



# XIV

CONGRESSO ESTADUAL DO  
MINISTÉRIO PÚBLICO  
DE MINAS GERAIS

---

CAMINHOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO  
E AS FRONTEIRAS DA INOVAÇÃO

---



# TESES

AGOSTO / 2022

---

# XIV CONGRESSO ESTADUAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS

---

## Caminhos do Ministério Público e as fronteiras da inovação

---

04 a 05 de agosto de 2022

**Larissa Rodrigues Amaral**

*Presidente da AMMP*

AMMP-MG  
BELO HORIZONTE  
2022

---

---

**Teses aprovadas na plenária do**

**XIV CONGRESSO ESTADUAL**

**DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

**DE MINAS GERAIS**

---

---

## SUMÁRIO

- 1 - A Lei Maria da Penha e o diálogo convencional como forma de ampliação da proteção à mulher vítima de violência baseada no gênero, **6**
    - ALDERICO DE CARVALHO JUNIOR
  - 2 - Quando a tradição fere a vida: a fronteira entre patrimônio cultural e direito animal, **13**
    - ANELISA CARDOSO RIBEIRO
    - GISELLE RIBEIRO DE OLIVEIRA
    - CLARICE GOMES MAROTTA
  - 3 - O combate a Leishmaniose visceral no Brasil e o princípio constitucional da dignidade dos animais, **26**
    - ANELISA CARDOSO RIBEIRO
    - MONIQUE MOSCA GONÇALVES
  - 4 - A inconstitucionalidade dos julgamentos pelas turmas recursais sem fundamentação, **42**
    - CALIXTO OLIVEIRA SOUZA
  - 5 - A legitimidade do Ministério Público para promover a execução coletiva de sentença coletiva genérica em prol das vítimas lesadas, **48**

DAVI REIS SALLES BUENO PIRAJÁ
  - 6 - Inexigibilidade do adiantamento de honorários periciais pelo Ministério Público, **51**
    - DAVI REIS SALLES BUENO PIRAJÁ
    - MARIA CAROLINA SILVEIRA BERALDO
  - 7 - Perda e restabelecimento do poder familiar por Ato Judicial: Procedimento não Contencioso, **55**
    - EPAMINONDAS DA COSTA
  - 8 - Unificação de medidas socioeducativas à luz do Art. 45 da Lei do Sinase e do Art. 11 da Resolução CNJ n.º 165/2012. A guia unificadora, **64**
    - EPAMINONDAS DA COSTA
  - 9 - A prisão como efeito da condenação pelo júri popular e o Princípio da Presunção de Inocência, **74**
    - GIOVANI AVELAR VIEIRA
  - 10 - Mineração *versus* espaços especialmente protegidos: atuação estratégica do Ministério Público para prevenção de ameaças a Unidades de Conservação e Sítios Tombados, **83**
    - GISELLE RIBEIRO DE OLIVEIRA
  - 11 - “A decretação de indisponibilidade de bens por meio da Central Nacional de Indisponibilidade de Bens - CNIB, a fim de garantir a satisfação do crédito e efetividade à tutela jurisdicional”, **89**
    - GUILHERME DE SÁ MENEGHIN
  - 12 - “O emprego de arma branca justifica o aumento de Pena-Base para o crime de roubo praticado até o advento da Lei Nº 13.964/2019”, **95**
    - GUILHERME DE SÁ MENEGHIN
-

- 13 - ACUMULAÇÃO DE ANIMAIS: A atuação resolutiva do Ministério Público com foco na mudança da realidade da pessoa, dos animais e do meio ambiente, **101**
- LUCIANA IMACULADA DE PAULA
  - CLARICE GOMES MAROTTA
- 14 - Apreensão, reabilitação e destinação de animais silvestres vítimas de crimes, **110**
- LUCIANA IMACULADA DE PAULA
  - CLARICE GOMES MAROTTA
- 15 - A atenção primária como prioridade institucional para a atuação do Ministério Público em defesa da saúde, **120**
- LUCIANO MOREIRA DE OLIVEIRA
- 16 - Do reconhecimento judicial de filiação socioafetiva e registro dos filhos havidos por inseminação artificial caseira, **130**
- MARCELO AUGUSTO RODRIGUES MENDES
- 17 - Serviços e políticas públicas ineficientes: Reflexões sobre o controle dos atos administrativos planejadores pelo Ministério Público, **135**
- MARCOS PEREIRA ANJO COUTINHO
- 18 - Interface entre o bem-estar animal e o direito à informação do consumidor no mercado de consumo, **140**
- MONIQUE MOSCA GONÇALVES
  - MARCELA NUNES DE OLIVEIRA
- 19 - O “Teste de Miller” como vetor de segurança jurídica à constitucionalidade do predicado de valor “obsceno”, **149**
- PAULO ROBERTO SANTOS ROMERO
- 20 - Reflexões sobre a lavagem de dinheiro operada pela macrocriminalidade corporativa ligada a prática do crime de omissão de recolhimento, **159**
- WILLIAM GARCIA PINTO COELHO
  - RODRIGO ANTONIO RIBEIRO STORINO
- 21 - Qual o papel do acordante de acordo de não persecução penal na persecução penal dos demais coautores e partícipes?, **170**
- THIAGO FERRAZ DE OLIVEIRA
  - MARCUS VINÍCIUS RIBEIRO CUNHA

## A Lei Maria da Penha e o diálogo convencional como forma de ampliação da proteção à mulher vítima de violência baseada no gênero

ALDERICO DE CARVALHO JUNIOR<sup>1</sup>

*Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais*

### RESUMO

A cultura patriarcal da sociedade brasileira é fundamento perpetuador da violência baseada no gênero, sendo impossível ao legislador definir aprioristicamente todos os *loci* em que a violência contra a mulher possa ocorrer. Diante de um mundo multifacetário, as situações de violência contra a mulher baseada no gênero são bem mais amplas que aquelas expressamente previstas no artigo 5º da Lei Maria da Penha e, portanto, é imperioso que se conceba o rol ali previsto como meramente exemplificativo. Isso em conformidade com o mandamento interpretativo previsto no artigo 4º da Lei 11.340/06, que impõe ao aplicador levar em conta os fins sociais a que se destina o diploma legal e a situação de vulnerabilidade da mulher vítima de violência. Nesse sentido, é possível estabelecer um controle de convencionalidade da Lei Maria da Penha, permitindo o diálogo entre ela e a Convenção de Belém do Pará a fim de maximizar o âmbito de proteção à mulher vítima de violência baseada no gênero.

### 01 - INTRODUÇÃO

O *caput* do artigo 5º da Lei Maria da Penha diz que constitui violência doméstica e familiar contra a mulher “*qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial*”, em conceituação capaz de abranger todas as formas de violência baseada no gênero. Entretanto, sob o argumento de que a violência contra a mulher baseada no gênero não se encontra abrangida pela Lei Maria da Penha, não raras vezes se frustram as legítimas expectativas das ofendidas em se verem protegidas pelas instituições.

Os problemas interpretativos não estão no *caput* do artigo 5º, mas começam em seus incisos que, em uma interpretação restritiva, exigiriam que a violência tenha ocorrido no âmbito doméstico, familiar ou de relações íntimas de afeto. Sucede que a própria Lei Maria da Penha possui mandamento interpretativo que privilegia a maximização da proteção à mulher (artigo 4º), além disso possui norma que encerra com fórmula casuística as modalidades de violência contra a mulher (artigo 7º) e, por fim, normas que remetem aos tratados internacionais de direitos humanos (artigos 1º e 6º), tudo isso a permitir um grau interpretativo mais sofisticado que a mera exclusão de determinadas ofendidas do âmbito de proteção da Lei.

---

<sup>1</sup> Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais. Coordenador da Unidade de Delitos contra a Pessoa, contra a Dignidade Sexual e Violência contra a Mulher, da Procuradoria de Justiça com atuação nos Tribunais Superiores do MPMG. Coordenador pelo MPMG do Eixo Criminal do Grupo de Atuação Estratégica junto aos Tribunais Superiores dos Ministérios Públicos do Sudeste. Membro do Eixo Unidade do Grupo de Atuação Estratégica dos Ministérios Públicos do Sudeste. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG e Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUCMINAS.

