando da decretação ou manutenção de uma prisão cautelar ou de outra medida cautelar diversa.

Segundo Fraga (2011), a finalidade da Lei nº 12.403/2011 é viabilizar o desencarceramento dos presos provisórios, permitindo a aplicação de medidas cautelares que implicam restrições à liberdade sem ocorrer a completa privação.

Importa agora analisar os requisitos, pressupostos e regras de aplicação das medidas cautelares para compreendermos o regime e possibilitar o estudo específico da prisão preventiva que constitui uma modalidade de medida cautelar.

## 1.2. Requisitos, fundamento e critérios para aplicação

No processo penal, o requisito basilar para aplicação das medidas cautelares restritivas de liberdade consiste no *fumus commissi delicti*, que consiste na prova da existência do crime e de indícios suficientes de autoria. Vale dizer, exige um juízo de probabilidade da ocorrência de um crime, dado que em sede cautelar não se pode falar em juízo de certeza com base nos atos investigados cuja realização e consequências apresentam como responsável um sujeito concreto. (LOPES JUNIOR, 2013, p. 88-89).

Além disso, o fundamento para legitimidade das medidas cautelares constitui o *periculum libertatis* que segundo Lopes Junior (2013, p. 93) consiste no perigo que decorre do estado de liberdade do investigado ou acusado, vale dizer, o agente em liberdade sem qualquer restrição pode representar um risco para bens jurídicos alheios.

Portanto, as medidas cautelares exigem a presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, como já existia na prisão preventiva. Segundo Lopes Junior (2013, p. 145), as medidas cautelares alternativas não podem ser utilizadas quando não estiver presente o fundamento da prisão preventiva.

No sistema da Lei nº 12.403/2011, dois critérios ou pressupostos específicos foram instituídos conforme o disposto no art. 282, *caput*, do Código de Processo Penal, que estatui:

As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I – necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II – adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Vale dizer, os critérios para aplicação das medidas cautelares diversas da prisão são a necessidade e a adequação. O primeiro critério ou referencial tem por escopo garantir a aplicação da lei penal, bem como a regular instrução criminal ou a eficiência e efetividade das investigações ou, ainda, nos casos expressos, impedir a reiteração de crimes, sendo fundamentos para tornar necessária a medida cautelar pessoal. O parâmetro da adequação diz respeito à análise da gravidade do crime, às circunstâncias do fato e ainda às condições pessoais do indiciado ou acusado.

Segundo Badaró (2011, p. 222) as medidas cautelares alternativas se caracterizam pela preferibilidade, cumulatividade e variabilidade. Pelo novo sistema da Lei nº 12.403/2011 as medidas cautelares são preferíveis em relação à prisão preventiva, de sorte que a primeira opção no caso de necessidade de providência cautelar será uma medida menos gravosa para os direitos fundamentais.

De outro lado, uma vez presentes os pressupostos específicos, podem ser impostas mais de uma medida cautelar quando justificada de forma cumulativa, sopesando inclusive a regra prevista no parágrafo 1º do art. 282 do Código de Processo Penal.

Ademais, a noção de variabilidade quer significar que as medidas cautelares pessoais são provisórias e estão sujeitas a variações no curso da persecução penal, podendo ser revogadas ou substituídas quando se justificarem as razões previstas nos termos dos parágrafos 4º e 5º do art. 282 do Código de Processo Penal.

Segundo Lopes Junior (2013, p. 145-146) as medidas cautelares alternativas só deverão ser utilizadas quando cabível a prisão preventiva, pois funcionam na verdade como alternativas ou opções à prisão cautelar em face do postulado da proporcionalidade, devendo priorizar-se o caráter substitutivo, reservando-se a prisão preventiva como último instrumento a ser utilizado.

Em sentido inverso, para Choukr (2013, p. 121), as medidas cautelares têm autonomia e podem ser aplicadas mesmo quando inexistentes os requisitos da

prisão preventiva, observando a regulação da liberdade provisória no art. 321, do Código de Processo Penal.

Nessa perspectiva, como objetivo precípuo desta investigação importa examinar a verdadeira natureza jurídica da regra prevista no art. 282, parágrafo 6º, do Código de Processo Penal, segundo a qual “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art.319)”.

Essa nova regra jurídica instituiu um novo requisito específico, pressuposto ou limitação à prisão cautelar?

Quais os critérios a serem utilizados pelo magistrado para considerar legítima ou não a substituição da prisão cautelar?

São questões que pretendemos enfrentar neste trabalho, com a finalidade de compreender os critérios e fundamentos adequados para utilização da prisão preventiva, sopesando ainda a crise do sistema carcerário brasileiro em decorrência, sobretudo, da superlotação dos estabelecimentos prisionais e das dificuldades de viabilizar a ressocialização dos presos.

É indubitável, como será exposto adiante, que a compreensão precisa da norma do art. 282, parágrafo 6º, do Código de Processo Penal e da natureza desse enunciado normativo permite uma interpretação adequada do regime das medidas cautelares alternativas e da configuração da liberdade provisória na nova legislação.

As espécies de medidas cautelares diversas da prisão estão previstas no art. 319, do Código de Processo Penal, a saber: 1- comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; 2- proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; 3- proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; 4- proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; 5- recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; 6- suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; 7- internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem

ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; 8 - fiança, 9- monitoração eletrônica.

Importante observar que as medidas cautelares significam restrição à liberdade do cidadão e devem ser aplicadas observando o requisito do *fumus commissi delicti*, o fundamento do *periculum libertatis* e, ainda, os critérios de sua necessidade e adequação, a fim de impedir ofensa ao núcleo essencial da garantia do estado de inocência.

Necessário agora examinar a relação entre as medidas cautelares e a liberdade provisória, em face da nova sistemática.

### 1.3. Medidas cautelares pessoais e liberdade provisória

A Constituição Federal também dispõe em seu artigo 5º, LXVI, que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

O sistema jurídico brasileiro adota o princípio do estado de inocência, de sorte que somente após a condenação definitiva é que o cidadão pode ser formalmente considerado condenado e ser compelido a cumprir a pena privativa de liberdade ou outra sanção penal imposta por eventual prática de infração penal.

Portanto, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, a prisão só pode ser decretada ou mantida em situações excepcionais e justificadas com base em elementos concretos colhidos das investigações, devendo ser a regra a liberdade.

Segundo parte da doutrina, a manutenção da expressão liberdade provisória pela Lei nº 12.403/2011 não tem justificativa a não ser pela utilização pela Constituição Federal, dado que na verdade constitui medida cautelar diversa da prisão. (PACELLI, 2013, p. 583).

Outra parte da doutrina sustenta que mais adequada é a expressão *liberdade fiscalizada*. Nesse aspecto, escreve Nucci (2013, p. 32):

A liberdade provisória é um benefício concedido ao preso em flagrante, não sendo a prisão convertida em preventiva, nem relaxada por ilegalidade. Admite a fixação de fiança ou de outras condições diversas do pagamento de valor ao Estado. Pode-se estranhar a terminologia utilizada (liberdade *provisória*), pois o estado de inocência é o prevalente, assim com a liberdade é a regra. Logo, em tese, não teria sentido denominar esse favor legal como *provisório*. Mais adequado seria mencionar a hipótese de liberdade *fiscalizada*. (Grifos do autor).

De todo modo, a novel legislação utiliza a expressão liberdade provisória seguindo a Constituição da República, designação com a qual concordamos.

Nesse sentido, estabelece o art. 321 do Código de Processo Penal:

Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código.

A prisão cautelar, dentre as medidas cautelares permitidas, é a que apresenta maior gravidade em face da completa restrição da liberdade do acusado ou investigado, somando-se a isso o fato de que a prisão processual não objetiva punição, mas constitui apenas instrumento para a realização do processo ou garantia de seus resultados.

Dessa forma, nos termos do art. 310, do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 12.403/01, após receber o auto de prisão em flagrante, deve o juiz relaxar a prisão se for ilegal, convertê-la em prisão preventiva ou conceder a liberdade provisória.

A liberdade provisória tem fundamento no art. 5º, LXVI, da Constituição Federal e no princípio do estado de inocência garantindo ao acusado o direito de aguardar em liberdade o transcorrer do processo penal até o trânsito em julgado, ressalvadas as hipóteses em que for necessária a decretação da prisão preventiva.

A liberdade provisória é definida, conforme Lopes Junior (2013, p. 176) como “uma uma medida alternativa, de caráter substitutivo em relação à prisão preventiva, que fica efetivamente reservada para os casos graves, em que sua necessidade estaria legitimada”.

Segundo Machado (2010, p. 637) a liberdade provisória como contrapartida à prisão cautelar tem natureza indiscutivelmente cautelar, visando assegurar ao réu o direito de permanecer em liberdade durante a tramitação do processo, preservando-lhe a liberdade de locomoção enquanto não sobrevier eventual condenação definitiva.

No tocante ao regime jurídico da liberdade provisória, podem ocorrer as seguintes situações: 1- liberdade provisória com fiança; 2- liberdade provisória com fiança cumulada com outra medida cautelar diversa da prisão; 3- liberdade provisória cumulada com outra medida alternativa à prisão sem fiança; 4- liberdade provisória sem fiança mas com a obrigação de comparecer a todos os

atos do processo quando o agente praticar o fato na hipótese de uma causa de exclusão de ilicitude.

Nesse sentido, conforme entendimento de abalizada doutrina, a prisão provisória tem íntima relação com a prisão em flagrante, dado que constitui uma medida cautelar substitutiva da prisão em flagrante quando não for o caso de conversão em prisão preventiva pela ausência dos requisitos autorizadores e fundamentos previstos no art. 312, do Código de Processo Penal, de sorte que a liberdade provisória constitui uma forma de evitar que o preso em flagrante tenha a detenção convertida em prisão preventiva. (LOPES JUNIOR, 2013, p. 178).

Nessa ordem de ideias, considerando a regra prevista no art. 282 do Código de Processo Penal, que estabelece os fundamentos para aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão previstas no art. 319 desse diploma legal, percebe-se que ausente a necessidade de aplicação de medida cautelar após prisão em flagrante é o caso de concessão de liberdade provisória, cumulando-se outras medidas cautelares alternativas à prisão quando justificadas com base no art. 282, do CPP.

Consoante Gonçalves (2013, p. 51) as medidas cautelares alternativas não prisionais são aplicadas usualmente antes da prisão cautelar e têm como escopo evitar a aplicação da prisão preventiva, ao passo que as medidas substitutivas convertem a prisão já decretada em uma medida cautelar menos gravosa para o agente.

Desse modo, a liberdade provisória substitui a prisão em flagrante, só sendo justificável a aplicação de tais medidas alternativas quando houver necessidade de aplicação da lei penal, em casos de investigação ou instrução criminal e nas situações expressamente previstas, no intuito de evitar a prática de infrações penais constantes no art. 282, I, do Código de Processo Penal, atualizado pela Lei nº 12.403/2011.

## 2. Prisão preventiva

### 2.1 Noções gerais

A prisão preventiva tem natureza de medida cautelar voltada a assegurar a efetividade da investigação criminal e do processo penal.

Em face do princípio do estado de inocência, a prisão provisória antes do trânsito em julgado exige necessidade e efetiva fundamentação, principalmente



com a instituição do sistema das medidas cautelares alternativas à prisão pela Lei nº 12.403/2011.

A prisão é a privação da liberdade de locomoção do cidadão por meio do recolhimento da pessoa ao cárcere, devendo ser adotada como último recurso em face do direito fundamental à liberdade (art. 5º, *caput*, CF), mormente antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Segundo Nucci (2013, p. 85), a prisão preventiva pode ser definida como: “A medida cautelar, privativa de liberdade, voltada a assegurar a finalidade útil do processo criminal, seja no tocante à instrução, seja no referente à segurança pública e aplicação concreta da lei penal.”

Sem embargo, a prisão preventiva deve ser compreendida como uma prisão provisória e excepcional antes da comprovação definitiva do crime e da autoria no decorrer do devido processo legal.

Como observado no capítulo anterior, após prisão em flagrante ou no decorrer de procedimento investigatório criminal, o investigado ou acusado poderá responder em liberdade, sendo legítima a custódia cautelar apenas como medida necessária, adequada, fundamentada e instrumental para viabilizar a efetividade das investigações e a eficácia do processo criminal na busca da verdade, sempre conforme os limites e diretrizes do devido processo legal e do Estado Democrático de Direito.

Em virtude do princípio do estado de inocência e da norma prevista no art. 5º, LXI, da Constituição Federal, um dos pressupostos básicos da prisão preventiva é a efetiva fundamentação pelo magistrado.

Segundo Gomes (2011, p. 78), a prisão preventiva constitui medida de “*extrema ratio*”, exigindo três fundamentos antes do trânsito em julgado da sentença: 1- fundamento fático; 2- fundamento jurídico; 3- fundamento da necessidade da prisão.

Nos termos do art. 311 do Código de Processo Penal, em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou mediante requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Segundo Pacelli (2013, p. 551), a prisão preventiva pode ser decretada em duas situações bem definidas:

... ela será *autônoma*, podendo ser decretada independentemente de qualquer outra providência cautelar; e (b) ela será *subsidiária*, a ser decretada *em razão do descumprimento* de medida cautelar anteriormente imposta. E mais. Há três situações claras em que poderá ser imposta a prisão preventiva: a) a qualquer momento da fase de investigações ou do processo, de modo *autônomo* e independente (arts. 311, 312 e 313, CPP); b) como *conversão* da prisão em flagrante, quando insuficientes ou inadequadas outras medidas cautelares (art. 310, II, CPP); e em *substituição* à medida cautelar eventualmente descumprida (art. 282, §4º, CPP). Nas primeiras hipóteses, *a e b*, a prisão preventiva dependerá da presença das circunstâncias fáticas e normativas do art. 312, CPP, bem como daquelas do art. 313, CPP; na última, apontada na alínea *c*, *retro*, não se exigirá a presença das hipóteses do art. 313, sobretudo aquela do inciso I, do CPP. (Grifos do autor).

Como característica das medidas cautelares supramencionadas, a prisão preventiva também é marcada pela provisoriedade ou variabilidade considerando a regra do art. 316 do Código de Processo Penal, visto que poderá ser revogada se for verificada a falta de fundamento ou novamente decretada se repontarem razões que a justifiquem.

Consoante Badaró (2011, p. 210), as medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal são medidas cautelares *alternativas* à prisão preventiva e não *substitutivas* da prisão, de sorte que ou se admite a prisão preventiva ou se admite uma das medidas cautelares diversas da prisão instituídas pela Lei nº 12.403/2011.

Conclui Badaró (2011, p. 211):

Não haverá situação em que ambas as modalidades de medidas cautelares – prisão preventiva, de um lado, e medidas alternativas do art. 319 e 320 do outro – sejam em concreto igualmente possíveis. Se a prisão é cabível, significa que o grau de cautelaridade exigido para o caso é máximo, sendo insuficiente a imposição de medidas menos gravosas, porque não assegurarão suficientemente a instrução ou os fins do processo. Por outro lado, nas hipóteses em que a necessidade de assegurar a instrução ou a aplicação da lei penal possa ser suficiente e adequadamente garantida por uma medida menos intensa que a prisão preventiva (p. ex., proibição de ausentar-se do país, ou o recolhimento domiciliar noturno), a toda evidência, o cárcere mostrar-se-á exorbitante e excessivo, não sendo justificável a privação de liberdade de locomoção de quem a Constituição presume inocente.

Portanto, a prisão preventiva constitui medida cautelar extrema e mais gravosa, com maior potencial para malferir o princípio do estado de inocência e o direito fundamental à liberdade, de sorte que a sua aplicação requer rigorosa

fundamentação e análise dos requisitos, fundamento e hipóteses de cabimento que serão a seguir examinados.

Necessário agora analisar os requisitos, fundamento e hipóteses de cabimento ou limites normativos da prisão preventiva para permitir posterior enfrentamento do tema central desta pesquisa que é compreender a natureza jurídica do dispositivo previsto no art. 282, parágrafo 6º, do Código de Processo Penal.

## 2.2 Requisitos, fundamento e hipóteses de cabimento

Para conciliação do princípio do estado de inocência com o instituto da prisão preventiva no sistema jurídico pátrio mister se faz uma rigorosa observância dos seus requisitos para adequada aplicação.

Segundo Lopes Junior (2013, p. 87-88), o requisito da prisão preventiva é o *fumus commissi delicti*, consistindo na prova da existência do crime e de indícios suficientes de autoria conforme previsão do art. 312, do Código de Processo Penal.