---

## 02 - DO MOVIMENTO INTERNACIONAL À LEI MARIA DA PENHA

O combate a todas as formas de violência contra a mulher deve ser avaliado dentro de sua historicidade. Nesse contexto, não podemos cerrar os olhos para os efeitos do patriarcado na normalização da violência contra a mulher nos mais variados âmbitos de relacionamento humano, e não apenas nos espaços mais estritos como o doméstico, familiar e de relações íntimas de afeto.

Foi também essa cultura que propagandeia, às vezes de maneira explícita outras nem tanto, a inferiorização dos direitos da mulher, um dos motes para o movimento de reação que, no âmbito internacional, culminou na Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979 (CEDAW) e, mais tarde, em 1993, na Declaração de Viena, na qual se elencou as diversas formas de violência contra a mulher. No mesmo sentido, caminhando para a efetiva proteção das mulheres, a Organização dos Estados Americanos (OEA) editou a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, também conhecida como “Convenção de Belém do Pará”, aprovada em 1994 e ratificada pelo Brasil em 1995, sendo incorporada ao ordenamento jurídico interno por meio do Decreto Nº 1.973, de 1º de agosto de 1996.

Apesar de todo o movimento internacional de luta, foi necessário a Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH reconhecer “*um padrão geral de negligência e falta de efetividade do Estado para processar e condenar os agressores*”<sup>2</sup>, para que o Brasil criasse, por meio da Lei 11.340/2006, mecanismos capazes de coibir a violência contra a mulher.

A Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, simplificou e ampliou o acesso das mulheres vítimas de violência à justiça, possibilitando que a ofendida formulasse diretamente requerimento para aplicação de medidas protetivas que, muito mais que simplesmente restringir direitos do agressor, têm por objetivo maximizar o âmbito de proteção à mulher contra todas as formas de violência baseada no gênero.

## 03 - A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER É RESTRITA AOS ÂMBITOS DOMÉSTICO, FAMILIAR E DE RELAÇÕES ÍNTIMAS DE AFETO?

Na interpretação sobre o âmbito de aplicabilidade da Lei Maria da Penha, o Superior Tribunal de Justiça, atento à sua missão constitucional de uniformizar a interpretação da legislação federal, editou a Súmula de nº. 600<sup>3</sup>, afastando a exigência de coabitação para incidência das normas protetivas ali previstas. Apesar de ser um passo à frente, por interpretar a lei à luz dos fins sociais a que ela se destina, trata-se de avanço tímido, pois a Convenção de Belém do Pará, tratado de direitos humanos do qual o Brasil é signatário, é bem mais amplo.

Portanto, se de um lado o Superior Tribunal de Justiça entende ser desnecessária a coabitação para incidência da Lei Maria da Penha, entendimento fixado por meio de discussão qualificada que culminou na edição da Súmula 600, de outro restringe a aplicação da Lei àquelas hipóteses expressamente consignadas em seu artigo 5º, quais sejam, violência praticada no âmbito doméstico, familiar ou de relações íntimas de afeto<sup>4</sup>. Todavia, em um mundo multifacetário, necessário compreender que é impossível ao legislador definir aprioristicamente, quando da elaboração do texto normativo, todas as hipóteses de violência contra a mulher baseada no gênero, motivo pelo qual se limitou a enumerar os *loci* em que ela se dá de maneira mais frequente (doméstico, familiar e nas relações íntimas de afeto – artigo 5º).

Nesse sentido, a única interpretação possível é que o artigo 5º da Lei Maria da Penha traz um rol meramente exemplificativo, isso em conformidade com o mandamento interpretativo previsto em seu artigo 4º (*na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar*), na fórmula casuística de seu artigo 7º (*são formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras*) e nas normas de remissão à legislação internacio-

---

<sup>2</sup> RELATÓRIO Nº 54/01 da CIDH, Caso 12.051 - Peticionária Maria da Penha Fernandes. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em 06 de julho de 2022.

<sup>3</sup> “Para a configuração da violência doméstica e familiar prevista no artigo 5º da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) não se exige a coabitação entre autor e vítima”.

<sup>4</sup> HC n. 500.627/DF, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 6/8/2019, DJe de 13/8/2019; HC n. 413.357/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 22/5/2018, DJe de 30/5/2018; AgRg no RHC n. 74.107/SP, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 15/9/2016, DJe de 26/9/2016; RHC n. 43.927/RS, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 28/4/2015, DJe de 7/5/2015.

---

nal previstas em seu artigos 1º e 6º (mecanismos para prevenir e coibir a violência contra a mulher nos termos da Convenção de Belém do Pará e de outros tratados).

No âmbito dos estudos especializados Lia Zanotta sustenta que a “*violência de gênero não se restringe a um determinado foco ou tipo de conflito*”, e nos coloca a pensar:

“O principal ponto é que a vulnerabilidade alcança em princípio, a todo o gênero feminino, em qualquer e diversa situação social e econômica e em qualquer contexto, dada a ancestral legitimidade do poder pátrio masculino”

(MACHADO, Lia Zanotta. Violência baseada no gênero e a Lei Maria da Penha. In: BARBOSA, Theresa Karina de Figueiredo (Org.). A mulher e a justiça: a violência doméstica sob a ótica dos direitos humanos, Brasília: AMAGIS-DF, 2016. p. 163-174)

Não sem razão, ainda, o Congresso Nacional fez editar a Lei 14.132/2021, que inseriu o artigo 147-A no Código Penal, tipificando o crime de “perseguição”, crime este majorado quando a perseguição é contra a mulher por razões do sexo feminino. Durante as deliberações no processo legislativo, o Senador Rodrigo Cunha adjetivou a prática de “perseguição” como violência de gênero, advertindo que “*é preciso reprimir a violência contra a mulher em sua escala inaugural, quando iniciada a perseguição*”<sup>5</sup>.

Entretanto, é possível pensar que a conduta do perseguidor baseada em violência de gênero contra uma mulher não se enquadre naquelas hipóteses do artigo 5º da Lei Maria da Penha que, à luz da jurisprudência, seriam taxativas. Vejamos, por exemplo, o célebre caso da apresentadora Ana Hickman, que era perseguida por um fã, ou seja, por uma pessoa com quem não possuía vínculo doméstico, familiar ou íntimo de afeto. Será que o intuito da Lei Maria da Penha realmente foi retirar do âmbito de sua proteção mulheres vítimas de violência baseada no gênero que não estejam nas situações consignadas em seu artigo 5º?

Ainda no âmbito legislativo, a tipificação do feminicídio, quase uma década depois da Lei 11.340, de 2006, se alinha aos tratados internacionais de Direitos Humanos do qual o Brasil é signatário, e evidencia que o **feminicídio** pode se realizar tanto quando o crime envolve **violência doméstica e familiar** quanto quando envolve situação de **menosprezo ou discriminação à condição de mulher** (artigo 121, §2º-A. I e II do CP). Portanto, veja que limitar a aplicação das medidas protetivas às situações expressamente consignadas no artigo 5º da Lei 11.340, de 2006 é uma esquizofrenia sistêmica, pois pressupõe que o pior aconteça (feminicídio), para que o Estado venha a atuar para “proteger” a mulher em situação de vulnerabilidade em razão do gênero, mas que se encontre fora das hipóteses do artigo 5º.

## 04 - O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Uma interpretação restritiva do âmbito protetivo da Lei Maria da Penha não resiste, a nosso sentir, a uma interpretação sistêmica com recorte na legislação interna, tampouco ao controle de convencionalidade.

Assim, a Lei Maria da Penha, mais especificamente seu artigo 5º, deve também passar pelo filtro do controle de convencionalidade, para permitir que os mecanismos de proteção ali previstos incidam em favor de todas as mulheres vítimas de violência baseada no gênero, e não apenas aquelas agredidas nos âmbitos doméstico, familiar e íntimo de afeto. O controle de convencionalidade não é um capricho, mas uma imposição ao membro do Ministério Público como defensor do “*ordenamento jurídico de proteção*”<sup>6</sup>, o que se alinha ao seu perfil constitucional de defensor dos direitos humanos. Outra não é a incumbência dada ao Poder Judiciário, para quem o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação nº 123/2022, recomendando aos órgãos do Poder Judi-

---

<sup>5</sup> Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2021/05/lei-que-criminaliza-a-perseguiçao-deve-prevenir-formas-mais-graves-de-violencia-contra-a-mulher>. Acesso em 07 de julho de 2022.