Para Pacelli (2013, p. 553), o *fumus delicti* constitui verdadeiro pressuposto da prisão cautelar, vale dizer, a probabilidade de ocorrência do delito.

Além do requisito referido ou verdadeiro pressuposto, mister também a presença do *periculum libertatis*, que diz respeito às hipóteses legais de risco à persecução penal.

Segundo referido dispositivo do Código de Processo Penal, são hipóteses que correspondem ao supracitado fundamento a garantia da ordem pública, a garantia da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal e certeza de aplicação da lei penal.

No entendimento de Lopes Junior (2013, p. 93), o *periculum libertatis* é fundamento da prisão cautelar e corresponde ao perigo que decorre do estado de liberdade do investigado ou acusado para o desenvolvimento das investigações criminais ou do processo.

Para Pacelli (2013, p. 553), as situações relativas ao denominado *periculum libertatis* previstas no art. 312 do Código de Processo Penal constituem, na verdade, requisitos fáticos.

Por outro lado, conforme doutrina de Machado (2010, p. 547), as hipóteses abrangidas pelo *periculum libertatis* são na verdade as finalidades ou os pressupostos da prisão preventiva.

Já para Nucci (2013, p. 85-87) o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* são considerados requisitos da prisão preventiva.

Importa investigar se a regra prevista no art. 282, parágrafo 6º, do Código de Processo Penal, constitui requisito, pressuposto ou limitação para decretação da prisão preventiva, de sorte a permitir sua adequada contextualização no sistema das medidas cautelares.

Seguimos em princípio o entendimento de Lopes Junior (2013) no sentido de definir o *fumus commissi delicti* como requisito e o *periculum libertatis* como fundamento da prisão cautelar, acrescentando apenas a conclusão de que esse requisito é genérico como medida cautelar e a prisão preventiva passou a ter também um requisito específico.

No tocante ao significado de cada hipótese que serve de fundamento da prisão preventiva, temos que a garantia da ordem pública constitui conceito legal indeterminado que tem gerado muita controvérsia em doutrina e jurisprudência por ser muito aberto e vago, bem como por não se vincular diretamente à instrumentalidade típica das medidas cautelares voltadas para tutela da efetividade do processo criminal.

Na definição de Nucci (2013, p. 88), a garantia da ordem pública diz respeito à própria segurança pública, referindo-se a situações como gravidade concreta do crime, repercussão social, maneira destacada de execução, condições pessoais negativas do autor e envolvimento com quadrilha ou organização criminosa.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem referido as seguintes situações como correspondentes à garantia da ordem pública quando embasada em elementos concretos: 1 - necessidade de resguardar a integridade física ou psíquica da vítima ou de terceiros; 2 - objetivo de impedir a reiteração de crimes; 3 - necessidade de assegurar a credibilidade das instituições públicas especialmente do Poder Judiciário, no sentido de adoção tempestiva de medidas adequadas, eficazes e determinadas quanto à visibilidade e transparência na implementação de políticas públicas de persecução criminal. (CHOUKR, 2011, p. 85-86).

No pertinente à garantia da ordem econômica instituída pela Lei nº 8.884/94 a ideia é permitir a efetiva investigação e eficácia do processo em relação aos crimes que ameaçam a ordem econômica e financeira observando o elevado grau de impunidade que sempre reinou na efetiva punição dos chamados “criminosos do colarinho branco” no Brasil.

Já a conveniência da instrução criminal diz respeito à finalidade de impedir a atuação do investigado ou réu no sentido de dificultar ou inviabilizar a produção

de provas, prejudicando o regular andamento do processo penal para buscar a verdade.

Por fim, a finalidade de assegurar a aplicação da lei penal visa evitar a potencial fuga do indiciado ou réu para tornar o processo penal eficiente e efetivo e impedir o flagelo da impunidade tão criticado pela sociedade brasileira. Vale dizer, busca em essência evitar a fuga do agente para frustrar a aplicação da lei penal.

No art. 313, do Código de Processo Penal estão previstas as hipóteses de cabimento (Nucci, 2013, p. 96) ou requisitos normativos (Pacelli, 2013, p. 560) ou ainda limites (Choukr, 2011, p. 94) da prisão preventiva, noção com a qual concordamos.

Dispõe o art. 313 da Lei Processual Penal:

Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II – se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; III – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; IV – (revogado).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

Primeiramente, a prisão preventiva autônoma só pode ser decretada para crimes dolosos com previsão de pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos, afastando de plano o cabimento da prisão cautelar para os crimes culposos e contravenções penais.

Ademais, além da situação de réu reincidente em crime doloso, foi instituída pela Lei nº 12.403/2011 a admissibilidade da prisão cautelar para os casos de crimes envolvendo violência doméstica e familiar contra mulher (Lei nº 11.340/03), criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência com o escopo de garantir a eficácia das medidas protetivas de urgência para essas pessoas em situação de vulnerabilidade.

Nos termos do art. 282, parágrafo 4º, e parágrafo único do art. 312 do Código de Processo Penal, foi legitimada uma forma de prisão preventiva subsidiária para

o caso de descumprimento das medidas cautelares alternativas à prisão, não se observando nesse caso as regras do art. 313, I, do Código de Processo Penal.

Ainda cabe observar a hipótese de prisão preventiva prevista no parágrafo único do art. 313 do Código de Processo Penal, buscando descobrir de forma precisa a identidade do investigado ou acusado, devendo o agente ser posto imediatamente em liberdade se o intento foi realizado.

Conforme Nucci (2013, p. 98) a prisão preventiva nos casos de descumprimento das medidas cautelares anteriormente impostas podem ser aplicadas em quaisquer espécies de delitos e não apenas nas hipóteses referidas no art. 313 do Código de Processo Penal.

No sistema processual penal, inexistente prazo específico para duração da prisão preventiva, de todo modo observando a garantia da duração razoável do processo, os prazos previstos para prática dos atos processuais devem ser rigorosamente observados no caso de réu preso e o prazo da prisão preventiva até sentença definitiva não pode ser irrazoável ou exagerado, sob pena de relaxamento da prisão por se tornar ilegal.

Assim, a duração e a necessidade da prisão preventiva devem ser avaliadas por ocasião da sentença condenatória (art. 387, parágrafo 1º, CPP), do acórdão condenatório ou ainda quando do julgamento de recursos nos tribunais superiores.

Após examinarmos os aspectos relevantes das medidas cautelares instituídas pela Lei nº 12.403/2011 e o instituto da prisão preventiva, importa agora analisar de forma mais acurada a regra prevista no art. 282, parágrafo 6º, do Código de Processo Penal para compreendermos sua natureza jurídica.

### 3. O novo requisito da prisão preventiva

#### 3.1 O requisito específico da prisão preventiva

A prisão cautelar no sistema processual penal tem natureza de medida cautelar prisional, de modo a assegurar a eficácia, efetividade e o resultado da investigação criminal e do processo penal, possuindo um caráter excepcional em face dos princípios da dignidade humana e do estado de inocência, com vistas à intensa restrição da prisão para a liberdade do cidadão.

Observou-se, com base na reconhecida doutrina de Lopes Junior (2013), que o requisito genérico da prisão preventiva constitui o *fumus commissi delicti*, podendo ser compreendido, em síntese, como a prova da ocorrência do crime e existência de indícios de autoria, ao passo que o fundamento corresponde ao *periculum libertatis*, significando em última análise “o perigo que decorre do estado de liberdade do imputado”.

Destarte, o artigo 313 do Código de Processo Penal, ao enumerar as hipóteses de cabimento da prisão preventiva, instituiu na verdade essencialmente limites normativos para utilização da prisão cautelar objetivando possibilitar sua aplicação em situações graves e necessárias, sobretudo em crimes graves e hediondos, bem como para proteção da dignidade e integridade física de pessoas vulneráveis no grupo social ou, ainda, como uma medida de reserva na hipótese de ineficácia ou insucesso das medidas cautelares não prisionais inicialmente escolhidas pelo magistrado.

A bem da verdade, o fenômeno da constitucionalização do Direito especificamente no caso do Direito Processo Penal constitui principal fundamento da sistemática da cautelaridade penal estabelecida pela Lei nº 12.403/2011.

Segundo Silva (2008, pp. 38-39), a constitucionalização do direito diz respeito à “irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do direito”, e a mais efetiva forma desse processo é realizada por meio de reformas pontuais ou globais na legislação infraconstitucional.

Nessa perspectiva, o princípio da dignidade humana, o postulado da proporcionalidade, o princípio do estado de inocência e ainda a regra constitucional estatuinte que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” (art. 5º, LXVI, CF) são normas

da Lei Fundamental da República que legitimam a constitucionalização do direito com a novel Lei nº 12.403/2011 no sistema cautelar do processo penal.

É inquestionável que o princípio do estado de inocência é a principal norma constitucional que limita e restringe a utilização das medidas cautelares pessoais, mormente a prisão preventiva.

Para Pacelli (2013, p. 48), o princípio do estado ou situação jurídica de inocência impõe pelos órgãos estatais a observância de duas regras específicas, a saber: uma regra de tratamento determinando que o réu ou investigado em nenhum momento da persecução penal pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação e outra regra de fundo probatório, estabelecendo que todos os ônus da prova relativa da existência do fato e autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação.

A prisão provisória ou cautelar antes da sentença definitiva não pode ser banalizada ou utilizada de forma indiscriminada observando o sistema das garantias individuais em face da intensa restrição para dignidade e cidadania do ser humano decorrente de uma prisão. Daí a ideia de ponderação, razoabilidade, necessidade, adequação extraídas do postulado da proporcionalidade, servindo como critérios axiológicos para decisão do juiz de mandar um cidadão para o cárcere antes da comprovação da existência do crime e de sua autoria.

O regime das medidas cautelares estabelecido pela Lei nº 12.403/2011 possibilita um equilíbrio e uma prudência no emprego da prisão cautelar como remédio para combater a inefetividade da investigação penal ou do processo criminal e impedir uma proteção insuficiente para os bens jurídicos relevantes.

As medidas cautelares pessoais são alternativas à prisão preventiva, vale dizer, substituem a necessidade de utilização da medida cautelar mais restritiva de liberdade quando necessária, adequada e suficiente para viabilizar efetividade do processo criminal ou regular desenvolvimento das investigações de crimes.

É indubitável que as medidas cautelares requerem a presença do requisito do *fumus commissi delicti* e o fundamento do *periculum libertatis* e a substituição da prisão preventiva se legitima quando, mesmo se observando a existência das hipóteses de cabimento do art. 313 do Código de Processo Penal, no caso concreto o encaminhamento do agente para o cárcere não se faz necessário para garantir a efetividade das investigações criminais ou do processo penal.

Nessa perspectiva, o art. 282, parágrafo 6º, da Lei nº 12.403/2011 constitui um enunciado normativo que veio para limitar ainda mais a aplicação da prisão



preventiva: “A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)”.

Complementam e reforçam a teleologia dessa regra jurídica o dispositivo previsto no art. 310, II, do Código de Processo Penal, segundo o qual deve o magistrado “converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão” e a norma prevista no art. 321 da lei processual penal segundo a qual “ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código”.

Desse modo, além do requisito genérico do *fumus commissi delicti*, do fundamento do *periculum libertatis* e dos limites normativos previstos no art. 313 do Código de Processo Penal, entendemos que a Lei nº 12.403/2011 instituiu um verdadeiro requisito específico para prisão preventiva consistente no não cabimento da substituição da prisão preventiva por medida cautelar diversa da prisão. Segundo Dicionário de Língua Portuguesa Houaiss, requisito significa “condição necessária para se alcançar certo fim”.

Nesse caminho, a análise e verificação de eventual não cabimento de aplicação de medida cautelar descarcerizadora devem ser enfrentadas pelo julgador antes de escolher a prisão preventiva como medida cautelar necessária para assegurar efetividade do processo penal ou regular desenvolvimento das investigações de determinado crime.

Em uma palavra, examina-se a suficiência ou adequação da utilização de medida cautelar diversa da prisão como medida cautelar idônea para garantir a efetividade e eficácia das investigações e/ou do processo criminal.

Daí compreendermos a regra prevista no art. 282, parágrafo 6º, da Lei nº 12.403/2011 como condição necessária específica ou requisito específico para utilização da medida cautelar da prisão preventiva.

Vale dizer, para fazer uso da prisão preventiva, deve o magistrado apontar argumentos com base nos fatos e elementos probatórios presentes no inquérito policial ou no processo penal justificando que a substituição da prisão preventiva não é cabível, ou seja, não é adequada, suficiente ou idônea para diminuir ou eliminar o perigo do estado de liberdade do agente para efetividade e resultado da apuração do crime ou do desenvolvimento regular do devido processo penal.

Sem embargo, a motivação da prisão preventiva passou a ser mais completa e garantista para o cidadão, tendo em vista que o magistrado deve apontar ou expor razões e fundamentos que tornam inviável ou inadequada a substituição da prisão preventiva por medida cautelar diversa prevista no art. 319, do Código de Processo Penal.

Lopes Junior (2013, p. 42) se posiciona do seguinte modo sobre a regra jurídica em discussão: “O dispositivo é importante e consagra a prisão preventiva como último instrumento a ser utilizado, enfatizando a necessidade de análise sobre a adequação e suficiência das demais medidas cautelares.” Vale dizer, a prisão preventiva passou a ser medida de “extrema ratio”.

Cumpra observar que o postulado da proporcionalidade alicerça o dispositivo previsto no art. 282, parágrafo 6º, do Código de Processo Penal, tendo em vista que os referenciais ou dimensões desse postulado normativo aplicativo recomendam uma ponderação quando da escolha da medida cautelar pessoal e motivação do juiz.

Nessa ordem de ideias, percebe-se que os requisitos das medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal não são os mesmos da prisão preventiva, observando que esta exige a presença do requisito específico.

Com efeito, observando o princípio do estado de inocência para decretação de qualquer medida cautelar pessoal, mister se faz a presença do *fumus commissi delicti* e do fundamento do *periculum libertatis* apontados pela doutrina de Lopes Junior (2013 p. 145) e dos critérios previstos no art. 282 do Código de Processo Penal.

A prisão preventiva ainda exige a presença do requisito específico consistente na justificativa concreta de que esta é necessária para garantia da ordem pública, para assegurar a aplicação da lei penal, o desenvolvimento regular da investigação ou da instrução criminal ou ainda para garantia da ordem econômica e não é viável e apropriada a substituição por uma medida cautelar não prisional.

A análise das medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319, do Código de Processo Penal é um imperativo para devida motivação no caso concreto.

Segundo Choukr (2011, p. 85-86), são parâmetros suficientes e justos para legitimar a aplicação da prisão preventiva alguns critérios utilizados pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tais como necessidade de resguardar

a integridade física ou psíquica da vítima ou de terceiros para impedir a reiteração de crimes associados à periculosidade do investigado ou acusado.

Importa observar que as medidas descarcerizadoras apontadas pela Lei nº 12.403/2011 não são suficientes para impedir o risco para efetividade do processo do réu ou indiciado perigoso observando que mesmo o recolhimento domiciliar no período noturno e ainda o monitoramento eletrônico não são adequados em muitas situações para evitar o cometimento de novos crimes, a intimidação de testemunhas, vítimas, familiares e membros da comunidade em que o crime foi praticado, bem como o descrédito do sistema de distribuição da justiça, prejudicando certamente a pacificação e coexistência pacífica dos cidadãos em determinada comunidade, bairro, cidade ou até mesmo município.

Indubitavelmente, o magistrado no caso concreto deverá enfrentar a análise dos requisitos genérico e específico da prisão preventiva e o novo sistema impõe um trabalho mais acurado por parte da Polícia Judiciária e do Ministério Público para trazer para o inquérito policial ou para o processo penal fatos, elementos de convicção ou pelo menos fortes indícios da necessidade da prisão cautelar e da insuficiência da substituição por medida cautelar descarcerizadora quando pleitearem decretação.

Vejamos, a título de exemplo, o caso de um crime de homicídio qualificado ou de estupro cometido com emprego de exacerbada violência em um determinado município.

Nessa hipótese, a efetividade do processo penal exige, em princípio, a medida cautelar máxima para permitir o resultado do processo criminal e, ainda, para assegurar a credibilidade da Justiça.

Ademais, o caso de um investigado ou acusado muito influente por motivos econômicos, políticos ou até mesmo sociais em determinado município ou unidade da federação indica que as medidas cautelares diversas da prisão não impedirão certamente sua atuação para dificultar ou até mesmo inviabilizar a produção de prova, prejudicando a busca da verdade e a efetividade do processo criminal.