<sup>6</sup> “Com esse novo registro de nascimento, o Ministério Público se aproximou da sociedade, passando a ser o seu legítimo defensor. O seu amplo rol de atribuições passou a ir muito além do exercício da titularidade da ação penal, para englobar a tutela, judicial e extrajudicial, dos direitos humanos e fundamentais, em face de arbítrios do poder público e de particulares, à luz do ‘ordenamento jurídico de proteção’”. KLUGE, Cesar Henrique. A atuação do Ministério Público no âmbito do sistema internacional de direitos humanos: perspectiva nacional e internacional. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2021. P.175. No mesmo sentido: “[...] no conceito de ‘ordem jurídica’ também se incluem as normas exteriores (ratificadas e internalizadas) que regulam as relações do Estado com os cidadãos relativas a direitos humanos”. MAZZUOLI, Valério. Controle de constitucionalidade pelo Ministério Público / Valério de Oliveira Mazzuoli, Marcelle Rodrigues da Costa e Faria, Kledson Dionysio de Oliveira – 2ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. P. 17.

---

ciário “a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), bem como a necessidade de controle de convencionalidade das leis internas”.

Sobre o controle de convencionalidade aqui proposto, já decidiu o Supremo Tribunal Federal que não se pode usar da legislação infraconstitucional para tentar se esquivar do cumprimento das obrigações assumidas por meio de tratados internacionais. Nesse sentido o voto do Ministro Gilmar Mendes no recurso Extraordinário 466.343-1/SP:

“[...] Tanto quanto possível, o Estado Constitucional Cooperativo demanda a **manutenção da boa-fé e da segurança dos compromissos internacionais, ainda que em face da legislação infraconstitucional, pois seu descumprimento coloca em risco os benefícios de cooperação cuidadosamente articulada no cenário internacional.**

Importante deixar claro, também, que a tese da legalidade ordinária, na medida em que permite às entidades federativas internas do Estado brasileiro o **descumprimento unilateral de acordo internacional, vai de encontro aos princípios internacionais fixados pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**, de 1969, a qual, em seu art. 27, determina que **nenhum Estado pactuante “pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.**

Ainda que a mencionada convenção ainda não tenha sido ratificada pelo Brasil, é inegável que ela codificou princípios exigidos como costume internacional, como decidiu a Corte Internacional de Justiça no caso Namíbia [Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namíbia (South West África) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), First Advisory Opinion, ICJ Reports 1971, p. 16, §§ 94-95]. [...]

Portanto, parece evidente que a **possibilidade de afastar a aplicação de normas internacionais por meio de legislação ordinária** (treaty override), inclusive no âmbito estadual e municipal, **está defasada com relação às exigências de cooperação, boa-fé e estabilidade do atual cenário internacional** e, sem sombra de dúvidas, precisa ser revista por essa Corte.

[...]

**O texto constitucional admite a preponderância das normas internacionais sobre normas infraconstitucionais** e claramente remete o intérprete para realidades normativas diferenciadas em face da concepção tradicional do direito internacional público. Refiro-me aos arts. 4º, parágrafo único, e 5º, parágrafos 2º, 3º e 4º, da Constituição Federal, que sinalizam para uma maior abertura constitucional ao direito internacional e, na visão de alguns, ao direito supranacional Além desses dispositivos, o entendimento de predomínio dos tratados internacionais em nenhum aspecto conflita com os arts. 2º, 5º, II e § 2º, 49, I, 84, VIII, da Constituição Federal. [...]” (STF – RE: 466343, SP, RELATOR: Min. CEZAR PELUSO, Data de julgamento: 03/12/2008, Tribunal Pleno, Data de publicação: DJe 104 Divulg 04/06/2009. Publicação: 05/06/2009)

A legislação interna, portanto, deve dialogar com os tratados internacionais de direitos humanos do qual o Brasil seja signatário, sobretudo quando se pretende potencializar o âmbito de direitos e garantias fundamentais. Tanto é assim que o **artigo 5º, §2º da Constituição da República, prevê que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.**

O Supremo Tribunal Federal, inclusive, já definiu os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos teriam força normativa supralegal, de acordo com o ministro Cezar Peluso, relator do RE 466.343:

“Em conclusão, entendo que, desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais

---

base legal para prisão civil do depositário infiel, **pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão.** Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). (Tribunal Pleno- Relator(a): Min. CEZAR PELUSO- Julgamento: 03/12/2008-Publicação: 05/06/2009)

Assim, considerando o *status* supralegal da “Convenção de Belém do Pará”, o que permite concluir que ela compõe o Bloco de Constitucionalidade do direito interno por se tratar de Tratado Internacional que versa sobre direitos humanos, não há dúvidas que na aplicação da Lei Maria da Penha, para além de uma interpretação binária de hierarquia entre textos normativos, deve o intérprete se render ao diálogo das fontes para chegar à compreensão que o âmbito de aplicação da Lei é aquele que maximiza a proteção da mulher vítima de violência baseada no gênero.

**E, no ponto, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, logo em seu início, trata das definições de violência de gênero/violência contra a mulher:**

#### Artigo 1

Para os efeitos desta Convenção, **entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero**, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, **tanto na esfera pública como na esfera privada.**

#### Artigo 2

Entende-se que a violência contra a mulher abrange a violência física, sexual e psicológica.

a) ocorrida no âmbito da família ou unidade doméstica ou em qualquer relação interpessoal, quer o agressor compartilhe, tenha compartilhado ou não a sua residência, incluindo-se, entre outras turmas, o estupro, maus-tratos e abuso sexual;

**b) ocorrida na comunidade e cometida por qualquer pessoa, incluindo, entre outras formas, o estupro, abuso sexual, tortura, tráfico de mulheres, prostituição forçada, sequestro e assédio sexual no local de trabalho, bem como em instituições educacionais, serviços de saúde ou qualquer outro local; e**

c) perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra.

Dispõe a Convenção de Belém do Pará, ainda, que:

#### Artigo 7

Os Estados Partes **condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em:**

a) abster-se de qualquer ato ou prática de violência contra a mulher e velar para que as autoridades, seus funcionários e pessoal, bem como agentes e instituições públicos ajam de conformidade com essa obrigação;

**b) agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher;**

c) incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natu-

---

reza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis;

**d) adotar medidas jurídicas que exijam do agressor que se abstenha de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher ou de fazer uso de qualquer método que danifique ou ponha em perigo sua vida ou integridade ou danifique sua propriedade;**

**e) tomar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher;**

f) estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher sujeitada a violência, inclusive, entre outros, medidas de proteção, juízo oportuno e efetivo acesso a tais processos;

[...]

Artigo 13

Nenhuma das disposições desta Convenção poderá ser interpretada no sentido de restringir ou limitar a legislação interna dos Estados Partes que ofereçam proteções e garantias iguais ou maiores para os direitos da mulher, bem como salvaguardas para prevenir e erradicar a violência contra a mulher.

Portanto, considerando que a “Convenção de Belém do Pará” é norma orientadora da criação da Lei Maria da Penha e, ainda, se trata de Tratado Internacional de Direitos Humanos ratificado e internalizado pelo Brasil, é evidente que não se pode utilizar a norma legal interna para restringir o alcance de direitos fundamentais assumidos pelo Brasil em tratados internacionais de Direitos Humanos, sejam eles com caráter supralegal ou incorporados na forma do artigo 5º, § 3º da CR.

## 05 - CONCLUSÃO

Ao harmonizar, sem autoexclusão, o artigo 5º da Lei Maria da Penha aos artigos 1, 2, 7 e 13 da Convenção de Belém do Pará, a solução que maximiza a proteção à mulher é aquela que identifica os *loci* previstos nos incisos do artigo 5º como meramente exemplificativos, sem prejuízo de aplicação da Lei Maria da Penha e dos mecanismos protetivos ali previstos em outros âmbitos de violência contra a mulher baseada para além dos ambientes doméstico, familiar e de relações íntimas de afeto.

As normas que versam sobre direitos humanos devem ser interpretadas de forma a alcançar a máxima eficácia, para atingir a mais ampla a proteção jurídica à pessoa. E, dessa forma, deve-se imperioso o diálogo entre a Lei Maria da Penha e a Convenção de Belém do Pará.

Sobre a máxima proteção dos direitos fundamentais assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO .

– Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica.

– O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), **deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma**

---

**de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs.** – Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano. ” (HC 93.280/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Nesse sentido, para buscar uma aplicação substantiva do princípio da isonomia, é necessário encontrar o diálogo das fontes, harmonizando a Convenção de Belém do Pará e a Lei Maria da Penha para efetiva proteção dos direitos fundamentais das mulheres vítimas de violência baseadas no gênero.

## 06 - TESE

***TESE O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DA LEI MARIA DA PENHA IMPÕE SUA APLICABILIDADE A TODAS AS FORMAS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER BASEADA NO GÊNERO, E NÃO APENAS ÀQUELAS PRATICADAS NO ÂMBITO DOMÉSTICO, FAMILIAR OU DE RELAÇÕES ÍNTIMAS DE AFETO.***

## 07 - REFERÊNCIAS

BRASIL, STF – RE: 466343, SP, RELATOR: Min. CEZAR PELUSO, Data de julgamento: 03/12/2008, Tribunal Pleno, Data de publicação: DJe 104 Divulg 04/06/2009. Publicação: 05/06/2009; HC 90450, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/09/2008, DJe-025 DIVULG 05-02-2009 PUBLIC 06-02-2009.

BRASIL, STJ – HC n. 500.627/DF, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 6/8/2019, DJe de 13/8/2019; HC n. 413.357/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 22/5/2018, DJe de 30/5/2018; AgRg no RHC n. 74.107/SP, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 15/9/2016, DJe de 26/9/2016; RHC n. 43.927/RS, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 28/4/2015, DJe de 7/5/2015

CIDH - RELATÓRIO N° 54/01, Caso 12.051 - Peticionária Maria da Penha Fernandes. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em 06 de julho de 2022.

KLUGE, Cesar Henrique. A atuação do Ministério Público no âmbito do sistema internacional de direitos humanos: perspectiva nacional e internacional. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

**MACHADO, Lia Zanotta. Violência baseada no gênero e a Lei Maria da Penha. In: BARBOSA, Theresa Karina de Figueiredo (Org.). A mulher e a justiça: a violência doméstica sob a ótica dos direitos humanos, Brasília: AMAGIS-DF, 2016.**

MAZZUOLI, Valério. Controle de constitucionalidade pelo Ministério Público / Valério de Oliveira Mazzuoli, Marcelle Rodrigues da Costa e Faria, Kledson Dionysio de Oliveira – 2ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

## Quando a tradição fere a vida: a fronteira entre patrimônio cultural e direito animal

**ANELISA CARDOSO RIBEIRO**

**GISELLE RIBEIRO DE OLIVEIRA**

*Promotoras de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais*

**CLARICE GOMES MAROTTA**

*Analista do Ministério Público de Minas Gerais*

### EXPOSIÇÃO

1. Ao longo dos anos e das transformações sociais, muitas tradições comumente aceitas se tornaram inconciliáveis com a evolução do pensamento, da ética e da ciência, sendo, pois, modificadas. Como exemplos de tradições superadas, podemos citar o costume das famílias francesas, no princípio do século XX, de fornecer vinho para as crianças durante suas refeições (WEHRUNG, 2017); a escravidão de humanos, praticada oficialmente por milênios em diversas nações e apenas completamente superada na década de 1980, quando abolida em determinado país da África (MARTINS, 2020); o uso marfim in natura como matéria prima de manufatura de objetos de luxo na Europa e também de objetos devocionais esculpidos na Índia, na China, nas Filipinas e nas Américas (SANTOS et al, 2018); o uso de mercúrio na exploração mineral de ouro.

Atualmente existem outros tantos modos de viver e fazer, praticados ou tolerados pela sociedade, que trazem desconforto a grupos sociais e prejuízos ao meio ambiente, e por isso têm sido repensados: é o caso do uso de animais de tração em atividades profissionais.

O assunto é polêmico pois, se por um lado, envolve o modo de vida e atividade econômica de um grupo socialmente fragilizado e hipossuficiente, por outro, traz à tona a questão do progresso na proteção animal no direito nacional e internacional, tendo em vista a comprovação científica da senciência desses seres vivos, fato que certamente condiciona as condutas humanas. De um lado, entidades protetoras de animais alegam maus-tratos e escravização no trabalho de carga, de outro, representantes dos carroceiros dizem se tratar de casos isolados e que o trabalho com carroças é uma tradição cultural e familiar, que passa por gerações.

Esse conflito ficou ainda mais acirrado ante a proibição do uso de carroças conduzidas por animais de tração nos centros urbanos em várias cidades do país, dentre elas Belo Horizonte, cujo Poder Executivo sancionou no ano de 2021 a Lei Municipal n.º 11.285, que prevê o fim da atividade num prazo de 10 anos, para garantir uma transição responsável junto dos carroceiros. Em movimento contrário, alguns estudiosos vêm buscando subsídios e argumentos para tentar salvaguardar ofício de carroceiro e carroceira e da carroça como tecnologia de trabalho do carroceiro, incluindo-os como patrimônio imaterial; essa foi também a tese defendida em parecer técnico, datado de 19 de janeiro de 2021, em Belo Horizonte.

No intuito de elucidar um pouco sobre a temática em discussão, faremos uma breve incursão sobre o desenvolvimento da proteção do patrimônio cultural imaterial, bem como sobre a evolução do pensamento filosó-

---

fico, ético e científico sobre a capacidade de sentir dos animais, para, ao final, concluir sobre a possibilidade ou não de proteção do modo de vida ligado à atividade econômica que envolve tração animal.

2. Nem sempre a história, memória ou ação de todos os grupos sociais encontra-se materializada em objetos inertes. Existem práticas, representações, artes, tradições, expressões, conhecimentos e competências que as comunidades reconhecem como parte do seu patrimônio cultural e que não se materializam ou são representáveis exclusivamente pelos objetos, artefatos e espaços sociais a eles associados. Trata-se justamente do patrimônio imaterial, que é reconhecido e protegido por diversas Cartas Patrimoniais e pela legislação nacional brasileira.

Um dos primeiros diplomas internacionais a tratar sobre patrimônio imaterial foi a Declaração do México (1982), que promoveu revisão do termo “patrimônio cultural”, incluindo as obras intangíveis. Produto da Conferência Mundial sobre as Políticas Culturais do ICOMOS - Conselho Internacional de Monumentos e Sítios - a carta patrimonial explicita que a cultura não é um sistema cognitivamente fechado ou estanque; ao contrário, a identidade cultural de um povo se recria em razão das mudanças sociais e do contato com outras culturas e valores (UNESCO, 1982).

Em 1989, a Conferência Geral da UNESCO aprova a *Recomendação sobre Salvaguarda da Cultura Popular e Tradicional* (UNESCO, 1989), que sugere medidas para a cultura tradicional e popular: identificação; conservação; salvaguarda; difusão e proteção análoga à concedida a outras produções intelectuais.

Já o *Documento de Nara sobre a Autenticidade* destaca a necessidade de compatibilização entre valores culturais e de respeito a outras comunidades culturais:

6. A diversidade do patrimônio cultural existe no tempo e no espaço, e exige o respeito pelas outras culturas e por todos os aspectos dos seus sistemas de crenças. Nos casos em que os valores culturais parecem estar em conflito, o respeito pela diversidade cultural exige o reconhecimento da legitimidade dos valores culturais de todas as partes (UNESCO 1994).

A seu turno, adotada pela Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura na sua 31ª sessão, a 2 de novembro de 2001, a *Declaração Universal da UNESCO sobre a Diversidade Cultural* explicitou a cogência da elaboração de políticas e estratégias de preservação e valorização do patrimônio cultural e natural, em particular do patrimônio oral e imaterial, como forma de garantia à diversidade cultural. Seu artigo 3º prevê que a diversidade cultural é um fator de desenvolvimento “entendido não apenas em termos de crescimento econômico, mas também como meio de acesso a uma existência intelectual, afetiva, moral e espiritual satisfatória” (UNESCO, 2001). O documento prevê ainda que a cultura é mutável no tempo e no espaço e plural, devendo haver interação e compatibilização entre os modos de viver e fazer, e estabelece a necessidade de interação harmoniosa entre os diversos povos que formam a sociedade:

Artigo 2º – Da diversidade cultural ao pluralismo cultural. Nas nossas sociedades cada vez mais diversificadas, torna-se indispensável garantir a interação harmoniosa e a vontade de viver em conjunto de pessoas e grupos com identidades culturais plurais, variadas e dinâmicas. As políticas que favorecem a inclusão e a participação de todos os cidadãos garantem a coesão social, a vitalidade da sociedade civil e a paz. Definido desta forma, o pluralismo cultural constitui a resposta política à realidade da diversidade cultural. Inseparável de um contexto democrático, o pluralismo cultural é propício aos intercâmbios culturais e ao desenvolvimento das capacidades criadoras que nutrem a vida pública<sup>7</sup>.