Ainda cabe anotar a hipótese de membros de organização ou associação criminosa violenta, poderosa e bem estruturada em determinada região, Estado ou Município, casos em que a prisão preventiva é indispensável para possibilitar o desenvolvimento regular do devido processo legal e a busca da justiça, desde que se disponha de elementos comprobatórios suficientes para justificar sua aplicação.

Assim, cabe ao julgador examinar antes de decretar a prisão preventiva se é incabível por insuficiência qualquer medida cautelar alternativa à prisão cautelar e apontar os motivos do convencimento na decisão.

Impende observar que, no exame da insuficiência ou inadequação da substituição da prisão preventiva, necessário o julgador sopesar inclusive as condições e possibilidades efetivas e reais de fiscalização pelo Estado, sociedade e comunidade do cumprimento das medidas cautelares não prisionais e ainda analisar outras circunstâncias ou dados que poderão contribuir para reduzir concretamente os riscos de reiteração criminosa ou de ameaça para bens jurídicos protegidos relativos à vítima, familiares ou testemunhas, assegurando uma razoável tranquilidade para essas pessoas e para comunidade até, ao menos, a conclusão do processo criminal.

Nesse aspecto, impõe-se a análise acurada, nos termos do art. 282, II, do Código de Processo Penal, da gravidade e circunstâncias do crime, bem como das condições pessoais do investigado ou acusado e ainda de outras situações ou circunstâncias específicas que poderão recomendar ou não a substituição da prisão cautelar.

Assim, necessário observar critérios como relação do agente com a família e valorização da entidade familiar, efetivo vínculo ou relação de trabalho do agente no município, relação com sistemas de sentido para vida humana como religião e/ou filosofia, dados ou circunstâncias que indiquem vínculo efetivo do investigado ou réu com o município, poder de influência pessoal ou da família e atuação no local do crime, histórico de frequência ou comparecimento a bares e estabelecimentos que vendem bebidas alcoólicas para consumo no local, uso de drogas lícitas ou ilícitas, índice de criminalidade e taxas de crimes graves no município nos últimos dois anos, estrutura e condições de atuação da Polícia Judiciária no município para viabilizar fiscalização das medidas descarcerizadoras, dentre outros parâmetros.

É indubitável que observando o direito fundamental à segurança, no caso de crimes hediondos ou equiparados, mormente os que envolvam emprego de violência na execução, considerando o parâmetro da gravidade concreta do crime, a substituição da prisão cautelar exige uma fundamentação convincente e adequada da suficiência da medida cautelar alternativa para garantir efetividade e eficácia do processo criminal.

Importa observar que tanto na hipótese de pedido de decretação da prisão preventiva pelo Ministério Público, do querelante, do assistente, ou por

representação da autoridade policial na forma do art. 311 do Código de Processo Penal quanto no caso de exame da prisão em flagrante que constitui prisão precautelada (art. 310, CPP), deve o magistrado enfrentar a problemática do requisito específico do art. 282, parágrafo 6º, do Código de Processo Penal.

Para reforçar essa compreensão, cumpre observar a regra jurídica prevista no art. 321 da Lei processual penal instituída pela Lei nº 12.403/2011, estabelecendo que ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares alternativas.

Primeiramente, esse enunciado normativo refere-se aos requisitos da prisão preventiva, que passou a ter dois critérios, vale dizer, um requisito genérico consistente no *fumus commissi delicti* e um outro específico, correspondendo à insuficiência ou inadequação da substituição da prisão preventiva por medidas cautelares diversas da prisão.

De outro lado, interpretando-se esse dispositivo, percebe-se que ausentes os requisitos da prisão preventiva, é o caso de concessão de liberdade provisória, impondo-se medida cautelar diversa da prisão, se for necessária e justificada, permitindo-se concluir que os requisitos das medidas cautelares não prisionais não são idênticos aos da prisão preventiva.

## Conclusão

O presente estudo científico objetivou analisar o novo regime jurídico das medidas cautelares pessoais, procurando compreender a natureza jurídica da regra prevista no art. 282, parágrafo 6º, do Código de Processo Penal.

Com efeito, examinamos a nova sistemática das medidas cautelares e os regramentos instituídos pela Lei nº 12.403/2011 enfocando as normas constitucionais, o fenômeno da constitucionalização do Direito Processo Penal, examinando de forma mais aprofundada a prisão preventiva.

Em tema de prisão preventiva, analisamos os requisitos, fundamento, limites normativos ou hipóteses de cabimento e critérios para aplicação.

Podemos concluir que, após advento da Lei nº 12.403/2011, a prisão preventiva passou a ter dois requisitos, sendo um genérico e outro específico.

O requisito genérico corresponde ao *fumus commissi delicti*, previsto no art. 312 do Código de Processo Penal, consistente na prova da existência do crime e de indício suficiente de autoria.

Ademais, entendemos que a regra prevista no art. 282, parágrafo 6º, do Código de Processo Penal segundo a qual “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)” constitui requisito específico dessa prisão cautelar, conforme análise desse dispositivo em conjunto com as regras dos artigos 310, II, e 321 do Código de Processo Penal e o regime jurídico das medidas cautelares pessoais.

## Referências

BADARÓ, Gustavo Henrique. Medidas cautelares alternativas à prisão preventiva. In: FERNANDES, Og (Coord.). **Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas**. São Paulo, RT, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 mar. 2013.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em 20 fev. 2013.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Medidas cautelares e prisão processual: comentários à lei 12.403/2011**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FRAGA, Alberto. **Medidas cautelares e decretação da prisão preventiva na legislação vigente**. Publicado no Curso O novo regime jurídico das medidas cautelares no processo penal promovido pela EMERJ. Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/4/seriemagistrado4.html>. Acesso em 19 de jun. 2013.

GONÇALVES, Carlos Eduardo. **As medidas cautelares no processo penal**. Monografia apresentada à Escola de Magistratura do Rio de Janeiro. Disponível em [http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca\\_videoteca/monografia/2013.htm](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca_videoteca/monografia/2013.htm). Acesso em: 20 jun. 2013.

GOMES, Luiz Flávio. Comentário ao art. 282 do Código de Processo Penal. In: GOMES, L. F.; MARQUES, I. L (Coord.). **Prisão e medidas cautelares:** comentários à Lei 12.403, de 04 de maio de 2011. São Paulo: RT, 2011.

LOPES JUNIOR, Aury. **Prisões cautelares.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACHADO, Antonio Alberto. **Curso de processo penal.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade:** de acordo com a Lei 12.403/2011. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal.** 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da Silva. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008.

# Contratação temporária pela administração pública

Thayane dos Reis Silva Leal<sup>1</sup>

## RESUMO

O texto aborda a importância do controle da Administração Pública na realização de contratações temporárias para que estas não prejudiquem o direito dos classificados em concurso público. Discursos presentes na sociedade mascaram a existência do fenômeno de contratações provisórias na esfera pública, em afronta aos princípios da legalidade, da isonomia e da eficiência. Dessa maneira, aqueles que se encontram qualificados correm o risco de ficar sem o direito de exercer função na Administração Pública.

**Palavras-chave:** *Concurso público; Contratação temporária; Controle; Administração Pública.*

## RESUMEN

En este trabajo aborda la importancia de mecanismos de control de la Administración Pública para la realización de contrataciones provisionales temporales. Hay discursos en la sociedad que mascaran la existencia del fenómeno de las contrataciones temporales en los espacios publicos laborales, esto perjudica quienes estudian para los procesos de selección para los cargos publicos; no observa los principios efectivos de legalidad, de la isonomia y de la eficiencia. Con esto, los que estan cualificados son alijados del derecho de participar de las estructuras del trabajo en Administración Pública.

**Palabras clave:** *Concurso Público. Contratación temporal; Control; Administración Pública.*

---

<sup>1</sup> Técnica Ministerial do Ministério Público do Tocantins. Bacharel em Direito (UFT), especialista em Direito Administrativo (Anhanguera).



## Introdução

A Administração Pública deve utilizar a contratação temporária de forma restrita, seguindo parâmetros legais, não podendo esta ser meio de troca de favores políticos nem meio de beneficiar parentes dos gestores. Com efeito, a contratação temporária no âmbito da administração pública deve preencher três requisitos: prazo determinado, necessidade temporária e excepcional interesse público.

Na prática, o que se tem verificado é o aumento de demanda judiciária de aprovados em concurso público, fora do número de vagas inicialmente previsto no edital de concurso público, que buscam o reconhecimento do direito líquido e certo à nomeação, alegando e comprovando, para tanto, a existência de contratações realizadas pela Administração Pública de forma precária para o mesmo cargo disputado no certame.

Tais aprovados se veem prejudicados ao se depararem com a realidade de que existem vagas, além das descritas no edital, para cargos aos quais concorreram no certame, sendo ocupadas por servidores não concursados.

Diante dessa realidade, são obrigados a recorrer ao Poder Judiciário para que o direito à nomeação seja reconhecido, demonstrando que o número de contratações temporárias indicam a existência de número de vagas suficientes a alcançarem as suas colocações.

Para tanto, utilizam-se da ação de Mandado de Segurança a fim de que o direito líquido e certo seja reconhecido e, conseqüentemente, a ordem seja concedida, este que é o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Sem pretensão de exaurir o tema, o presente artigo pretende discutir a realidade acerca da existência de contratações temporárias fora dos parâmetros legais enquanto muitos estudantes que almejam a aprovação em cargo público são preteridos, desrespeitando-se sobremaneira os princípios da legalidade, da isonomia e da eficiência, ao mesmo tempo em que pessoas mais qualificadas deixam de fazer parte da estrutura da Administração Pública.

# 1. Princípios da Administração Pública expressos na Constituição Federal

Dentre os princípios norteadores da atividade administrativa, avultam em importância aqueles expressos no caput do artigo 37 da Magna Carta, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Veja-se:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

Os princípios da administração pública são ideias centrais que servem de interpretação das normas jurídicas e que corroboram para a eliminação de lacunas, a fim de que o ordenamento jurídico seja coerente e harmônico.

O artigo retrocitado encontra-se inserido no Capítulo VII - “Da Administração Pública”, fato que, ao lado da expressa dicção do dispositivo, torna claro que os princípios ali enumerados são de observância obrigatória de todos os poderes quando estiverem no exercício de funções administrativas e para todos os entes federados.

## 2. Concurso público

A Constituição Federal da República de 1988, em seu artigo 37, inciso II, prevê, como regra, a obrigatoriedade de aprovação em concurso público como forma de acesso a cargos ou empregos públicos, in verbis:

Art. 37.

[...]

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Desta forma, com exceção dos cargos em comissão, que são de livre nomeação e exoneração, o ingresso no serviço público deve ser precedido de

aprovação em concurso público, de prova ou de provas e títulos, ficando, assim, proibidas contratações para cargos ou empregos efetivos com base em análise exclusiva de títulos ou currículos ou quaisquer outros procedimentos que não incluam a realização de provas.

Na verdade, o que se verifica é que a finalidade precípua desta forma de ingresso no serviço público é permitir que todo cidadão que preencha os requisitos legais tenha condição igualitária de concorrer às vagas ofertadas pela Administração Pública, mediante critérios e normas objetivas cuja aprovação seja pautada no mérito e não no “favoritismo” ou no “nepotismo”.

Não obstante, a realização de certame competitivo para o acesso aos cargos e empregos públicos objetiva colocar em prática os princípios consagrados em nosso sistema constitucional, notadamente o princípio da isonomia.

Utilizando-se deste mecanismo, atendem-se também às exigências do princípio da eficiência administrativa, pois serão selecionados os mais aptos para titularizar as posições estatais, proporcionando uma atuação estatal otimizada.

Portanto, o concurso público é um meio de acesso aos cargos e empregos públicos amplo e democrático, sendo um procedimento impessoal no qual se assegurará igualdade de oportunidades a todos interessados em concorrer para exercer os encargos oferecidas pelo Estado, a quem incumbirá identificar e selecionar os mais adequados mediante critérios objetivos.

A respeito do tema, urge acrescentar a seguinte lição doutrinária:

A Constituição de 1988 tornou obrigatória a aprovação prévia em concurso público para o provimento de quaisquer cargos ou empregos na Administração Direta ou Indireta, inclusive para o preenchimento de empregos nas empresas públicas e sociedades de economia mista, pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública Indireta.

Como ensina o Professor Hely Lopes Meirelles, o concurso público é o meio técnico posto à disposição da Administração para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, atender ao princípio da isonomia, uma vez que propicia igual oportunidade de acesso aos cargos e empregos públicos a todos os que atendem aos requisitos estabelecidos de forma geral e abstrata em lei.(...)

A exigência de concurso público aplica-se à nomeação para cargos ou empregos de provimento efetivo. Não abrange a nomeação para cargos em comissão, os quais, por definição, são de livre nomeação e exoneração com base exclusiva em critérios subjetivos de confiança da autoridade competente. Não se aplica, tampouco, à contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de

excepcional interesse público, hipótese prevista no inciso IX do mesmo art. 37 da Carta da República. (ALEXANDRINO, 2009, p. 260).

### 3. Contratação temporária pela administração pública

Como é cediço, o legislador constituinte somente admitiu a mitigação da regra do concurso público para provimento originário de cargo público em duas situações: uma relativa aos cargos comissionados, que são de livre nomeação e exoneração e a outra, para a contratação por tempo determinado, com o fito de atender necessidade de excepcional interesse público.

No inciso IX, do artigo 37, da Constituição Federal resta prevista a forma de admissão de agentes públicos no que concerne à contratação por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, quando a demora do procedimento do concurso público for incompatível com as exigências imediatas da Administração em caso, por exemplo, de epidemia ou outra calamidade pública. Veja-se a redação do dispositivo: “IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;”

Portanto, a contratação temporária no âmbito da administração pública deve preencher três requisitos: prazo determinado, necessidade temporária e excepcional interesse público.

O prazo determinado para a contratação diz respeito ao fato de que os contratos firmados com esses servidores devem ter sempre prazo determinado, sendo esta predeterminação do prazo decorrente justamente da excepcionalidade da situação que faz imperiosa a contratação

Tais contratos são improrrogáveis ou são admitidas prorrogações até um limite máximo, com o intuito de evitar que se afronte a regra geral do concurso público.

Frisa-se que, em virtude da natureza excepcional da contratação temporária, ela somente pode ser aceita enquanto não se realiza concurso público, ou seja, a viabilidade jurídica dessa modalidade de contratação jamais poderá ser considerada como um mecanismo de escape à realização do concurso público, exigido pelo artigo 37, inciso I, da Constituição Federal.

No que tange à necessidade temporária, esta constitui uma situação fora do comum, anormal e imprevisível, que dá ensejo à contratação temporária de servidor público.

A temporariedade, nesse caso, diz respeito à necessidade momentânea, emergencial e repentina pela qual passa a Administração Pública, tendo, portanto a contratação prazo restrito até a satisfação desta necessidade.

Muito se discute sobre a possibilidade ou não de haver este tipo de contratação para atender a necessidades temporárias de uma atividade permanente. No entanto, comunga-se do entendimento de que o que deve ser temporária é a necessidade, e não a atividade, ou seja, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, podem ser realizadas as contratações tanto para atividade de caráter eventual como para funções de natureza regular e permanente.

Há de se ressaltar que para a admissão da contratação precária não é toda necessidade temporária de serviço que a permite, devendo também o excepcional interesse público ser atendido.

O doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello discorre sobre a finalidade da norma do artigo 37, inciso IX, da Constituição. Veja-se:

Trata-se, aí, de ensejar suprimimento de pessoal perante contingências que desgarnem da normalidade das situações e presumam admissões apenas provisórias, demandadas em circunstâncias incomuns, cujo atendimento reclama satisfação imediata e temporária (incompatível, portanto, com o regime normal de concursos). A razão do dispositivo constitucional em apreço, obviamente, é contemplar situações nas quais ou a própria atividade a ser desempenhada, requerida por razões muitíssimo importantes, é temporária, eventual (não justificando a criação de cargo ou emprego, pelo que não haveria cogitar concurso público), ou a atividade não é temporária, mas o excepcional interesse público demanda que se faça imediato suprimimento temporário de uma necessidade (neste sentido, 'necessidade temporária'), por não haver tempo hábil para realizar concurso, sem que suas delongas deixem insuprido o interesse incomum que se tem de acobertar. (MELLO, 2004, pp. 260-261).