O texto prescreve também que a defesa da diversidade cultural deve ter compatibilidade com os direitos humanos.

Lado outro, em 2002, a III Mesa Redonda de Ministros da Cultura da UNESCO - intitulada Herança Cultural Intangível, espelho da diversidade cultural - aprovou a *Declaração de Istambul*, que assinala a importância do patrimônio imaterial na formação da identidade dos indivíduos e da comunidade e estabelece:

---

2. O patrimônio cultural imaterial constitui um conjunto vivo e em perpétua recriação de práticas, saberes e representações que permite aos indivíduos e às comunidades, em todos os níveis da sociedade, expressar a maneira de conceber o mundo através de sistemas de valores e referências éticas. (...) (UNESCO, 2002)

Em conclusão, os representantes e participantes da Terceira Mesa Redonda de Ministros da Cultura se comprometem a desenvolver políticas tendentes à salvaguarda, promoção e transmissão do patrimônio cultural imaterial que seja respeitoso com os Direitos Humanos.

A Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) levou todos os aspectos das conferências anteriores e finalmente, em 17 de outubro de 2003, publicou a *Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial* (UNESCO, 2003). Nela, a comunidade internacional reafirma que a herança cultural deve ser salvaguardada para se evitar a perda da diversidade cultural. Para tanto, a Convenção estabelece que compete aos Estados Partes tomar as medidas necessárias à garantia da salvaguarda do patrimônio cultural imaterial presente no seu território. Importante destacar que a Convenção - que foi aprovada pelo Congresso brasileiro (Decreto Legislativo 22/2006) e promulgada pelo Decreto n.º 5.753/2006 - expressamente prevê que as suas disposições devem ser interpretadas de tal maneira que assegure direitos e obrigações dos Estados Partes em virtude de outros instrumentos internacionais relativos à utilização de recursos biológicos e ecológicos dos quais sejam partes.

No cenário nacional, a Carta Magna Brasileira também estabelece o direito das gerações futuras ao meio ambiente – incluindo o cultural - ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, impondo ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo (art. 225 da CR88/). A Constituição da República de 1988 reconhece, em seus artigos 215 e 216, que o patrimônio cultural se compõe tanto de bens de natureza material quanto imaterial, desde que sejam portadores de referência à identidade, à ação, à memória, dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

Nessa toada, foi publicado o Decreto n.º 3.551/2000, que instituiu o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro e criou o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial. Reconhecido o bem como patrimônio imaterial, compete ao ente federativo responsável pelo registro a adoção de todas as medidas para salvaguardar a prática e ainda para promovê-la e difundi-la. A lei prevê também que “a inscrição num dos livros de registro terá sempre como referência a continuidade histórica do bem e sua relevância nacional para a memória, a identidade e a formação da sociedade brasileira” (art. 1º, par. 2º) (BRASIL, 2000).

Verifica-se, pela breve recapitulação histórica e normativa acima, que a evolução dos documentos internacionais e da legislação nacional demonstram a preocupação com a preservação da diversidade cultural, através da salvaguarda do patrimônio imaterial.

É fácil perceber que, em todos os diplomas internacionais, é patente o sentido de responsabilidade intergeracional na manutenção de tradições. O patrimônio imaterial ganha expressão reconhecimento como bem a ser identificado, protegido, salvaguardado.

Outro ponto de interseção entre os documentos acima apontados é o reconhecimento de que o patrimônio cultural imaterial é constantemente recriado pelas comunidades e pelos grupos em resposta à evolução social e à sua interação com o ambiente onde se desenvolve. Ainda, fica clara a necessidade de compatibilização da possibilidade de salvaguarda do patrimônio cultural com outros direitos reconhecidos.

Por fim, é certo que o reconhecimento de uma tradição como patrimônio imaterial importa na assunção da relevância daquele bem para a identidade, memória e formação, sendo um dos fatores de desenvolvimento de uma nação. Assim, reconhece-se como obrigação do Estado o fornecimento de recursos para manutenção e salvaguarda dos bens imateriais culturais.

---

Com essas premissas, enfrenta-se o tema da possibilidade de reconhecimento do modo de vida dos carroceiros como patrimônio cultural imaterial mineiro.

3. Desde os primórdios, animais não-humanos são usados como instrumentos para satisfazer as necessidades e os desejos dos homens (STÖRING, 2016). A datar da Grécia antiga, prevalece a influência do pensamento aristotélico, que desconsidera a figura dos animais como seres vivos, classificando-os como coisas, e entende como perfeitamente natural a subordinação do animal ao homem. Nessa linha, grandes pensadores como Calvino, Santo Tomás de Aquino e o Apóstolo Paulo defendiam que os animais existiam para servir aos homens, não sendo contemplados pela preocupação Divina, e, portanto, poderiam ser livremente explorados.

Na fase moderna, a visão distorcida dos animais como “máquinas” se mantém, tendo como um de seus principais expoentes o filósofo francês René Descartes, que negava aos animais o atributo (de possuir sensações de forma consciente) de sensações e da consciência destas (DESCARTES, 1996). No mesmo sentido encontra-se a visão Kantiana antropocêntrica, segundo a qual os homens não tinham deveres para com os animais, pois estes não possuíam autoconsciência e existiam com a finalidade de servir ao homem (KANT, 2007).

A Revolução Industrial - quando as populações nas grandes cidades passaram a se multiplicar, crescendo a demanda por alimentos, transporte e emprego - contribuiu para a defesa do entendimento de que os bens naturais seriam inesgotáveis e que a exploração desses “recursos” deveria propiciar a manutenção do desenvolvimento humano no planeta. O fato é que até o século XX prevalece a ideia de que os animais não têm dignidade ou outra finalidade além de servir ao homem.

Neste contexto, a utilização dos animais para transporte de bens, mercadorias e pessoas fez parte da construção de várias civilizações, dentre elas a brasileira, mineira e belo horizontina. O começo da história das carroças no Brasil está ligado, sobretudo, a um tempo de desenvolvimento exploratório, junto à prática de mineração sem limites sociais ou ambientais e a (de) agricultura colonial no modelo da monocultura escravista para exportação. Tudo isto fez parte da construção e do desenvolvimento do nosso país. Mesmo as gerações mais jovens têm em sua memória a imagem de carroças, seja por já tê-las visto ao vivo ou pelas imagens antigas de livros ou TV.

Nessa linha, estudo produzido por ALMADA *et al* (2021) pretende o reconhecimento, a salvaguarda e a valorização do ofício de carroceiro e carroceira e da carroça como tecnologia de trabalho do carroceiro em Belo Horizonte, ambos como patrimônio imaterial relacionado à cultura da cidade. Afirma-se que é um saber passado de pais para filhos, cuja genealogia remontaria aos tropeiros e bandeirantes, embora não se tenha encontrado um estudo sistemático que faça essa ligação direta na obra de Almada *et al*. Outro fundamento o manejo com os cavalos e saberes relacionados são parte importante de um conhecimento mais amplo que envolveria saberes de tecnologia construtiva, botânica, além de cultura popular e religiosa. Segundo tais estudos, o ofício do carroceiro envolve a comunicação homem-animale demais aspectos relacionados ao trato dos animais. Ainda, defendem que a tradicionalidade se relaciona não necessariamente ao local onde os carroceiros habitam, mas aos laços de parentesco e amizades que os unem, além de atividades como as catiras, com seus próprios códigos de ética, sendo baseadas na confiança; a participação em cavalgadas realizadas em ocasiões festivas; particularidades nas linguagens, vestimentas etc. Assim, pretende o reconhecimento desses modos de viver e fazer como aspectos distintivos de um grupo social ligado pela unidade de atividade profissional, buscando-se a proteção do Estado para tal atividade contra as ameaças à sua perpetuidade.

4. Acontece que, no decorrer da evolução da humanidade, uma nova ética sobre a forma de se pensar os animais se desenvolveu e ganhou adeptos. De fato, a ciência e o pensamento humano foram evoluindo permitindo a melhor compreensão da natureza desses seres vivos e a percepção de que eles podem experimentar sensações equivalentes às humanas.