Por fim, quando empregando o termo excepcional para caracterizar o interesse público do Estado, a Constituição deixou claro que situações administrativas comuns não podem ensejar o chamamento desses servidores.

Quanto a esta exigência, Cármem Lúcia Antunes Rocha registra:

a excepcionalidade do interesse pode corresponder à contratação ou ao objeto do interesse. Pode-se ter situação em que o interesse seja excepcional no sentido de fugir ao ordinário. São hipóteses nas quais se tem uma condição social a demandar

uma prestação excepcional, inédita, normalmente imprevista. Por exemplo, é o que ocorre numa contingência epidêmica, na qual a necessidade de médicos em determinada região, especialistas na moléstia contra a qual se há de travar o combate, faz com que se contratem tantos deles para fazer face à circunstância. Pode-se ter, contudo, situação em que o interesse seja regular, a situação comum, mas advém de uma circunstância que impõe uma contratação temporária. É o que se dá quando há vacância de cargo de magistério antes de novo concurso para prover o cargo vago ou quando se tem o afastamento temporário do titular do cargo em razão de doença ou licença para estudo, etc. O magistério tem de ser desempenhado, o aluno tem direito a ter aula, e o Estado tem o dever constitucional de assegurar a presença do professor em sala. Há, então, a excepcionalidade de interesse público determinante da contratação. Aqui a excepcionalidade não está na singularidade da atividade ou no seu contingenciamento, mas na imprevista, porém imprescindível, prestação, que impõe que o interesse tenha de ser atendido, ainda que em circunstância excepcional. A necessidade da contratação é temporária, e o interesse é excepcional para que ocorra o desempenho da função naquela especial condição. (ROCHA, 1999, pp. 244-245).

Repisa-se que a contratação temporária configura permissivo constitucional de exceção, vinculado à existência de regulamentação própria e adstrita às condições fixadas na Constituição que autorizam sua efetivação. Trata-se, tão somente, de uma solução adotada em caráter precário, ficando o administrador adstrito ao dever de adotar com a máxima urgência as medidas tendentes à implementação de um certame para provimento dos cargos de maneira definitiva.

Assim, a ausência de qualquer um desses elementos desfigura a contratação temporária e conduz à irregularidade da contratação, praticando o gestor ato de improbidade administrativa.

Há de se ressaltar que, no que se refere ao vínculo jurídico perpetrado, de acordo com o excelso Supremo Tribunal Federal, tais contratos possuem natureza jurídica temporária e submetem-se ao regime jurídico administrativo, sendo incompetente a Justiça Trabalhista para o julgamento de questões que envolvam o vínculo ora examinado. Eis o julgado sobre o assunto:

EMENTA: COMPETÊNCIA. Reclamatória trabalhista. Pretensão de pronúncia de nulidade de contratos temporários de trabalho com servidores públicos estaduais. Petição inicial que reconhece, por consequência, a natureza estatutária das relações jurídicas. Feito da competência da Justiça Estadual. Ofensa à autoridade do acórdão proferido na ADI nº 3.395. Liminar deferida em ação cautelar. Agravo improvido. Se, pleiteando pronúncia de nulidade de contratos trabalhistas temporários, firmados com servidores públicos, a petição inicial de reclamação reconhece, por consequência, a natureza estatutária das

relações jurídicas de que se trata, o feito é da competência da Justiça Estadual. (Rcl 4045 MC-AgR, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 14/10/2009, DJe-055 DIVULG 25-03-2010 PUBLIC 26-03-2010 EMENT VOL-02395-02 PP-00373 RDECTRAB v. 17, n. 189, 2010, p. 153-158)

## 4. Nomeação dos classificados em concurso público *versus* contratação temporária

Na prática, o que se tem comumente verificado nos tribunais é a impetração de Mandado de Segurança daqueles que foram classificados em concurso público, fora do número de vagas inicialmente previstas no edital, mas ainda não foram nomeados, mesmo possuindo a administração pública servidores contratados para a mesma função de forma precária.

Neste caso, apesar de, a princípio, não se ter uma classificação dentro do número de vagas previstas no edital de concurso público, certo é que o classificado adquire o direito líquido e certo à nomeação caso haja o surgimento de novas vagas durante o prazo de validade do concurso público, se existir esta previsão.

Todavia, a discussão se inicia a partir do momento em que, no prazo de validade do concurso público, a Administração Pública realiza ou mantém contratos temporários, mesmo estando classificados no certame candidatos para o mesmo cargo.

Pois bem. Entende-se que neste caso, mesmo a Administração Pública não declarando expressamente a existência de novas vagas, a partir do momento em que realiza nomeações em caráter precário de pessoal para suprir a demanda, em casos não excepcionais, certo é que ela reconhece a existência de vagas, a necessidade premente de pessoal para o desempenho da atividade e a disponibilidade financeira para o preenchimento das vagas.

Portanto, existe direito líquido e certo daquele que pleiteia a nomeação e posse no concurso realizado, observada a sua ordem de classificação, já que sobejamente provada a necessidade da nomeação, declarada pela própria Administração Pública no momento da realização das contratações temporárias.

Neste sentido é a lição da doutrinadora Fernanda Marinela:

A segunda hipótese ocorre nas situações em que, tendo a Administração realizado o concurso, durante o seu prazo de validade, não nomeie os candidatos aprovados, suprimindo as suas necessidades por meio de vínculos precários. Nesses casos, a Administração reconhece que precisa daquele servidor e que *tem totais condições*

*de arcar com as despesas, não existindo assim justificativa para contratar estranhos ao concurso, ao invés de nomear os candidatos aprovados no certame.* (MARINELA, 2010, p. 611) (Grifo nosso).

Dessa forma, embora a aprovação em concurso público fora do número de vagas previstas no edital dê ensejo à mera expectativa de direito à nomeação, tal expectativa se transforma em direito subjetivo em virtude da comprovada contratação precária ou temporária de terceiros, no prazo de validade do certame, para o exercício do cargo para o qual houve a concorrência.

Sobre o assunto, insta registrar os seguintes entendimentos jurisprudenciais:

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATOS APROVADOS FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. ABERTURA DE NOVAS VAGAS. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DOS IMPETRANTES. EXPECTATIVA DE DIREITO QUE SE CONVOLA EM DIREITO LÍQUIDO E CERTO. EFEITOS DA ORDEM A PARTIR DO MOMENTO DA IMPETRAÇÃO. ART. 14, § 4º, DA LEI 12.016/2009. OMISSÃO CONFIGURADA. INTEGRAÇÃO DO ACÓRDÃO.

1. O STJ adota o entendimento de que a mera expectativa de nomeação dos candidatos aprovados em concurso público (fora do número de vagas) convola-se em direito líquido e certo quando, dentro do prazo de validade do certame, há contratação de pessoal de forma precária para o preenchimento de vagas existentes, com preterição daqueles que, aprovados, estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função. (...). (STJ - EDcl nos EDcl no RMS 34.138/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 12/04/2012).

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VÍCIOS INEXISTENTES.

1. Nos aclaratórios, o embargante sustenta a ocorrência de contradição no acórdão embargado, uma vez que não é possível proceder a nomeação e posse sem que haja cargo vago. Alega que "todas as vagas criadas para o certame foram preenchidas, portanto o concurso prestou ao seu fim. O artigo 2º da Lei Estadual 6.915/97 reza que a contratação temporária somente é possível quando não existam candidatos aprovados em concurso público, e isto fora respeitado. A candidata é excedente, portanto não tem direito líquido e certo a investidura no cargo (fls. 181).

2. Não existem vícios a serem sanados no acórdão embargado.

3. Esta Corte Superior posicionou-se de forma clara, adequada e suficiente acerca da nomeação da embargada, ao argumento de que a mera expectativa se convola em direito líquido e certo a partir do momento em que, dentro do prazo de validade do concurso, há contratação de pessoal, de forma precária, para o preenchimento de vagas existentes, em flagrante preterição àqueles que, aprovados em certame



ainda válido, estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função. (STJ - EDcl no RMS 38.232/MA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/04/2013, DJe 16/04/2013)

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. ABERTURA DE NOVAS VAGAS. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. EXPECTATIVA DE DIREITO QUE SE CONVOLA EM DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. O STJ adota o entendimento de que a mera expectativa de nomeação dos candidatos aprovados em concurso público (fora do número de vagas) convola-se em direito líquido e certo quando, dentro do prazo de validade do certame, há contratação de pessoal de forma precária para o preenchimento de vagas existentes, com preterição daqueles que, aprovados, estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função. 2. In casu, muito embora o agravado tenha obtido aprovação (2ª colocação) fora do número inicial de vagas previstas no Edital - 1 (uma vaga), verifica-se nos autos que a Administração Pública, antes de expirado o prazo de validade do certame, realizou contratações temporárias, inclusive do próprio impetrante, para o mesmo cargo a que concorreu (Odontólogo/Especialidade: Cirurgia e Traumatologia Buco-Maxilo-Facial para a 6ª Dires - Ilhéus/BA). 3. Nessa circunstância, a toda evidência, não restam dúvidas de que, dentro do prazo de validade do concurso, a manutenção de contratos temporários para suprir a demanda por odontólogos pela Administração Pública demonstra a necessidade premente de contratação de pessoal, de forma precária, para o desempenho da atividade, o que, diante da nova orientação da Suprema Corte, faz surgir o direito subjetivo do candidato aprovado no certame ainda válido à nomeação. 4. Agravo Regimental não provido. (STJ - AgRg no RMS: 44037 BA 2013/0347994-8, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 18/03/2014, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/03/2014)

Consigna-se, ainda, que a ocupação precária, por meio de contratações temporárias para o exercício das mesmas atribuições do cargo para o qual promovera o concurso público, configura ato administrativo eivado de desvio de finalidade, caracterizando verdadeira burla à exigência constitucional de realização prévia de concurso público para acesso a cargos e empregos públicos e ofensa aos princípios da eficiência, já que pessoas mais qualificadas são preteridas, e da impessoalidade, pois a escolha do contratado se dirige a determinadas pessoas em detrimento de outras, além de desrespeitar os propósitos que justificaram a criação do instituto previsto no artigo 37, inciso IX, da Constituição Federal.

Destarte, existindo vaga e sendo demonstrada a necessidade de pessoal, em razão da contratação temporária para exercício, exsurge o direito líquido e certo do classificado fora do número de vagas previstas no edital, observada a ordem

de classificação do mesmo, à nomeação para o cargo o qual concorreu, não sendo justificativa plausível da Administração, para subtrair o direito à nomeação, o fato de o “concurseiro” ter sido classificado fora do número de vagas.

## Considerações finais

A Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo a necessidade de ingressar na vida pública através de concurso público, em que são garantidos os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da eficiência, dentre outros.

Contudo, há exceções a essa regra, dentre elas, a prevista no artigo 37, inciso IX, da Carta Magna (contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público), que deve ter suas diretrizes dispostas em lei.

Para a validade dessa contratação, é necessária a presença de três requisitos: contratos firmados com prazo determinado, temporariedade da função e excepcional interesse público.

No entanto, apesar do texto constitucional ser bem claro quanto à necessidade da análise e do preenchimento destes requisitos, o que se tem verificado é que, na prática, a Administração Pública utiliza-se do permissivo constitucional para privilegiar determinado quantitativo de pessoas através da contratação precária, muitas vezes realizada como forma de troca de favor político.

Assim, é realizado um concurso público com número de vagas reduzido, mesmo possuindo a Administração Pública servidores contratados por tempo determinado para exercer a mesma atividade prevista no edital do certame.

Tal ocorrência, além de desrespeitar os princípios constitucionais, gera um sentimento de injustiça àqueles que dispuseram de recursos financeiros, tempo e dedicação almejando a entrada no serviço público.

Dessa forma, a fim de sanar a ilegalidade realizada pela Administração Pública, aquele que foi classificado em concurso público fora do número de vagas busca, no Poder Judiciário, o reconhecimento de seu direito líquido e certo à nomeação, não podendo este Poder se omitir nesses casos de violação de direitos, vez que esta é a única ferramenta que resta ao candidato para combater a ilegalidade e a abusividade da Administração Pública.

Portanto, deve o Poder Judiciário fazer uma análise pormenorizada de cada caso e conceder a ordem sempre que haja a comprovação pelo impetrante de que,

para o mesmo cargo ao qual concorreu, a administração realizou contratação a título precário, em número suficiente para o alcance de sua classificação.

## Referências

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. São Paulo: Método, 2009.

ARAÚJO. Alyane Almeida de. **Contratação Temporária de Excepcional Interesse Público**. Disponível em: <[http://trt21.jus.br/ej/revista/2006/paginas/doutrina/contratacao\\_temporaria.html](http://trt21.jus.br/ej/revista/2006/paginas/doutrina/contratacao_temporaria.html)>. Acesso em: 05 de maio de 2014.

BORGES, Raiane Mousinho Fernandes; DUARTE JUNIOR, Ricardo Cesar Ferreira. **Contratação Temporária: Análise de pressupostos e questões controversas**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6349](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6349)>. Acesso em: 27 maio 2013.

BRASIL. Lei nº 12.016 de 27 de agosto de 2009. **Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm)>. Acesso em: 29 maio 2013.

BRASIL. **Constituição Federal. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 29 maio 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.745/93. Dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, e dá outras providências**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18745cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18745cons.htm)> . Acesso em: 10 de junho de 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração no Recurso em Mandado de Segurança**. Embargante: Celso José de Jesus Rodrigues e Outros. Embargado: Estado de Mato Grosso. Relator: Ministro Hermam Benjamim.

Brasília, 28 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp#DOC1>>. Acesso em: 29 maio 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração no Recurso em Mandado de Segurança**. Embargante: Estado do Maranhão. Embargado: Lusivânia Bezerra Ferreira da Silva. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, 28 abril 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp#DOC1>>. Acesso em: 29 maio 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança**. Agravante: Estado da Bahia. Agravado: David Costa Moreira. Relator: Ministro Herman Benjamim. Brasília, 18 de março de 2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25014906/agravo-regimental-no-recurso-em-mandado-de-seguranca-agrg-no-rms-44037-ba-2013-0347994-8-stj/inteiro-teor-25014907>>. Acesso em: 05 de maio de 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação**. Reclamante: Estado do Rio de Janeiro. Reclamados: Juíza do Trabalho da 11ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro e Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 26 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28natureza+contratos+tempor%E1rios29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kyz7hv4>>. Acesso em: 05 de maio de 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 20 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

CARVALHO JÚNIOR, Edgar Paiva de. **A contratação temporária irregular como ato de improbidade administrativa do agente político**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2148, 19 maio 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12840>>. Acesso em: 5 maio 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

LENZI, Thaisa Figueiredo. **Contratação Temporária de Servidor Público: Requisitos Necessários**. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=7639](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7639)> .Acesso em: 27 maio 2013.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

# A dialética identidade do sistema processual penal brasileiro

Thiago Ribeiro Franco Vilela<sup>1</sup>

## RESUMO

Este artigo visa demonstrar como o desenvolvimento jurisdicional dos Estados modernos foi acompanhado por uma gradual evolução dos sistemas processuais penais e, contemporaneamente à realidade brasileira, é sitiado por diversos arquétipos processuais penais. As proposições são fomentadas por diversas correntes doutrinárias, corroborando numa emaranhada celeuma a identidade constitucional atual. A análise está baseada em elementos processuais que obedecem a uma lógica de organização constitucional, procurados na dialética de princípios processuais, conteúdo técnico da doutrina e jurisprudência.

**Palavras-chave:** *Sistema Processual Penal; Evolução; Dialética; Constituição Federal.*

## RESUMEN

El artículo aborda el desarrollo judicial de los Estados modernos acompañado por una gradual evolución de los sistemas procesales penales, y en contemporáneo a realidad nacional con sus múltiples proposiciones de procedimientos penales. Las proposiciones son provenientes de diversas corrientes doctrinales que posibilitan un torbellino en la identidad constitucional. El análisis está basada en elementos procesales bajo el cumplimiento de una lógica organizacional constitucional que sigue la dialéctica de los principios procesales, técnicos de la doctrina y la jurisprudencia.

**Palabras clave:** *Sistema Procesal penal; Evolución; Dialéctica; Constitución Federal.*

---

<sup>1</sup> Promotor de Justiça atuante no Juizado Especial Criminal de Paraíso do Tocantins-TO. Pós-graduado em Direito Público pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce/Governador Valadares-MG.

## Introdução

As medidas utilizadas pelo Estado na pacificação dos conflitos sociais e demais campos de sua atuação pautam-se na efetividade e segurança, logo, é imperioso que tais medidas reflitam os anseios da sociedade, anseios estes esculpido sob a face de uma Constituição e que subordinam o Estado ao compromisso de respeitar o interesse coletivo. No campo penal, esta compatibilidade de compromisso com o bem comum é sistematizada pelo processo penal, ou seja, o canal fático que revela o meio coercitivo para a estabilidade da ordem pública.

Via de regra, é inegável o caráter segregatório do Direito Penal e ainda mais questionáveis são os efeitos e como se materializam os instrumentos estatais de correção coercitiva comportamental dos cidadãos que se desviam de um padrão geral de conduta. Logo, num Estado Democrático de Direito, no qual foi concebida a CRFB de 1988, e sendo o Processo Penal de um ordenamento o real “termômetro” das garantias de que um Estado deste tipo se revela, parece incoerente o embate da proteção coletiva e a manutenção desta segurança, que é o objeto estatal, com um núcleo menor, a garantia e a proteção das liberdades e direitos fundamentais individuais.

A dicotomia apresentada necessita ser discutida, a fim de se evitarem construções jurídicas incompatíveis com a realidade constitucional, que produzem sistemas processuais penais como mero objeto legítimo de controle do poder político, revelando autênticos Estados totalitários.

Por se considerar o Ministério Público como o exímio e legítimo fiscal da lei, existe verdadeiro interesse em dialogar a questionável forma empregada pela doutrina, jurisprudência e legislador quanto à consonância da aplicação dos institutos processuais penais com o verdadeiro sistema processual pátrio, haja vista deveras celeumas da redação do atual Código de Processo Penal, principalmente por se tornar inaplicável, em partes, ao sistema processual penal adotado pela CRFB.

Assim, a pesquisa desenvolvida neste trabalho científico tem como objetivo analisar os sistemas processuais penais sob a perspectiva científica, debatendo as principais correntes doutrinárias e jurisprudenciais, prescrevendo ao final o melhor juízo que legitima e valida o sistema processual penal pátrio.

## 1. Do conceito de sistema processual

Objetivamente, tem-se uma proposição inata de sistema processual, levando-se em conta os princípios em torno dos quais se guiam e se dirigem os atos processuais, que, agrupados, compõem um sistema.

Didaticamente preciso é o conceito de sistema processual oferecido por Dinamarco (2004, p. 131), pois parte de uma noção ampla, e realmente usual, de sistema para chegar à restrita concepção de sistema processual:

Sistema é um conjunto fechado de elementos interligados e conjugados em vista de objetivos externos comuns, de modo que um atua sobre os demais e assim reciprocamente, numa interação funcional para a qual é indispensável a coerência entre todos. Sistema processual é um conglomerado harmônico de órgãos, técnicas e institutos jurídicos regidos por normas constitucionais e infraconstitucionais capazes de propiciar sua operacionalização segundo o objetivo externo de solucionar conflitos.

Eis a necessidade, portanto, de se esmiuçar e delimitar os sistemas processuais penais, verificando-se qual deles se aplica atualmente no Brasil, haja vista os princípios processuais e o próprio curso do desenvolvimento histórico, que apontam para três sistemas processuais: inquisitivo, acusatório e misto.

## 2. Do sistema inquisitório

Surge, em contornos clássicos, posteriormente ao processo acusatório, conforme se verá, no século XII<sup>2</sup> em decorrência do processo penal canônico, pautado em ações diametralmente opostas ao modelo acusatório, pois não havia publicidade dos atos, além da atuação *ex officio do juiz*.

Nenhuma garantia era dada ao acusado, uma simples denúncia anônima era o suficiente para se iniciar um processo, não se permitindo defesa, sob alegações de que esta poderia criar obstáculos na descoberta da verdade, que era colhida sob tortura (devidamente regulamentada).

O desdobramento da atuação do Tribunal de Inquisição (O Santo Ofício) acabou por influenciar a legislação laica da Europa continental<sup>3</sup>, convertendo-se

<sup>2</sup> Apesar de existirem remotes inquisitórios ainda na Monarquia Romana (Séc. VIII a.C.).

<sup>3</sup> Vez que na Inglaterra, após o IV Concílio de Latrão, aboliram-se os “Juízos de Deus”, considerando que o acusado deveria ser tratado como um gentleman. Percebe-se que o liberalismo ali já era bem concebido, contudo per-



em verdadeiro instrumento de dominação política, na Itália, Espanha, Alemanha e França, conforme explana Tourinho Filho (2011, p. 114) que inclusive demonstra um brocardo corolário deste sistema, “se o acusado é inocente, não necessita de defensor, e, se culpado, era indigno de defesa”, mesmo que acusador e julgador fossem encarnados numa só pessoa. Tourinho Filho (2011, p. 121, grifo nosso) sistematiza a questão:

O processo de tipo inquisitório é a antítese do acusatório. Não há contraditório e, por isso mesmo, inexistem as regras de igualdade e liberdade processuais. As funções de acusar, defender e julgar encontram-se enfaixadas numa só pessoa: o juiz. É ele quem inicia, de ofício, o processo, quem recolhe as provas e, ao final, profere a decisão, podendo no curso do processo submeter o acusado a torturas, a fim de obter a rainha das provas: a confissão. O processo é secreto e escrito. Nenhuma garantia é dada ao acusado. **Este aparece em uma situação de tal subordinação que se transfigura e se transmuda em objeto do processo e não em sujeito de direito.**

Contudo, no século XVIII, na Europa, surgia um movimento de combate a este sistema: Montesquieu defendia a instituição do MP; Beccaria pregava que o direito de punir era um meio de defesa da sociedade e, assim, exercido dentro dos limites da justiça e utilidade, e Voltaire censurava o diploma *Ordonance* de Luiz XIV, o qual dizia ser o juiz mais inimigo do acusado do que um sábio à análise do caso. Além da Itália, em Nápoles e Toscana, foram abolidas a tortura e passou-se a exigir sentenças motivadas. Fatos, de influência iluminista, somados e acatados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e permeados na legislação mundial contemporânea.

### 3. Do sistema acusatório e sistema misto

Os primeiros contornos deste sistema marcado por funções processuais distintas (acusar, defender e julgar) remontam à Grécia, que pelo fato de distinguirem os crimes públicos e privados, donde os processos de cunho público que atentavam contra a própria cidade, a exemplo de Atenas, eram denunciados na Assembleia do povo, ou ante o Senado pelos Tesmótetas, e cada órgão indicava o cidadão que procedia ao papel de acusação, que apresentada com suas devidas provas, a figura do Arconte as acatava ou não, e sendo plausível, designava o

---

feitamente definido posteriormente por John Locke, pois naquela época os julgamentos eram instituídos sob o júri.

tribunal competente para julgar, sendo que no dia do julgamento, primeiro se apresentava a acusação e, posteriormente, a defesa.

Assim como os gregos, os romanos distinguiram os delitos públicos dos privados, criando, pois, o processo penal público e o processo penal privado, neste o Estado desempenhava a mera função de árbitro, já naquele, o Estado atuava como sujeito público de repressão. Aqui se assistiu um processo penal em constante transformação, inicialmente *inquisitio*, na fase de Monarquia de Roma, até desabrochar na República, o procedimento *accusatorio*, do qual qualquer cidadão poderia acusar, exceto os magistrados, mulheres, menores e pessoas que não oferecessem garantias de honorabilidade. Iniciava-se o processo com a *postulatio*, dirigida pelo acusador ao *quesitor*, que decidia se o caso era ou não crime e demais requisitos técnicos, no caso de aceita a *postulatio*, era então inscrita e tornava-se *inscripto*, conferindo ao acusador o direito de requerer a prestação jurisdicional de um tribunal popular, o *judices jurati*, eleito dentre os senadores e cidadãos conforme sua idoneidade, donde o julgamento era levado a título análogo, aos moldes do Tribunal do Júri, contudo compostos pelos *judices*. Com o passar do tempo, na fase de Império, o procedimento *cognitio extra ordinem* foi deturpando as funções distintas no processo, plantando-se o sistema inquisitivo que assim perdurou na Roma Antiga.

Com a invasão dos bárbaros (alanos, vândalos, suevos e godos) em grande parte da Europa Ocidental, aos poucos o procedimento da *cognitio extra ordinem*, predominante, sobretudo nas civilizações dominadas pela influência do Império Romano, foi cedendo lugar ao Processo Acusatório Germânico, tal como os gregos e romanos diferenciavam os crimes em públicos e privados. O sistema do processo penal público apresentava a característica singular na qual o ônus da prova cabia ao acusado, os dois meios de prova eram os *ordálios* e os *Juízos de Deus*. O primeiro consistia, basicamente, no juramento do acusado de que não cometeu o crime julgado, onde seu juramento acatado pelos juízes era o suficiente para absolvê-lo. Percebe-se, pois, a extrema subjetividade do processo, que aliás era ressaltada nos *Juízos de Deus*, que consistia no embate físico do acusado perante os juízes, e caso vencesse, era absolvido, do contrário, era condenado. Pode-se citar ainda outros, que se o resultado fosse um milagre, prova maior de inocência não haveria. E foram estes meios de prova que fomentaram o processo penal canônico, como visto acima no sistema inquisitivo, até chegar ao sistema acusatório como se conhece. Conforme ensina Machado (2012, p. 18):

[...] (a) acusações bem delimitadas (daí o adjetivo acusatório); (b) procedimentos públicos; e (c) rigorosa separação das funções de acusar, defender e julgar. O processo acusatório, ao contrário do inquisitivo, é o processo das sociedades modernas e civilizadas, aquelas que vivem sob o império do direito e da democracia, como pretendem ser, por exemplo, as sociedades contemporâneas.

Porém, é importante lembrar de uma combinação interessante destes dois maiores sistemas –o sistema processual penal misto ou acusatório formal – inclusive existem autores que se filiam ao pensamento de que este é o atual sistema adotado no ordenamento pátrio.

O sistema processual misto nasce na França, instituído pelo Código de Instrução Criminal da França, em 1808 (período napoleônico), que influenciou toda a Europa Continental. Machado (2012, p. 18) explica que:

O sistema misto [...] reúne elementos tanto do processo inquisitivo como do acusatório, caracterizando-se, portanto, por ser um sistema em que o processo se desenrola em duas fases. Assim, pelo sistema misto, a investigação inicial fica a cargo da polícia, mas, em seguida, abre-se a fase da instrução preliminar, que pode ser sigilosa e é conduzida por um juiz com poderes inquisitivos, conhecido como juiz instrutor. Após essa fase preliminar, abre-se a etapa do julgamento, quando novas provas poderão ser produzidas, agora sob o pálio dos princípios da publicidade, de ampla defesa e do contraditório, tal como ocorre no processo acusatório, seguindo-se o julgamento por um juiz imparcial, distinto do juiz instrutor.

O interessante é que no decorrer do século XIX este sistema sofreu sérias modificações, dada a tendência liberal da época, aumentando-se as garantias do réu, inclusive na própria França, por meio da Lei Constans, de 1897, contudo, a partir de 1935 até os dias atuais, cederam-se a tendências autoritárias, restaurando o processo misto tal como foi concebido.

#### 4. A dialética dos sistemas processuais

Superadas todas as explicações dos sistemas processuais, resta demonstrar em qual deles se insere o ordenamento jurídico brasileiro. Inicialmente, há de se levar em conta, graças à exploração histórica aqui realizada, que inegável é o embate de uma Constituição imantada sob moldes garantistas, devido a diversos princípios democráticos que regem o sistema acusatório, e um Código Penal, de 1941, elaborado numa nítida ótica inquisitiva. Assim, entende Nucci (2011, p.

122) que o sistema adotado no Brasil, embora não oficialmente, é misto, fruto de um hibridismo do ideal constitucional com a realidade distinta empregada pelo Código de Processo Penal, denominando-o mais adequadamente como “inquisitivo garantista”.

Argumentos fortes sustentam este posicionamento, porque os processualistas acusatórios baseiam-se exclusivamente nos princípios constitucionais vigentes (contraditório, ampla defesa, oficialidade, presunção da inocência, etc.), contudo, olvida-se uma série de elementos factuais dispostos na legislação infraconstitucional, obviamente o CPP, conforme é o inquérito, presidido por autoridade policial e com todos os requisitos do sistema inquisitivo (sigilo, ausência de contraditório e ampla defesa, impossibilidade de recusa do condutor da investigação), além de serem legitimamente usados para convencimento do juiz (art. 155), e ainda uma série de medidas oferecidas ao magistrado para colheita de provas durante, ou antes mesmo da ação penal, conforme art. 156, I, do CPP:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (BRASIL, 1941)

A este fator, soma-se que mesmo após a reforma das medidas cautelares pela lei 12.403/11, na possibilidade de se produzirem provas e conservá-las, cabe ao juiz a faculdade de decretação de prisão provisória (ressalta-se a preventiva) de ofício, sem que nenhum sujeito processual o tenha provocado, conforme art. 310, II, do CPP.

Todavia, para o melhor debate da questão, sobre o verdadeiro sistema processual brasileiro, há de se ver as duas faces da moeda, por assim dizer, demonstrando fatores que rebatem aqueles favoráveis ao acusatório formal (misto), tendo por base as tendências garantistas modernas. Então, é de se afirmar que o sistema processual penal brasileiro é dito como acusatório, pelas razões a seguir expostas.

O ponto crucial para os que não aceitam o sistema processual penal acusatório como o pátrio é que fundam seu argumento sob a noção de que, se

assim o fosse, deveriam ser preservadas suas características históricas iniciais, o qual atualmente estaria longe de seu núcleo fundante, ou seja, a separação das funções de acusar e julgar, tal que se encontram desvirtuadas, devido a situações típicas do sistema inquisitório, como: a valoração das provas na fase de inquérito, além de suas próprias características restritivas, além das atuações oficiosas pelo juiz no curso do processo e outras já vistas anteriormente.

Pois se o ponto nevrálgico é a identificação do núcleo fundante do sistema, incorre-se em erro, segundo Aury Lopes Júnior (2011, p. 64), ao identificar unicamente as funções de acusar e julgar como nucleares. Na verdade, pensar desta forma é um *reduccionismo* da questão, haja vista que a complexa fenomenologia do processo impõe situações diversas, isto é:

[...] **a doutrina que focada exclusivamente no aspecto histórico da separação de funções** (*ne procedat iudex ex officio*) aí ancora, passando a criticar aqueles que propõe a superação de tais reduccionismos e posturas mitológicas. Pensamos que, se originalmente o sistema acusatório teve por núcleo a separação de funções, o nível atual de desenvolvimento e complexidade do processo penal não admite mais tais **simplificações**. (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 67. Grifos do autor)

O que salienta Aury Lopes Júnior (2011) é que o binômio acusar-julgar é uma característica importante do sistema acusatório, porém acessória quando não vem aliada a outras, como a iniciativa probatória, publicidade, contraditório, oralidade, igualdade de oportunidades, etc. De forma que não há mais espaço, compreendidas a complexidade e a estrutura dialética do processo penal, para que alguém se revista de categorias arqueológicas e, desconectando institutos inter-relacionados, limite o problema conforme sua vontade de enxergar uma realidade diversa.

A concepção do sistema acusatório está íntima e indissolúvelmente relacionada na atualidade à eficácia do contraditório e principalmente à imparcialidade (princípio este supremo do processo penal), de modo que aceitar os laivos inquisitivos no sistema processual significa retroceder, e é tudo que menos se quer no atual nível de evolução do processo penal. Bem lembra Tourinho Filho (2011, p. 125), “que nosso processo penal não é um processo penal acusatório ortodoxo”, ou seja, essa pureza do sistema acusatório fielmente concebido, como exigem os doutrinadores “inquisitivos garantistas”, fora ligeiramente mitigada, contudo sem perder suas marcas imprescindíveis na fase processual. Por oportuno, ao se falar em divisões de tarefas no processo

penal, a própria leitura constitucional deixa clara a função acusatória a cargo do Ministério Público, a quem cabe “promover privativamente a ação penal pública, desde que na forma da lei”, nos moldes do artigo 129, I, demonstrando a consagração de um sistema acusatório que prevê a garantia e liberdade do órgão acusador.