Contraopondo-se à ideia antropocêntrica, Voltaire e Jean-Jacques Rousseau apresentaram-se como defensores da capacidade de sentir dos animais. Este último teórico argumentou, em sua obra *Discurso sobre a Origem da Desigualdade*, que os animais devem fazer parte da lei natural porque são seres sensíveis como os humanos (ROUSSEAU, 1754). No mesmo sentido, Schopenhauer defende que a compaixão pelos animais está intimamente ligada à bondade de caráter e que os animais são vistos como nossos companheiros de sofrimento no mundo,

---

merecendo a compaixão de todos (SCHOPENHAUER, 2001). A seu turno, Bentham, um dos grandes expoentes do utilitarismo e defensor da senciência dos animais, pregou que não importaria se os animais não fossem capazes de pensar ou falar, o que realmente importava era a capacidade deles de sofrer (BENTHAM, 1823). Darwin (DARWIN, 2000), ao estudar os bichos, no intuito de desenvolver sua teoria da evolução, constatou que os animais são seres que sentem e que sabem expressar suas emoções. Especificamente no que tange aos equinos, o cientista ressaltou que é perceptível, pelas suas ações, as emoções que estão expressando, como sofrimento intenso ou medo. Ainda no tocante à sensibilidade dos equinos, ressaltou KAARI (2006), por meio de suas observações, que, apesar de ser um animal aparentemente forte, trata-se de um ser frágil, que possui um limiar de dor muito baixo.

Peter Singer, que publicou em 1975 a obra *Libertação Animal*, apresenta as diversas formas de sofrimento que os seres humanos infligem aos animais (SINGER, 2013). Já na obra *Ética Prática*, na esteira do pensamento de Bentham, conclui que a capacidade de sofrimento é a “característica vital que confere, a um ser, o direito à igual consideração” (SINGER, 1998).

Na filosofia contemporânea, cresceu o número de pensadores com ideias semelhantes em defesa dos animais. Podemos citar o americano Tom Regan, que, no ano de 2004, no livro intitulado *Jaulas Vazias*, explica que “trata-se de puro senso comum o reconhecimento de que os animais são criaturas psicológicas complexas, e não menos sujeitos-de-uma-vida do que nós” (REGAN, 2006). Sensível às mudanças de paradigmas vivenciadas pelo mundo em termos ambientais e reconhecendo os animais como seres providos de sensações, o Papa Francisco publicou a Carta Encíclica *Laudato Sí, Sobre o Cuidado da Casa Comum* (FRANCISCO, 2015), na qual conclama as pessoas a cuidarem da natureza e de todos os seres que nela habitam, condenando os maus-tratos aos animais e criticando o antropocentrismo despótico que se estabeleceu na humanidade.

Em razão do desenvolvimento do saber voltado para o reconhecimento da senciência dos animais e da crescente demanda pela proteção de seus direitos, em 2012, as dúvidas sobre a capacidade de sentir e perceber a própria existência pelos animais foram rechaçadas por completo na *Declaração de Cambridge sobre a Consciência Animal*, assinada por 25 cientistas de renome na *Francis Crick Memorial Conference on Consciousness in Human and non-Human Animals*, realizada no Churchill College da Universidade de Cambridge, no Reino Unido. No documento, os especialistas - como neurocientistas cognitivos e neurofisiologistas - reconheceram a existência de circuitos cerebrais similares entre homens, mamíferos e aves, por exemplo, capazes de gerar consciência e sensações, como dor, medo e estresse (CAMBRIDGE, 2012).

A partir dessa constatação científica e dos pensamentos filosóficos descolados do antropocentrismo, muitas foram as frentes que passaram a defender a mudança dos paradigmas e das normas no sentido de se proteger os animais, inclusive contra o trabalho forçado e maus-tratos a ele relacionados.

Ainda no ano de 1978, várias associações nacionais e internacionais de defesa animal, dentre elas a Liga Internacional de Defesa dos Direitos dos Animais, elaboraram a *Declaração Universal dos Direitos dos Animais*, apresentada no dia 27 de janeiro, em Bruxelas, perante a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – Unesco. O art. 1º da Declaração Universal dos Direitos dos Animais estabelece que “todos os animais nascem iguais diante da vida e têm o mesmo direito à existência”, competindo aos seres humanos terem consideração por eles, bem como promover a sua cura e proteção (art.2º, “c”). Estabelece, ainda, o art. 3º da Declaração que “nenhum animal será submetido a maus-tratos e atos cruéis” (ONU, 1978).

Em 1982, a Organização das Nações Unidas, por meio da resolução nº 37/7, proclamada pela Assembleia Geral enuncia que “toda forma de vida é única e merece ser respeitada, qualquer que seja a sua utilidade para o homem, e, com a finalidade de reconhecer aos outros organismos vivos este direito, o homem deve se guiar por um código moral de ação (ONU, 1982).

Estes documentos ganharam força e destaque internacional, estimulando a adoção de uma visão filosófica e ética mais condizente com a capacidade de sentir dos animais para reger suas relações. Influenciaram, ainda, os trabalhos legislativos e jurisprudenciais em defesa dos animais nos Estados.

Como bem ressaltou Störing, “incluir animais na ética significa reconhecer que os homens têm *deveres* morais ante os animais ou mesmo que os animais possuem *direitos* ante os homens” (STÖRING, 2016). E realmente, as informações trazidas pela ciência repercutiram nas normas internacionais e nacionais brasileiras.

No Brasil, a proteção animal também tem sido paulatinamente reconhecida na legislação e jurisprudência. Desde 1934, o Decreto n.º 24.645 já coibia as condutas de maus-tratos aos animais, sendo nítida “a proteção aos

---

animais contra o trabalho excessivo, exagero de carga, uso indevido de apetrechos nas carroças, dentre outros tormentos que comumente lhes eram infligidos” (MOL, 2016). Posteriormente, o Decreto-Lei n.º 3.688, de 1941, constou no rol de contravenções penais os maus-tratos contra animais (art. 64). No ano de 1967, foi publicada a Lei n.º 5.197, conhecida como Lei de Proteção à Fauna, que proibiu a caça, a perseguição e o aprisionamento dos animais silvestres, reafirmada pela Lei Federal n.º 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional de Meio Ambiente.

A Constituição da República de 1988 revolucionou o tratamento jurídico da natureza, uma vez que lhe garantiu a proteção jurídica máxima, a qual é estendida, por razões óbvias, à fauna. O comando constitucional reconheceu a sentiência animal e absorveu os princípios da dignidade animal e da universalidade (ATAIDE JÚNIOR, 2020), conferindo proteção a todos os animais, indistintamente, contra a extinção das espécies e contra a crueldade humana.

De fato, no art. 225, §1º, inciso VI, a Constituição da República de 1988 veda práticas cruéis contra os animais, em dispositivo que visa a defender estes seres de práticas que lhes tragam sofrimentos desnecessários, em reconhecimento à sua capacidade de sofrer. Concebeu, assim, a Constituição da República de 1988, a consideração jurídica e o respeito aos interesses fundamentais dos animais como seres sencientes.

Vale trazer à reflexão, ainda, que a união do princípio da dignidade da pessoa humana (fundamento da República Federativa do Brasil, de acordo com o art. 1º, inciso III, da Constituição da República de 1988 – CR/1988) com o princípio da não discriminação (objetivo da República Federativa do Brasil, de acordo com o art. 3º, inciso IV, da CR/1988, além de direito fundamental, conforme art. 5º, *caput*, da CR/1988), leva à conclusão de que não há justificativa para que apenas os seres humanos tenham a sua dignidade alçada a princípio constitucional, se o que se pretende é a construção de uma sociedade solidária e fraterna.

Se os animais sentem e sofrem como os seres humanos, não teria sentido, dentro de uma perspectiva de justiça e solidariedade, sustentar que não merecem respeito, que é justamente o valor que caracteriza a dignidade. Ressaltamos a lição de Lourenço e Oliveira:

Não resta dúvida que o desejo do legislador constituinte e da própria nação brasileira é de construir uma sociedade livre, justa e solidária, conforme estampado pela própria norma constitucional em seu art. 3º, traduzindo uma visão de cidadania fraternal e solidária. Assim é que o princípio da proteção dos animais contra os atos abusivos ou cruéis constitui decorrência dessa visão de mundo que privilegia a harmonia, a compaixão, a justiça, em detrimento da força, do ódio, da brutalidade (LOURENÇO, 2011).