Bem, tendo em vista que a análise deve superar questões históricas, é interessante, porventura, que se identifique o núcleo do sistema acusatório, vez que a separação de funções de julgar e acusar apenas orbita sobre ele. Jacinto Coutinho (2001, apud LOPES JÚNIOR, 2011, p. 68), aponta acertadamente que o núcleo fundante dos sistemas está na gestão da prova, cabendo às partes, no sistema acusatório, fazer tal ofício, tendo-se o juiz como espectador; já no inquisitivo, a gestão da prova está nas mãos do próprio julgador. E mais, explica tecnicamente que não há e nem pode haver um princípio misto, o que por evidente desconfigura o próprio sistema. Para o autor, os sistemas, assim como os paradigmas e os tipos ideais, não podem ser mistos; eles são informados por um princípio unificador ou singular, logo, na essência, o sistema sempre é puro. E se essa denominação “misto” é aceita, é porque na verdade é uma adjetivação por conta de elementos secundários de um e outro sistema.

No entanto, não há de se negar a previsão do art. 156 do CPP, que coloca o juiz na faculdade de produzir provas, inclusive pré-processualmente. Poderia, então, haver evidência mais cabal de inquisitorialidade nisto?

Realmente, é de saltar os olhos tal previsão, contudo, o juiz é o destino das provas, a ele as partes empregam esforços para defender seus interesses, e se o julgador deseja proferir o julgamento mais acertado possível, vez que a verdade real é inalcançável, deve o juiz requerer medidas necessárias para a melhor elucidação do seu convencimento, vez que, graças ao sistema acusatório, ele não faz parte da colheita de provas anteriores à ação, não teve acesso original na disposição dos fatos, pois o processo é um remonte histórico do fato delituoso, sendo imperioso que determine o refazer das provas colhidas no inquérito. Veja bem, no ato de “refazer”, *o magistrado não colhe novas provas, apenas requer a reapresentação do lastro probatório já existente*. Quanto ao mandamento do art. 156, I do CPP, sobre a possibilidade de produção anterior à ação penal, constitui-se como verdadeiro atentado à CRFB, sanado por meio de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, conforme art.

1º, parágrafo único, I, da Lei 9.882/99. Enfim, trata-se de genuína anomalia, conforme compartilha Machado (2012, p. 21):

Logo, o que se deve concluir, na verdade, é que os poderes instrutórios do juiz no processo penal brasileiro, tais como aqueles conferidos pelo art. 156 do CPP e outros, configuram uma autêntica anomalia, isto é, uma injustificável ofensa ao princípio constitucional do processo acusatório que é, como vimos acima, o modelo consagrado pela ordem constitucional brasileira.

A aparente inércia sobre a discussão deste quadro está justamente ligada pela escassez do tratamento dado pelos tribunais, contudo, o STJ (Superior Tribunal de Justiça, on line) e outros tribunais, em julgados recentes, se manifestaram:

**MAGISTRADO. PARCIALIDADE.** Na espécie, ainda na fase de investigação preliminar, antes mesmo que fosse oferecida a denúncia, o juiz, por entender que a causa era complexa, iniciou a realização de interrogatório de alguns réus. O referido procedimento não encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio, o que torna nulos não apenas os atos decisórios, mas todo o processo. O juiz não pode realizar as funções do órgão acusatório, ou de Polícia Judiciária, fazendo a gestão da prova, pois seria retornar ao sistema inquisitivo. Assim, a Turma por maioria, deu provimento ao recurso para declarar a nulidade de todo o processo, não apenas dos atos decisórios, bem como dos atos praticados pelo juiz durante a fase das investigações preliminares, determinando que os interrogatórios por ele realizados nesse período sejam desentranhados dos autos, de forma que não influenciem a opinião delicti do órgão acusatório na propositura da nova denúncia (RHC nº 23.945-RJ, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), julgado em 5.2.2009)

**CORREIÇÃO PARCIAL. DECISÃO EX OFFICIO. BAIXA DOS AUTOS À DP PARA EFEITOS DE RECONHECIMENTO DO RÉU. VIOLAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO.** O Juiz não pode, pena de ferir o sistema acusatório consagrado na Constituição Federal de 1988, determinar diligências policiais, especialmente reconhecimento do acusado pelas vítimas. No sistema acusatório o réu é tratado como sujeito de direitos, devendo ter, portanto suas garantias individuais (constitucionais) respeitadas. A regra é clara e comum: O Estado acusador, através do agente ministerial, manifesta a pretensão ao agente imparcial, que é o Estado-juiz. Essa imparcialidade que se apresenta mais nítida agora, com a definição constitucional dos papéis processuais, é a plataforma na construção de uma ciência processual penal democrática, vedando a iniciativa ex officio na produção de prova. Correição acolhida. (Tribunal de Justiça do

Rio Grande do Sul. 5ª Câmara Criminal, Rel. Des. Aramis Nassif, proferida na Correição Parcial nº 70014869697)

Outro fator probante do sistema processual misto no Brasil refere-se ao fato de a persecução penal estar dividida em duas fases: a fase investigatória, conduzida pela polícia judiciária para confecção da peça policial, de natureza inquisitiva e sem contraditório, sem ampla defesa e muitas vezes sob sigilo; e a segunda fase judicial, presidida pelo juiz, sob o princípio da publicidade na maioria dos casos, instrução probatória com contraditório e ampla defesa do réu.

Se não, vê-se, contra este posicionamento, que devem ser levantadas duas questões, conforme ensina Machado (2012, p. 20): primeiro, porque a fase dita inquisitiva desenvolve-se perante uma autoridade administrativa, que é a policial, daí não há de se falar em processo; segundo, porque a fase propriamente dita judicial tem início com a acusação formal (denúncia ou queixa-crime), orientando-se pelos princípios da publicidade, contraditório, ampla defesa e do juiz imparcial, todos os elementos típicos do sistema acusatório, porventura, devido à predominância de elementos do processo acusatório na fase genuinamente processual é que se permite concluir que o sistema brasileiro é mesmo o sistema do tipo acusatório, e não misto. As palavras de Válter Kenji Ishida sintetizam (2012) o problema e ainda lembram a superação de um quadro ulterior, o procedimento judicialiforme<sup>4</sup>.

[...] Quanto ao inquérito policial, o que há é um procedimento administrativo inquisitivo, mas o processo-crime propriamente dito é essencialmente acusatório, principalmente depois de ultrapassado o procedimento judicialiforme. (ISHIDA, 2012, p. 23)

Alguns doutrinadores são tão radicais quanto a características inquisitórias presentes no ordenamento jurídico brasileiro, que oferecem

---

4 O procedimento judicialiforme consistia na possibilidade de a ação penal, em contravenções penais, ter início por força de portaria de delegado de polícia. Contudo, com o advento da CRFB de 1988 e pelo princípio da oficialidade, restou revogado o artigo 26 do CPP que o previa. Ressalte-se que o princípio da oficialidade significa que há um órgão oficial, do Estado, a quem cumpre promover a ação penal pública privativamente: o Ministério Público. A única exceção a este princípio é a ação penal privada subsidiária da pública, prevista no artigo 5º, LIX da CR/88 e no art. 29 do CPP. Cunha et al (2007, p. 29 apud FERREIRA, 2008).



medidas drásticas no sentido de saná-las, como Aury Lopes Júnior (2011, p. 66) sugerindo a exclusão física do inquérito policial no processo, sob o pretexto de que “as decisões judiciais são mascaradas por fundamentações baseadas integralmente nas provas inquisitoriais”. Mesmo diante de gritante radicalismo, o doutrinador salienta para um pensamento peculiar, e de muito se refletir, sobre o momento e os motivos históricos que culminaram na confecção do sistema misto, e que são impróprios ao processo penal brasileiro, pois “*se tal sistema serviu a Napoleão, um tirano; serve a qualquer senhor; obviamente não serve à democracia.*”

## Conclusão

A história dos Estados demonstra que a melhor maneira de se promover justiça é por meio de um processo judicial, revestido de regras lógicas para a promoção de satisfação no litígio de interesses. Quando o litígio envolve a ordem e a segurança pública, nasce para o Estado o jus puniendi, sua maior expressão de soberania, promovida por métodos e modelos de realização do processo penal, verdadeiros sistemas que acompanharam o desenvolvimento de Estados inicialmente autoritários até o alvorecer do Estado Democrático de Direito.

Percebe-se da detida análise que dois sistemas processuais, o Inquisitório e Acusatório, de características completamente opostas, fomentaram a evolução do Direito Processual Penal, oferecendo até mesmo um alternativa híbrida de sistema, o Inquisitório Garantista. Porém, apenas o sistema acusatório apresenta compatibilidade com os valores e princípios da lei fundamental brasileira, principalmente por oferecer garantias, equilíbrio e igualdade entre os litigantes, permitindo ampla defesa e contraditório, que possibilitam uma decisão justa e imparcial.

O ponto nevrálgico da análise dialética foi a própria sistemática da legislação processualista penal com a atual ordem constitucional, constatando-se lastros inquisitórios da época de sua redação (getulista), verdadeiro descompasso com o sistema processual penal atualmente rogado pelo ordenamento jurídico brasileiro, o sistema acusatório, que prima pela divisão de tarefas de “acusar, defender e julgar”, desde que aliadas a outras características essenciais como publicidade, contraditório

e outras. Enfim, este sistema processual é inegavelmente o pátrio, porque assim foi estabelecido na CRFB de 1988, orientada pelos ideais garantistas, presentes ao longo de todo o seu texto, por lógico numa estrutura dialética e sistemática, deve-se afastar inexoravelmente quaisquer atuação jurisdicional oficiosamente arbitrária ou ilógica com as demais engrenagens do Processo Penal, ainda mais quando tais atitudes revelam o objetivo de se enclausurar alguém, restando ao Ministério Público, na função essencial à justiça, a promoção do devido processo penal.

Por derradeiro, talvez a única atuação tipicamente inquisitiva, como as atuações ex officio, admitida no Processo Penal seria aquela pautada em moldes de garantismo penal, quando se trata de dar a efetiva tutela de direitos individuais, até porque a missão de proteção aos direitos fundamentais é a finalidade, primeira e última, de um Estado Democrático de Direito.

## Referências

BRASIL. Decreto-lei n. 3.989, de 3 de outubro de 1941. **Código de processo penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 25 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 26 jan. 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. 1. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

FERREIRA, Gabriela Gomes Coelho. **Que se entende por procedimento judicialiforme?**. 2008. Disponível em: <[http://ww3.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20080731110608745](http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080731110608745)>. Acesso em 03 fev. 2014.

ISHIDA, Válter Kenji. **Processo Penal**: incluindo a Lei nº 12.483/2011. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2011. v. I.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 8. ed.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 18 fev. 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. v. I.

\_\_\_\_\_. **Processo penal**. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. v. III.

# Presunção legal de enriquecimento ilícito do agente público: improbidade administrativa

Reinaldo Koch Filho<sup>1</sup>

## RESUMO

A lei de improbidade administrativa prevê uma série de atos vedados aos agentes públicos, dentre eles a aquisição de bens, durante o exercício da função pública, cujo valor seja desproporcional à evolução do seu patrimônio ou renda. A caracterização deste ato de improbidade administrativa é tema que divide a doutrina, havendo aqueles que somente o reconhecem quando o autor da ação de improbidade administrativa provar que o patrimônio adquirido pelo agente público derivou de desvio de bens e recursos públicos, enquanto que, para uma segunda corrente doutrinária, incumbe ao autor da ação de improbidade administrativa provar apenas o acréscimo patrimonial cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou renda do agente público, sendo desnecessária a prova da origem dos bens. A interpretação do artigo 9º, inciso VII, da Lei n. 8.429/1992 enseja implicações práticas que podem ampliar ou restringir o campo de atuação dos órgãos de repressão à corrupção no combate aos atos de improbidade administrativa e ressarcimento ao erário.

**Palavras-chave:** *Improbidade administrativa; Lei 8.429/1992; Erário público; Enriquecimento Ilícito.*

---

<sup>1</sup> Promotor de Justiça Titular da 1ª Promotoria de Taguatinga-TO. Pós-graduado em Direito Administrativo pela Universidade Anhanguera - Uniderp.

## RESUMEN

La ley de Improbidad Administrativa previene actos prohibidos a los funcionarios públicos, entre ellos la desproporcionalidad de renta personal mientras el ejercicio de la función. La caracterización del acto de conducta indebida está sujeta a las divisiones doctrinales, con grupos que sólo reconocen el hecho cuando el demandante probar que los activos adquiridos por el agente público son derivados de la mala utilización de la propiedad pública y los fondos. Mientras que para una doctrina actual corresponda a la parte demandante para demostrar solamente el aumento de capital cuyo valor es desproporcional en relación a la evolución de los ingresos o activos del agente público, lo que hace innecesaria la prueba de origen de las mercancías. La interpretación del inciso VII, artículo 9, de la Ley n. 8.429/1992 tiene implicaciones prácticas que pueden ampliar o reducir el campo de actuación de los organismos de combate a los actos de corrupción de improbidad administrativa y el resarcimiento para el erario público.

**Palabras clave:** *Improbidad administrativa; Ley 8429/1992; Erario público; Enriquecimiento Ilícito*

## Introdução

Ao ingressar no serviço público, o agente público é obrigado a apresentar declaração de todos os bens e valores que compõem o seu patrimônio privado e das pessoas que vivam sob sua dependência econômica. Deve, ainda, atualizar anualmente a referida declaração de bens e valores, dever que perdurará até o momento em que se desligar do serviço público. O servidor público que se recusar a prestar declaração dos bens ou a prestar falsamente será punido com a pena de demissão, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

O dever de apresentar declaração de bens e valores encontra-se previsto no artigo 13 da Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa). Este dispositivo legal consiste em importante ferramenta no combate à corrupção no serviço público ao estabelecer mecanismos de aferição da evolução patrimonial dos agentes públicos.

Comparando-se a primeira declaração de bens, quando do ingresso no serviço público, com as subseqüentes anuais, será possível verificar se a evolução patrimonial do servidor público é proporcional à renda que auferir. Evidenciado o descompasso entre a evolução patrimonial e os rendimentos percebidos, o

agente público poderá ser responsabilizado pela prática de ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito, previsto no artigo 9º, inciso VII, da Lei de Improbidade Administrativa.

Neste ponto é que surge a problemática a ser estudada neste trabalho: estabeleceu o artigo 9º, inciso VII, da Lei n. 8.429/1992 uma presunção legal de enriquecimento ilícito? Qual o ônus probatório do autor da ação de improbidade administrativa? Cabe ao agente público investigado provar a origem lícita de seu patrimônio?

## 1. Acréscimo patrimonial desproporcional à evolução do patrimônio ou renda do agente público

Assim está redigido o dispositivo legal que tipifica o ato de improbidade administrativa consistente no acréscimo patrimonial desproporcional à evolução do patrimônio ou renda do agente público:

Lei n. 8.429/1992. Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

[..]

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

A interpretação do dispositivo legal acima, em especial no tocante ao ônus da prova, não é pacífica na doutrina, sendo identificadas pelo menos duas correntes doutrinárias principais.

Segundo a primeira corrente doutrinária, ao autor da ação cabe o ônus de provar a desproporção entre os bens adquiridos e a renda auferida pelo agente, a prática de conduta ilícita no exercício da função e o nexo de causalidade existente entre esta e referida aquisição.

A segunda corrente doutrinária, por sua vez, afirma que incumbe ao Ministério Público ou à pessoa jurídica legitimada para a ação de improbidade o ônus de provar a desproporção entre os bens adquiridos e a renda auferida pelo agente, dentro de um certo limite temporal, concomitante ao período de vínculo

funcional do agente com a Administração Pública. Segundo estes doutrinadores, para que reste caracterizado o ato de improbidade do artigo 9º, inciso VII, não há necessidade de demonstração da prática de conduta ilícita específica no exercício da função e nem seu nexo de causalidade com o acréscimo patrimonial.

Passemos a examinar detidamente as correntes doutrinárias sobre o assunto.

## 2. Primeira corrente doutrinária

De acordo com os defensores desta corrente doutrinária, para que reste caracterizado o ato de improbidade administrativa previsto no art. 9º, inciso VII, da Lei n. 8.429/1992, deverão estar presentes os seguintes requisitos: a) desproporção entre os bens adquiridos e a renda auferida pelo agente; b) a prática de conduta ilícita dolosa no exercício da função; e c) o nexo de causalidade existente entre a conduta ilícita e a evolução desproporcional do patrimônio.

Sustentam que não basta ao autor da ação comprovar apenas a evolução patrimonial desproporcional em período coincidente com o exercício de função pública. É necessário ir além, apontando e demonstrando qual ato de improbidade concreto foi praticado, bem como que o enriquecimento desproporcional aos vencimentos do agente adveio da prática deste ato de improbidade (nexo causal).

Defensor desta linha de pensamento, Fazzio Jr. (2012, p. 174) assevera:

O Ministério Público ou quem, eventualmente, promover a competente ação civil de improbidade tem o ônus de especificar e provar o ato de improbidade causador do enriquecimento indevido do agente público. Portanto, o que ainda existe é o enriquecimento sem causa conhecida, e não o mero enriquecimento sem causa; vale dizer, há que ficar demonstrada a ilicitude da causa do enriquecimento ou não se poderá presumir sua origem antijurídica.

Eventual suposição de ilicitude no enriquecimento desproporcionado não leva, necessariamente, à ocorrência de ato de improbidade administrativa:

- uma coisa é o fato de determinado agente público não auferir renda suficiente para ter o que tem;
- outra coisa é afirmar, sem lastro probatório, que seu enriquecimento deriva de ato de improbidade.

Na defesa desta tese, vários são os argumentos utilizados: primeiramente, que o inciso VII destina-se a exemplificar o *caput* do artigo 9º, não possuindo vida própria em si mesmo. Via de consequência, com base na redação do *caput*, o ato de improbidade administrativa que importa enriquecimento desproporcional à

renda do agente público deve ser obrigatoriamente praticado em razão do exercício da função, emprego, mandato ou cargo.

O desdobramento deste raciocínio é que, sendo outra a fonte do enriquecimento desproporcional à renda do agente público, não relacionada com o exercício de função pública, não há o que se falar em improbidade administrativa.

Novamente, valho-me da lição de Fazzio Jr. (2012, p. 175):

Retrilhando o percurso, o inciso VII não tem vida própria; é mera exemplificação do caput do art. 9º. Neste está gravada a conduta típica; nele deve encaixar-se a ação tida por ilícita. Por isso, a conduta ilícita deve ocorrer em razão do exercício do cargo, função, emprego ou mandato. A causa determinante do enriquecimento é a condição funcional do agente. Ou não se trata de improbidade administrativa.

Ao autor da ação de improbidade, portanto, é atribuído o ônus de provar não só o enriquecimento ilícito, como também o ato de improbidade administrativa especificamente praticado e onexo causal deste com o enriquecimento.

Essa posição é defendida por Pazzaglini Filho (2011, p. 56):

A meu ver, *data venia*, incumbe, na ação civil de improbidade, a seu autor provar que o agente público adquiriu valores incompatíveis com a evolução de seu patrimônio e rendimentos em decorrência do exercício abusivo, corrompido, subvertido de seu mandato, cargo, emprego ou função pública.

Não há, na espécie, qualquer previsão legal, explicitamente, de inversão do ônus de prova. E sua adoção, por ser excepcional e afastar a regra processual geral *actori incumbit probatio*, tem que ser expressa e não tácita ou presumida.

Assevera-se que deve ser demonstrado o dolo do agente público na prática do ato, uma vez que o artigo 9º da Lei de Improbidade Administrativa não se caracteriza na forma culposa, sendo necessário evidenciar o elemento subjetivo do agente.

Enquanto Pazzaglini Filho afirma que inexistente inversão do ônus probatório, Fazzio Jr. (2012, pp. 175-176) sustenta a inadmissibilidade da presunção de enriquecimento ilícito:

A regra *actori incumbit probatio* é geral, no estatuto instrumental civil. Sua cogitada derrogação no caso concreto, por ser excepcional, deveria ser estabelecida expressamente, impondo presunção de culpa que remeta ao réu o ônus de provar. Não pode ser tácita. O dispositivo em questão é de direito material e não explicita



qualquer presunção de culpa. Presumir-se que a regra do art. 9º presume culpa do agente público é mais que uma presunção; é presunção de uma presunção.

Invoca-se a aplicação do princípio constitucional da presunção de inocência (Constituição Federal, art. 5º, inciso LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória) para afastar a presunção de enriquecimento ilícito do agente público.

Embora o texto constitucional faça referência expressa à “sentença penal condenatória”, o Supremo Tribunal Federal estendeu a aplicação do princípio a matéria não penal. No julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) nº 144, do Distrito Federal, a corte constitucional reconheceu a aplicação do princípio da presunção de inocência em matéria eleitoral:

[...] PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA: UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE A QUALQUER PESSOA – EVOLUÇÃO HISTÓRICA E REGIME JURÍDICO DO PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA – O TRATAMENTO DISPENSADO À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PELAS DECLARAÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS, TANTO AS DE CARÁTER REGIONAL QUANTO AS DE NATUREZA GLOBAL – O PROCESSO PENAL COMO DOMÍNIO MAIS EXPRESSIVO DE INCIDÊNCIA DA PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA – EFICÁCIA IRRADIANTE DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DESSE PRINCÍPIO AO ÂMBITO DO PROCESSO ELEITORAL - [...].

Baseado no princípio da presunção de inocência, Fazzio Jr. (2012, p. 178) afirma:

Não tem o mínimo sentido, numa ordem jurídica que prima por expressar os princípios de um Estado de Direito, admitir-se que, em matéria que pode acarretar a privação da propriedade, o réu, no processo, tenha o ônus de comprovar sua inocência. Afinal, para o universo jurídico, ninguém é ímprobo até prova em contrário.

Sustenta-se que a lei processual pátria somente prevê a inversão do ônus da prova quando estiver em jogo relevante interesse público ou a proteção a hipossuficientes, como ocorre nas demandas em que há consumidores ou referentes a dano ao meio ambiente.

A seu juízo, não há como se presumir vantagem patrimonial indevida em razão do vínculo público, pois o princípio é inverso, imperando a presunção de inocência em favor do agente público.

Invoca-se, além da presunção de inocência, o princípio do devido processo legal, previsto tanto na Declaração Universal dos Direitos do Homem quanto na Constituição Federal Brasileira.

Discorrendo acerca dos princípios da presunção de inocência e da ampla defesa, previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem, Cunha Jr. (2012, p. 608) registra:

Institui o princípio da presunção da inocência e da ampla defesa, assegurando que toda pessoa acusada de um delito tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Explicitando o conceito do princípio do devido processo legal, faço referência à lição de Moraes (2008, p. 105):

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).

O devido processo legal tem como corolários a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, conforme o texto constitucional expresso (art. 5º, LV). [...] Por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (par conditio), pois todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

Utilizando como premissa o princípio do devido processo legal, cujo conteúdo abarca o contraditório e a ampla defesa, concluem que o agente público terá sua defesa inviabilizada se não souber, exatamente, qual ato de improbidade administrativa lhe é imputado, pois o simples enriquecimento sem causa

conhecida não é ato de improbidade, mas apenas um possível efeito de um ato de improbidade. Se não se imputam fatos concretos, apontando a prática de um ato de improbidade, não há como exercer o contraditório e a ampla defesa, violando, por consequência, o devido processo legal.

Esta é a lição de Fazzio Jr. (2012, p. 176):

De tal arte que, se incumbe ao Ministério Público ou à pessoa jurídica interessada formalizar a pretensão condenatória do agente público, cabe-lhe exibir as provas necessárias, expostas ao contraditório e à ampla possibilidade de defesa. Suspeitas e presunções não constituem causa de pedir em ação civil de improbidade administrativa ou qualquer outra. Ao réu compete a contradição e essa pressupõe imputação que deva ser contraditada. Sem a imputação do ato de improbidade, não há como contestar nem o que contestar.

Derradeiramente, os adeptos desta linha de raciocínio lembram que no projeto da Lei de Improbidade Administrativa estava expressamente prevista, no artigo 26, a inversão do ônus da prova no caso de enriquecimento sem causa, texto que foi suprimido pela Câmara dos Deputados, o que demonstraria que o legislador não pretendeu consagrar a inversão do ônus probatório.

É o que defende Pazzaglini Filho (2011, p. 57):

Além disso, o legislador, efetivamente, não pretendeu a inversão do ônus da prova, posto que o projeto continha originalmente, no que era seu art. 26, a estipulação da inversão do ônus da prova no caso de enriquecimento sem causa (antigo inciso VII do art. 12, atual inciso VII do art. 9º), onde dizia: 'quando a ação civil tiver por fundamento o inciso VII do art. 12, cabe ao agente público ou beneficiário demonstrar a origem lícita dos recursos financeiros utilizados para a aquisição de valores ali mencionados', mas esse dispositivo, excluído na Câmara dos Deputados, não foi convertido em lei, o que demonstra, também, não caber, na espécie, a inversão excepcional do ônus dessa prova.

### 3. Segunda corrente doutrinária

Os adeptos desta corrente doutrinária entendem que ao autor da ação de improbidade cabe o ônus de provar a desproporção entre os bens adquiridos e a renda auferida pelo agente, bem como que o acréscimo desproporcional ocorreu durante o lapso temporal em que o agente público esteve vinculado funcionalmente à Administração Pública.

Segundo tais doutrinadores, a caracterização do ato de improbidade administrativa previsto no artigo 9º, inciso VII, prescinde da necessidade de provar a prática de determinada conduta ilícita no exercício da função, e muito menos seu nexo de causalidade com o acréscimo patrimonial.

Sustentam que o ônus de provar a origem lícita do patrimônio amealhado é do agente público demandado, pois o referido artigo, em seu inciso VII, estatuiu uma presunção legal de enriquecimento ilícito, circunstância que ocasionaria a inversão do ônus da prova.

Martins Jr. (2002, p. 226), em resumidas palavras, sintetiza seu pensamento:

A lei presume a inidoneidade do agente público que adquire bens ou valores incompatíveis com a normalidade do seu padrão de vencimentos, bastando provar que exercia função pública e que os bens e valores (mobiliários ou imobiliários) adquiridos são incompatíveis ou desproporcionais à evolução de seu patrimônio ou renda. [...]

A fundamentação deste raciocínio é baseada em uma série de argumentos, que passaremos a expor.

O primeiro deles diz respeito ao modo de interpretação do inciso VII do art. 9º da Lei de Improbidade Administrativa. Sustenta-se que o inciso VII é um tipo residual de enriquecimento ilícito, que independe de individualização de um ato de improbidade específico, bastando a prova de seus efeitos no patrimônio do agente público (enriquecimento ilícito desproporcional à renda do agente). Argumentam que se houver necessidade de provar o ato de improbidade antecedente, desnecessária a existência do inciso VII, pois haveria incidência de qualquer outro inciso do artigo 9º, ou mesmo do caput.

Nesse sentido, a lição de Garcia e Alves (2008, p. 328):

Sendo desnecessário que o autor da ação demonstre qual o ato praticado pelo agente público que ensejou uma evolução patrimonial incompatível com os seus rendimentos, torna-se possível dizer que o inciso VII do art. 9º da Lei n. 8.429/1992 assume feição eminentemente residual em relação às demais figuras previstas no referido dispositivo legal. Resultando infrutíferas as tentativas de individualização e prova do ilícito praticado, as atenções deverão se voltar para o resultado do ato, o que é suficiente à configuração da tipologia legal ora analisada.

Idêntico é o posicionamento de Martins Jr. (2002, p. 226):

A evolução desproporcional do patrimônio é caso residual de enriquecimento ilícito, pois, se não há prova de que a vantagem econômica percebida é relacionada ou conexas à prática de ato ou à abstenção da execução de ato de ofício, afastando a incidência de outra modalidade de enriquecimento ilícito, mesmo assim se afigura inidôneo o enriquecimento do agente público, porque adquiriu bens ou valores desproporcionais e incompatíveis com a evolução de seu patrimônio ou renda. [...]

Analisando o artigo 9º da Lei de Improbidade Administrativa, é fácil perceber que, com exceção do inciso VII, todos os demais descrevem a prática de um determinado ato reputado como improbidade administrativa. O inciso VII, de outro lado, não prevê a prática de ato, mas tipifica como improbidade administrativa um resultado, qual seja, o enriquecimento desproporcional, atribuindo a este resultado uma presunção relativa de ilicitude, ou seja, presume-se que a evolução desproporcional entre o patrimônio e a renda do agente público deriva de ato de improbidade administrativa, cabendo ao agente público afastar a presunção relativa, demonstrando a origem lícita de seu patrimônio.

Partindo da premissa de que o inciso VII do artigo 9º da Lei n. 8.429/1992 é uma forma residual de improbidade administrativa, conclui-se que o citado dispositivo legal prevê uma presunção legal relativa de enriquecimento ilícito, capaz de ser afastada pelo agente público demandado.

Para Garcia e Alves (2008, p. 327), a presunção legal relativa de enriquecimento ilícito não implica em inversão do ônus da prova, mas sim na distribuição do ônus probatório entre as partes:

Compete ao autor o ônus de provar a aquisição de bens de valor desproporcional à renda do agente, sendo este o fato indicante; o fato indicado, por sua vez, é o enriquecimento ilícito, o qual é desdobramento lógico daquele. A evolução patrimonial dos agentes públicos, consoante o art. 13 da Lei n. 8.429/1992, é objeto de rigoroso controle, o que reforça a assertiva de que rendimentos percebidos e bens adquiridos devem evoluir de forma correlata, sendo indício veemente de enriquecimento ilícito e, *ipso facto*, de improbidade, a dissonância existente entre a evolução patrimonial do agente e a contraprestação que lhe fora paga pelo Poder Público pelos serviços prestados. Em casos tais, será flagrante que o ímprobo auferiu vantagens indevidas em razão de sua condição de agente público, o que, por si só, infringe a moralidade administrativa.

Não há que se falar em inversão do ônus da prova, restando ao agente público demandado, unicamente, o ônus de provar os fatos modificativos, impeditivos ou extintivos da pretensão do autor, o que deflui da própria sistemática vigente (art.

333, II, do CPC). Essa conclusão é robustecida pelo disposto no art. 2º, §5º, da Lei n. 8.730/1993, segundo o qual, 'relacionados os bens, direitos e obrigações, o declarante apurará a variação patrimonial ocorrida no período, indicando a origem dos recursos que hajam propiciado o eventual acréscimo'.

Ademais, os agentes públicos, por lei, possuem o dever de indicar a origem dos recursos que se incorporaram ao seu patrimônio privado, conforme previsão do art. 2º, §5º, da Lei n. 8.730/1993:

Art. 2º A declaração a que se refere o artigo anterior, excluídos os objetos e utensílios de uso doméstico de módico valor, constará de relação pormenorizada dos bens imóveis, móveis, semoventes, títulos ou valores mobiliários, direitos sobre veículos automóveis, embarcações ou aeronaves e dinheiros ou aplicações financeiras que, no País ou no exterior, constituam, separadamente, o patrimônio do declarante e de seus dependentes, na data respectiva.

[...]

§ 5º Relacionados os bens, direitos e obrigações, o declarante apurará a variação patrimonial ocorrida no período, indicando a origem dos recursos que hajam propiciado o eventual acréscimo.

Conforme lição de Garcia e Alves (2008, p. 122), embora a norma seja “direcionada aos agentes públicos dos distintos Poderes da União, as diretrizes traçadas pela Lei n. 8.730/1993 devem ser adotadas pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, no que couber, como normas gerais de direito financeiro (art. 7º)”.

De outro lado, mostra-se irrazoável pretender que o autor da ação de improbidade administrativa, de posse de informações de variação patrimonial desproporcional à renda do agente público, e sem que este tenha indicado a origem dessas rendas, comprove a prática de ato de improbidade administrativa específico e ainda demonstre o nexo causal entre o enriquecimento e o ato ilícito.

O Ministério Público e os demais legitimados para a propositura da ação de improbidade administrativa, de regra, são provocados para agir através de notícia de fato, que indica a ocorrência de algum ato de improbidade administrativa específico e concreto, o que lhes possibilita um caminho investigativo a ser percorrido durante o inquérito civil.

Quando se trata de evolução do patrimônio em desproporção ao subsídio do agente público, apurado em razão das declarações que aquele deve obrigatoriamente prestar por força do artigo 13 da Lei n. 8.429/1992, não há notícia de fato e nem indicação da ocorrência de um ato de improbidade administrativa

específico. Há, apenas, uma variação de patrimônio desproporcional, que não fornece qualquer linha investigativa aos órgãos de controle ou ao Ministério Público.

Daí, pretender que os legitimados ativos da ação de improbidade administrativa apontem e especifiquem qual ato de improbidade administrativa ocasionou enriquecimento ilícito é atribuir ao polo ativo da ação prova impossível de ser obtida por entes não dotados do atributo da onisciência, mormente em se tratando de atos de corrupção, que invariavelmente são praticados na surdina, de maneira sorrateira, os quais, muitas vezes aparentam estar revestidos de legalidade.