Destaca-se que os tribunais brasileiros têm se esforçado para implementar a mudança de paradigma consolidada na CR/88. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu, por meio do voto do Relator, Min. Og Fernandes, a condição de sujeito de direito ao animal (BRASIL, 2019). Ainda, em outro julgado, o STJ acolheu o conceito de família multiespécie, ao prever direito de visitas a animal após a dissolução de união estável (BRASIL, 2018). Mas, sem dúvida, o julgado paradigmático no tema é o julgamento da *ADI da “vaquejada”* (BRASIL, 2016), que constitui verdadeira aula de direito animal, fazendo prevalecer a vedação ao sofrimento dos seres sencientes em detrimento de atividade humana de natureza cultural. Com efeito, o Min. Luís Roberto Barroso, em seu voto, defende a autonomia da proteção aos animais em relação à proteção ambiental:

[...] Portanto, a vedação da crueldade contra animais na Constituição Federal deve ser considerada uma norma autônoma, de modo que sua proteção não se dê unicamente em razão de uma função ecológica ou preservacionista, e a fim de que os animais não sejam reduzidos à mera condição de elementos do meio ambiente. Só assim reconheceremos a essa vedação o valor eminentemente moral que o constituinte lhe conferiu ao propô-la em benefício dos animais sencientes. Esse valor moral está na declaração de que o sofrimento animal importa por si só, independentemente do equilíbrio do meio ambiente, da sua função ecológica ou de sua importância para a preservação de sua espécie (BRASIL, 2016).

O destaque à citada manifestação se justifica, pois o reconhecimento da vedação à crueldade como norma autônoma, independente, portanto, de funções ecológicas e ecossistêmicas voltadas ao interesse humano, é que vai permitir a generalização do princípio da dignidade dos animais.

---

Não podemos nos olvidar, ainda, que a vedação da crueldade contra animais foi abarcada pelo direito penal, sendo tipificadas como crime pela Lei de Crimes Ambientais, no artigo 32, as ações de “praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos” (BRASIL, 1998).

É fácil perceber, portanto, um contínuo movimento legislativo e judicial em direção à consolidação do entendimento de que os animais, por serem sencientes, merecem consideração jurídica e respeito a seus interesses fundamentais. Tal consideração já se encontra inclusive expressa na Lei Estadual de MG n.º 22.231, de 20/07/2016, que reconhece que os animais são seres sencientes, sujeitos de direito despersonalizados, fazendo jus a tutela jurisdicional em caso de violação de seus direitos (art. 1º, parágrafo único).

Nesse contexto, a proteção, salvaguarda, conservação e difusão de práticas humanas que importam em exploração e maus-tratos contra a animais não devem ser promovidas pelo Estado.

5. Com efeito, voltando-se ao caso em análise, percebe-se que as atividades praticadas pelos carroceiros, em relação aos cavalos no exercício da atividade de tração, ensejam maus-tratos.

De fato, uma das atividades clamada como saber da carroça é a doma e o amansamento dos animais, que somente alguns membros dessa categoria laboral dominam. Esse exercício envolve necessariamente a utilização de agentes ou equipamentos que infligem dor ou sofrimento com o intuito de induzir comportamentos desejados de atividade laborativa, como o chicote. Apetrechos como a coalheira, o selote e a cilha, indispensáveis para acoplar a carroça ao animal, também são fontes de inúmeras lesões e dor aos equídeos submetidos à tração de veículos.

Lado outro, a manutenção desses animais no caos do trânsito, em meio aos veículos motorizados, fazendo com que tenham que imprimir velocidade incompatível com suas forças para competirem com veículos nas vias públicas, traz-lhes prejuízos físicos e psicológicos irreversíveis. Como observaram as pesquisadoras Goloubeff e Mol, “é um descompasso, a coexistência de tantos motores, semáforos, apitos e buzinas com o veículo de tração animal, lento, movido a pernas, pulmão e coração.” (GOLOUBEFF e MOL, 2019).

Ademais, a ausência de grandes locais para pastagens e o piso asfáltico das ruas nas cidades, impedem os cavalos do exercício de seu comportamento natural, comprometendo, sobremaneira, seu bem-estar. O pisar em solo asfaltado não é natural ao animal, pois seus cascos se desbastam além do tolerável, sofrem rachaduras e fraturas. Em razão da anatomia do animal não ser apropriada para caminhar em ruas de asfalto e de ferrageamentos/casqueamentos inadequados, visando a tentar adaptá-los a essa realidade, a saúde musculoesquelética e a biomecânica dos equídeos são afetadas, causando alteração dos aprumos, desvio ósseo, sobrecarga dos tendões e ligamentos, podendo até aleijar o animal; “caso o animal continue trabalhando nestas condições, o será sob intenso sofrimento” (GOLOUBEFF; MOL, 2019).

No cotidiano da prática, percebe-se, ainda, que os carroceiros submetem ou obrigam os animais a atividades excessivas, de tração de grandes quantidades de peso, ameaçando sua condição física e/ou psicológica. Segundo as já citadas especialistas, “um cavalo comum, de 300 a 350 kg de peso vivo, como os de Belo Horizonte, deveriam tracionar apenas 125 Kg; contudo, ao longo da pesquisa, foram medidas diversas carroças que carregavam entulho de material de construção, constatando-se cargas entre 350 e 720 kg” (GOLOUBEFF; MOL, 2019).

É raro também observar os carroceiros portarem água ou alimento e pausarem o expediente humano de trabalho para tratar os animais, os quais laboram, aproximadamente, 10 horas por dia, sem descanso. Em geral, apenas ao final da empreitada ou do dia de trabalho é que os animais são alimentados e, comumente, com restos de “sacolão”. Outra forma rotineira é que sejam soltos pelas ruas e praças da cidade para tentarem obter alimentos, não sendo rara a ingestão de lixos e plásticos. Os equídeos abandonados pelas ruas ocasionam, frequentemente, acidentes de trânsito, que resultam em lesões e óbitos para pessoas e animais (ARAÚJO, 2021).

Por todas essas constatações, Goloubeff e Mol apuraram, durante a pesquisa, que, na cidade de Belo Horizonte, “20,8% dos animais submetidos a essa atividade apresentaram medo e 54,2% também apresentaram fadiga. Dos animais avaliados 66,7% apresentavam fácies de sofrimento emocional ou dor” (GOLOUBEFF; MOL, 2019).

Logo, a crueldade para com esses animais nas carroças é evidente e demonstra a desconformidade absoluta entre as necessidades físicas e comportamentais desses seres sencientes e a vida de exploração econômica em tração de veículos em vias urbanas.

Em razão das constatações aferidas, a atividade em apreço viola a Lei mineira n.º 22.231/2016, que define, em seu art. 1º, serem considerados maus-tratos contra animais todas e quaisquer ações ou omissões que atentem

---

contra a saúde ou a integridade física ou mental de animal, trazendo um rol exemplificativo de ações que ocasionam maus-tratos aos animais. (MINAS GERAIS, 2016).

Ainda, o Conselho Federal de Medicina Veterinária, por meio da Resolução n.º1.236/2018, delineou, em seu art.5º, várias ações que são considerados atos de crueldade, abusos e maus-tratos contra os animais, dentre elas constam: agredir fisicamente ou agir para causar dor, sofrimento ou dano ao animal (III); submeter ou obrigar animal a atividades excessivas, que ameacem sua condição física e/ou psicológica, para dele obter esforços ou comportamentos que não se observariam senão sob coerção (XIV); submeter animal, observada a espécie, a trabalho ou a esforço físico por mais de quatro horas ininterruptas sem que lhe sejam oferecidos água, alimento e descanso (XV); utilizar agentes ou equipamentos que inflijam dor ou sofrimento com o intuito de induzir comportamentos desejados durante práticas esportivas, de entretenimento e de atividade laborativa (XXIII) (BRASIL, 2108).

Alinhado a esse entendimento, o CRMV-MG, em nota técnica, reafirmou que os maus-tratos causados aos animais envolvidos nesse ofício são intrínsecos e inevitáveis:

Mesmo que conduzida dentro da melhor forma instrutiva, da educação dos condutores, do respeito às normas de bem-estar, é impossível a manutenção de uma atividade de tração animal, num centro urbano denso, sem riscos para todos, sem atender aos padrões mínimos que respeitam as questões de saúde básica, comportamento e estresse sensorial dos equinos (MINAS GERAIS, 2021-a, doc. 1062949, p. 17).