Acerca do tema, Garcia e Alves (2008, p. 328) pontuam:

Acaso fosse exigida a prova dos atos ilícitos que teriam motivado a evolução patrimonial indevida, culminar-se-ia em coroar a perspicácia de ímprobos cujo patrimônio aumenta em progressão geométrica e que possuem atividade extremamente diversificada, o que inviabilizaria a identificação do momento e da forma em que se operou o ilícito deflagrador de tal prosperidade.

Dinamarco (2005, p. 114) complementa a ideia:

O objetivo comum e imediato de todas as presunções relevantes para o direito é a facilitação da prova. Há situações em que, sendo particularmente difícil a prova, a lei ou o juiz facilita a demonstração do fato relevante, satisfazendo-se com a prova daquele que é mais fácil provar e assim dispensando a prova direta do fato que realmente interessa para o julgamento da causa. [...].

Bem por isso, a Lei de Improbidade Administrativa previu o inciso VII do artigo 9º como uma forma residual de improbidade administrativa, o que importa afirmar: não havendo prova da prática de nenhum dos atos de improbidade previstos no artigo 9º e seus incisos, mas havendo prova de acréscimo patrimonial desarrazoado, incompatível com os rendimentos do agente público, o enriquecimento desproporcional é presumido ilícito, presunção esta que é relativa e pode ser afastada pelo agente público no decorrer do inquérito civil, no juízo de prelibação da ação de improbidade administrativa, ou mesmo na fase probatória da ação de improbidade administrativa, bastando ao agente público apresentar o lastro lícito de seu patrimônio.

As conclusões acima são fruto, também, de uma interpretação sistemática da Lei de Improbidade Administrativa. Não faz sentido que a Lei n. 8.429/1992

preveja em seu artigo 13 a obrigatoriedade dos agentes públicos de apresentarem e atualizarem suas declarações de bens, sob pena de demissão, e depois, a Administração Pública fique tolhida de responsabilizar por improbidade administrativa os agentes públicos com patrimônio desproporcional à renda, em razão da impossibilidade de apontar atos de improbidade administrativa concretamente praticados.

A assertiva de que o inciso VII do artigo 9º da Lei de Improbidade Administrativa veicula uma presunção legal relativa de enriquecimento ilícito, passível de ser desconstituída pela prova da origem lícita do patrimônio, prova a ser produzida pelo agente público, encontra amparo no Código de Processo Civil (Lei n. 5.869/1973), que em seu artigo 334, inciso IV, prevê não dependerem de prova os fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Acerca das presunções legais relativas, calha fazer referência à lição de Dinamarco (2005, p. 77):

Constitui presunção relativa o processo mental que conduz à aceitação de um fato controvertido como existente, sem que esteja provado e até que o contrário venha a sê-lo. Apoiado na observação empírica da relação constante entre dois acontecimentos, e sabendo que um ordinariamente acontece quando o outro tenha acontecido (*quod plerumque accidit*), o legislador ou o juiz facilita a um dos sujeitos interessados a defesa de seus interesses, mediante a dispensa de provar o fato que lhe interessa – mas sempre com a ressalva do direito do adversário a demonstrar que no caso concreto as coisas se passaram de modo diferente e o fato presumido não aconteceu. Daí serem relativas essas presunções, i.e, elas prevalecem salvo prova em contrário. As presunções legais são indicadas em dispositivos especiais de lei e as judiciais, autorizadas pelo art. 335 do Código de Processo Civil.

Em continuidade, Dinamarco assevera (2005, p. 119):

São presunções relativas aquelas que, dispensando embora a prova do fato relevante para o julgamento (*factum probandum*), podem ser desfeitas pela chamada prova em contrário – daí serem chamadas presunções *juris tantum* e não *juris et de jure*. Como toda presunção, elas partem de um fato conhecido (fato base, indício) e, porque ordinariamente o fato relevante para a causa costuma acontecer sempre que aquele aconteça, o legislador ou o juiz facilita a prova do fato relevante ao mandar que se presuma e, conseqüentemente, dispensa-o de prova (CPC, art. 334, inc. IV). O interessado no reconhecimento do fato relevante tem somente o ônus de provar o indício e não o próprio fato relevante, sendo essa, portanto, uma prova indireta [...].



Ao examinarmos o artigo 9º da Lei de Improbidade Administrativa, notamos que o inciso VII, diferentemente dos demais incisos, contém hipótese de presunção legal relativa de prática de ato de improbidade, cujo resultado é o enriquecimento desproporcional ao patrimônio ou renda do agente.

Para a lei, basta que o agente público adquirira, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do seu patrimônio ou renda. O ato de improbidade antecedente é legalmente presumido, presunção esta que é relativa, e pode ser afastada pela demonstração da origem lícita do patrimônio do agente público.

Em arremate, ao autor da ação incumbe o ônus de provar o enriquecimento desproporcional contemporâneo ao exercício de função pública, que para a lei são os fatos constitutivos de seu direito (art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil). Ao réu, por sua vez, é atribuído o ônus de demonstrar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (art. 333, inciso II, do Código de Processo Civil).

Sob este prisma, inexistente inversão do ônus da prova, pois o autor da ação deve provar os fatos constitutivos de seu direito (evolução patrimonial desproporcional à renda ao tempo do exercício de função pública).

Em decorrência, perde força o argumento da primeira corrente de que a regra expressa de inversão do ônus da prova, suprimida do projeto da Lei de Improbidade Administrativa, demonstraria que o legislador não pretendeu consagrar a inversão do ônus probatório, pois como se viu, não se trata de inversão do ônus da prova, devendo o legitimado ativo demonstrar os fatos constitutivos de seu direito, e o legitimado passivo, comprovar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Ademais, a majoritária doutrina atual desconsidera a vontade do legislador na interpretação das leis. Vejamos a abalizada lição de Garcia e Alves (2008, p. 328):

No que concerne à supressão de dispositivo, constante do projeto que originou a Lei n. 8.429/1992, que previa expressamente a inversão do ônus da prova nessa hipótese, é inafastável a conclusão de que tal elemento histórico não tem qualquer relevância no deslinde da questão.

Em passado remoto, a denominada *mens legislatoris* possuía grande importância, já que 'concebia-se a norma positiva como ordem do soberano, deliberação do rei

absoluto, preposto do Deus; o Eterno fora o autor primacial do Direito; este era ideia inata, princípio imutável!

Com o evoluir do dogmatismo jurídico e o conseqüente enfraquecimento do elemento teológico que compunha tal concepção, a norma de conduta adquiriu consistência própria, dissociando-se da intenção de seu mentor intelectual, não sendo demais lembrar que a deletéria ação do tempo, com a frequente mutação das relações sociais, erigia-se como forte obstáculo à identificação, através de um gélido texto normativo, de uma vontade há muito sepultada e esquecida.

A imperatividade da norma não se coaduna com o subjetivismo da *mens legislatoris*, não sendo legítimo que seu alcance e seus efeitos sejam forjados em elementos de natureza individual, já que sua gênese encontra-se atrelada a caracteres eminentemente sociológicos.

Além disso, o ordenamento jurídico é eminentemente aberto e dinâmico, sendo constantemente integrado pelos influxos sociais, o que inviabiliza qualquer tentativa de estagná-lo em um dado momento histórico.

Os defensores desta linha de pensamento argumentam, ainda, a desnecessidade de demonstrar o dolo do agente, pois este é presumido, eis que não se concebe enriquecimento ilícito mediante a prática de ato de improbidade administrativa de outra forma, que não a dolosa.

Segundo Martins Jr. (2002, p. 219) “no enriquecimento ilícito o dolo é *in re ipsa*, emergente da própria conduta, pois 'no próprio conceito de enriquecimento insere-se o elemento subjetivo da improbidade’”.

Visto o dolo sob esta ótica, não há o que se falar em responsabilidade objetiva, pois a demonstração do dolo continua sendo imprescindível para a caracterização do ato de improbidade que importa em enriquecimento ilícito. Entretanto, na hipótese do inciso VII, o dolo é presumido, assim como a prática do ato de improbidade antecedente que trouxe acréscimo ao patrimônio do agente público.

Por fim, esta corrente doutrinária não vê na utilização da presunção legal de enriquecimento ilícito qualquer afronta aos princípios constitucionais do devido processo legal ou da presunção de inocência.

Oportuno trazer as pertinentes observações de Oliveira (2011, p. 83):

[...] a presunção estabelecida é *iusuris tantum*, relativa, podendo ser desconstituída por prova produzida em contrário, isto é, só haverá a presunção de que o agente público praticou o ato de improbidade administrativa em espécie, enriquecendo ilicitamente, caso este não logre êxito em comprovar a origem lícita de seu patrimônio, mediante prova documental ou outro meio de prova admitido em direito que seja apto a desconstituir a presunção de ilicitude.

Resta claro, portanto, que há sim a oportunidade de o agente público comprovar a origem lícita de seu patrimônio. Dizemos mais: essa oportunidade, em regra, não é uma só, já que, para a propositura da ação civil pública, por ato de improbidade administrativa, o autor certamente desenvolveu investigação prévia acerca do patrimônio do acusado, ainda em fase pré-processual, em que lhe foi dada a oportunidade de comprovar a licitude da origem de seu patrimônio.

Além dessa primeira oportunidade, também há o exercício do contraditório e da ampla defesa durante todo o trâmite do processo judicial, em que o requerido (agente público acusado) poderá formar amplo conjunto probatório que indique a formação legítima de seu patrimônio, o que levará à improcedência da ação de improbidade administrativa.

Reforça o argumento da inexistência de ofensa aos princípios do devido processo legal e da presunção de inocência o fato de o Brasil ser signatário da Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, incorporada ao nosso ordenamento jurídico através do Decreto n. 4.410, de 7 de outubro de 2002.

A Convenção Interamericana contra a Corrupção trata do enriquecimento ilícito do agente público (evolução desproporcional entre patrimônio e renda) da seguinte maneira:

Artigo IX:

Enriquecimento ilícito

Sem prejuízo de sua Constituição e dos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, os Estados Partes que ainda não o tenham feito adotarão as medidas necessárias para tipificar como delito em sua legislação o aumento do patrimônio de um funcionário público que exceda de modo significativo sua renda legítima durante o exercício de suas funções e que não possa justificar razoavelmente.

Entre os Estados Partes que tenham tipificado o delito de enriquecimento ilícito, este será considerado um ato de corrupção para os propósitos desta Convenção.

O Estado Parte que não tenha tipificado o enriquecimento ilícito prestará a assistência e cooperação previstas nesta Convenção relativamente a este delito, na medida em que o permitirem as suas leis.

Nota-se que pelo texto da convenção, o aumento do patrimônio de um funcionário público que exceda de modo significativo sua renda legítima durante o exercício de suas funções e que não possa justificar razoavelmente deverá ser tipificado como crime e como ato de corrupção.

O texto da convenção é expresso em consignar que cabe ao funcionário público “justificar razoavelmente” seu patrimônio, quando este exceder de modo significativo sua renda legítima durante o exercício de suas funções.

Esta obrigação do agente público de justificar seu patrimônio, conforme o texto da convenção, não ofende a Constituição e nem os princípios fundamentais do ordenamento jurídico do País signatário.

Segundo Moraes (2008, p. 692):

As normas previstas nos atos, tratados, convenções ou pactos internacionais devidamente aprovadas pelo Poder Legislativo e promulgadas pelo Presidente da República, inclusive quando preveem normas sobre direitos fundamentais, ingressam no ordenamento jurídico como atos normativos infraconstitucionais [...].

Portanto, podemos concluir que, segundo a Convenção Interamericana contra a Corrupção, incorporada ao nosso ordenamento jurídico infraconstitucional com status de lei, é considerado ato de corrupção “o aumento do patrimônio de um funcionário público que exceda de modo significativo sua renda legítima durante o exercício de suas funções e que não possa justificar razoavelmente”.

O texto da Convenção Interamericana contra a Corrupção apenas corrobora o ato de improbidade administrativa tipificado no artigo 9º, VII, da Lei 8.429/1992, explicitando que cabe ao funcionário público “justificar razoavelmente” o aumento patrimonial desproporcional à sua renda.

Sob este viés, poderíamos afirmar que existe previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro que estabelece a inversão do ônus da prova, ao estatuir que cabe ao funcionário público justificar razoavelmente seu patrimônio.

Encontra-se em sintonia, também, com a obrigação do agente público de indicar a origem dos recursos incorporados ao seu patrimônio, prevista no art. 2º, § 5º, da Lei n. 8.730/1993.

## Conclusão

Por força de lei (artigo 13 da Lei n. 8.429/1992), o agente público, no ato de sua posse, é obrigado a apresentar declaração de todos os bens e valores que compõem o seu patrimônio privado. Deve, ainda, atualizar anualmente a referida

declaração de bens e valores, obrigação que perdurará até o momento em que se desligar do serviço público. É dever legal do agente público (art. 2º, § 5º, da Lei n. 8.730/1993) indicar a origem dos recursos que foram incorporados ao seu patrimônio privado. Finalmente, cabe ao agente público (Decreto n. 4.410/2002) justificar razoavelmente o aumento do seu patrimônio que exceda de modo significativo sua renda legítima durante o exercício de suas funções.

Evidenciado o descompasso entre a evolução patrimonial e os rendimentos percebidos pelo agente público, este poderá ser responsabilizado pela prática de ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito, conforme redação do artigo 9º, inciso VII, da Lei de Improbidade Administrativa.

O artigo 9º, inciso VII, da Lei referida trata de um tipo residual de enriquecimento ilícito, que independe de individualização de um ato de improbidade específico, bastando a prova de seus efeitos no patrimônio do agente público, qual seja, o enriquecimento desproporcional à sua renda.

Para a lei, basta que o agente público adquira, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do seu patrimônio ou renda. O ato de improbidade antecedente é legalmente presumido, presunção esta que é relativa, e pode ser afastada pela demonstração da origem lícita do patrimônio do agente público.

A possibilidade de afastar a presunção relativa, mediante a demonstração da origem lícita do patrimônio, está em consonância com os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal, pois o agente público terá todos os instrumentos processuais disponíveis para comprovar que seu patrimônio foi adquirido honestamente.

## Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Planalto. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 07 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 4410, de 7 de outubro de 2002**. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o

art. XI, parágrafo 1º, inciso "c". Brasília: Planalto. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4410a.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410a.htm)>. Acesso em: 07 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Brasília: Planalto. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm)>. Acesso em: 07 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Brasília. Planalto. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8.429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8.429.htm)>. Acesso em: 07 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8730, de 10 de novembro de 1993.** Estabelece a obrigatoriedade da declaração de bens e rendas para o exercício de cargos, empregos e funções nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, e dá outras providências. Brasília: Planalto. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8730.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8730.htm)>. Acesso em: 07 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 144.** Associação dos Magistrados Brasileiros e Tribunal Superior Eleitoral. Relator Min. Celso de Mello. Brasília: DJe-035, 26 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28144%2ENUME%2E+OU+144%2EACMS%2E%29&base=baseAcor daos>>. Acesso em: 07 nov. 2013.

CUNHA Jr., D. **Curso de direito constitucional.** 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

DINAMARCO, C. R. **Instituições de direito processual civil – Volume III.** 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

FAZZIO Jr., W. **Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência.** São Paulo: Atlas, 2012.

GARCIA, E.; ALVES, R. P. **Improbidade administrativa.** 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

MARTINS Jr, Wallace. P. **Probidade administrativa.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MORAES, A. **Direito constitucional.** 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

OLIVEIRA, Suzana F. S. "A evolução patrimonial do agente público em desproporcionalidade aos seus rendimentos: uma presunção de enriquecimento ilícito – exegese do inciso VII do art. 9º da Lei 8.429/1992. In: DOBROWOLSKI, S. C. (Coord). **Questões práticas sobre improbidade administrativa**. Brasília-DF: ESMPU, 2011.

PAZZAGLINI FILHO, M. **Lei de improbidade administrativa comentada**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

Esta revista foi composta na tipologia Times New Roman 12/15 para o texto e CG Ômega 20/22 para os títulos, foi impressa no papel AP 75g/m<sup>2</sup> para o miolo e Cartão Triplex 250g/m<sup>2</sup> para a capa.





## REALIZAÇÃO



CENTRO DE  
ESTUDOS E  
APERFEIÇOAMENTO  
FUNCIONAL

ISSN 1984-168X



9 771964 168000