Logo:

4. A consideração de carroças como patrimônio cultural e imaterial ignorando o ser vivo tido culturalmente como essencial para o seu funcionamento é um equívoco de bem-estar animal, saúde pública, segurança no trânsito e contraria as normas legais de proteção aos animais.
5. O uso de equídeos ou qualquer outra espécie animal senciente para a finalidade de tração em ambiente urbano é incompatível, frente ao cenário atual, com os aspectos inerentes de qualidade de vida das espécies utilizadas, infligindo questões básicas de cuidados físicos, comportamentais e emocionais dos animais. (MINAS GERAIS, 2021-a, doc. 1062949, p. 18-19).

O objetivo de salvaguardar o patrimônio cultural é permitir o desenvolvimento e a diversidade cultural, mas tais objetivos devem ser compatibilizados com os direitos reconhecidos a outros grupos, especialmente se houver previsão em normas internacionais e nacionais.

Assim como os direitos fundamentais e suas dimensões foram surgindo como verdadeiras conquistas evolutivas da sociedade, em resposta à necessidade de proteção à vida digna, em especial, daqueles que podem ser subjugados por sua situação de vulnerabilidade, raciocínio similar deve nortear o pensamento humano diante da constatação da senciência animal, abraçando-se o reconhecimento dos direitos dos animais a uma vida livre de sofrimento. Na obra *Sobrados e Mucambos*, Gilberto Freyre ressaltou que a substituição da tração humana e animal pela mecânica somente veio a ocorrer a partir da “inquietação moral ou trepidação sentimental” instalada na sociedade diante dos escancarados maus-tratos a esses seres vivos. A partir dessa reflexão, Mol questiona: “será que está faltando ao homem do século XXI essa trepidação moral que permita ter empatia com os animais de tração que sofrem em centros urbanos?” (MOL, 20216, p.136).

Destaque-se que a não preservação dessa forma de exploração animal certamente não significa um empobrecimento cultural da nação ou da sociedade mineira. Como visto, a cultura se transforma com a evolução da sociedade, num fenômeno civilizatório que busca a redução da violência e do subjugo de seres mais vulneráveis.

Conforme ressaltado na *Conferência de Nara*, a patrimonialização não pode acontecer se ela desrespeita, marginaliza ou exclui outros grupos. O pluralismo cultural hoje deve incluir tanto os anseios dos grupos de pro-

---

teção animal, quanto, obviamente, o bem-estar dos próprios animais. A luta pelos direitos dos animais, assim como a luta pelos direitos humanos, busca pôr fim a culturas que inviabilizam a vida digna de todos os seres sencientes. Como frisado na *Declaração de Istambul*, são valores e referências em acordo com a ética avançada que devem ser preservados. Assim, permitir a perpetuação de práticas que violam os novos direitos reconhecidos importa em intolerável engessamento de uma realidade que a sociedade precisa superar, bem como a proibição da evolução e assunção de direitos por outros grupos vulneráveis.

Especificamente no caso dos carroceiros, a substituição dos cavalos por meios de tração mecânicos não importaria necessariamente na extinção da cultura em torno dos cavalos. Os conhecimentos ligados às carroças requerem trabalho e dedicação da categoria, além da criatividade para fazer novos rearranjos e adaptar as carroças às necessidades de cada local e tempo, especialmente considerando que é uma atividade de origem rural que foi se desenvolvendo para tentar se adaptar ao meio urbano. Sendo assim, não é impossível, que essa cultura móvel e em constante evolução se reorganize novamente para se enquadrar às novas consciências.

Não se pode deixar de ressaltar que vários ofícios, profissões e atividades econômicas tiveram que se adaptar através do tempo a novas exigências legais, oriundas de descobertas científicas sobre os danos ambientais por elas causadas; a legislação ambiental está em constante modificação, aumentando as exigências de medidas preventivas e mitigatórias de danos e exigindo mudanças nas atividades econômicas, ainda que tradicionais. Isso é desejável, para que a sociedade em geral possa viver em um meio ambiente mais saudável, o que inclui a vivência em um ambiente livre de sofrimento animal.

Reconhecendo a necessária mudança, várias cidades brasileiras já previram em suas legislações a extinção dessa atividade em áreas urbanas, mediante transição paulatina, com a substituição da tração animal pela tração mecânica, no sentido de alinhar os interesses humanos à proteção animal - como Recife/PE (Lei n.º 17.918/13); Natal (Lei n.º 6.677/17); Belém (Lei n.º 9.411/18); Curitiba/PR (Lei Municipal n.º 14.741/15); Porto Alegre/RS (Lei n.º 10.531/08); Juiz de Fora/MG (Lei n.º 13.071/14); Casável/PR (Lei n.º 7.218/21); e Belo Horizonte (Lei n.º 11.285/21). Importante frisar que, no Estado do Rio de Janeiro, as cidades de Petrópolis (RICKLY e SOARES, 2018) e Paquetá (ABDALA, 2016), que possuíam charretes tracionadas por animais como atração cultural e turística, decidiram substituí-las por veículos de tração motora, em decorrência dos maus-tratos inevitáveis aos equídeos. As referidas cidades vêm adotando alternativas mecânicas, como charretes elétricas, carinhos de golfe, *tuc-tucs*, que continuam atraindo os turistas para os passeios ao longo de seus atrativos turísticos (MATOS, 2021). Tais iniciativas demonstram a viabilidade da substituição da tração animal.

No tocante ao argumento de que o ofício do carroceiro envolve a comunhão entre animais e carroceiros, de se ressaltar que estes podem manter as tradições de conhecimento, medicina e trato dos animais, considerando-os animais domésticos e livres. Afinal, a relação afetiva entre humanos e animais não pode ser defendida apenas de um ponto de vista utilitarista, segundo o qual o homem apenas cuidará do animal não humano se lhe servir economicamente. A libertação dos animais das atividades físicas de tração, certamente, não impede que os carroceiros mantenham seus festejos, catiras e celebrações religiosas, nem os tratos com botânica ou medicina tradicional, visto que a convivência de seres humanos com animais não exige relação exploratória, podendo existir sem a submissão dos animais ao jugo das carroças.

Já as indumentárias e linguagem ditas características da categoria também não necessitam do sofrimento de cavalos, mulas e burros para estarem presentes na comunidade e serem elementos de reconhecimento e pertença. No Brasil temos inúmeros apetrechos culturais que dizem respeito a atividades passadas, que não existem mais e continuam a fazer parte do nosso cotidiano.

Reconhecida a importância do trabalho árduo de carroceiros para a construção do Brasil, é necessário, contudo, superar modelo retrógrado de desenvolvimento econômico que ainda hoje se baseia na exploração dolorosa de seres comprovadamente sencientes. A própria *Declaração Universal da UNESCO sobre a Diversidade Cultural* deixa claro que a diversidade cultural apenas será fator de desenvolvimento quando se mostra como meio de acesso a uma existência intelectual, afetiva, moral e espiritual satisfatória, o que não ocorre quando há exploração e maus-tratos a animais.

Pode-se tomar como exemplo o movimento bandeirante, que, apesar de inegável importância para o crescimento do Brasil colônia, não escampa de merecidas críticas, por ser responsável pela escravização e extermínio

---

de inúmeros grupos indígenas (SOUSA). Assim, pode-se reconhecer importância histórica a um grupo, sem, contudo, defender a manutenção de suas práticas cruéis.

Como bem ressaltado pelo integrante da Comissão de Memória Institucional do Conselho Nacional do Ministério Público e membro do *International Council of Monuments and Sites* (Icomos) Brasil, Dr. Marcos Paulo de Souza Miranda: “a ancianidade das manifestações, que açambarcam variados tipos de produção humana, não serve, solitariamente, como fundamento para a sua perpetuidade. Os tempos mudam, os valores se alteram, e nem tudo que era tolerado ou admitido em épocas passadas deve ser conservado hodiernamente” (MIRANDA, 2016).

Por fim, de se observar que o reconhecimento do modo de vida dos carroceiros como patrimônio cultural imaterial geraria a obrigação ao Estado de garantir a sua continuidade histórica, o que, em última análise, poderia importar na necessidade de fornecimento de cavalos, arreios, chicotes e outros apetrechos usados na exploração dos animais. Neste sentido, o Estado estaria contrariando preceito constitucional que lhe determina vedar práticas cruéis aos animais, gerando um contrassenso e criando despesa com a qual toda a sociedade – mesmo envolvida em nova ética - teria que arcar.

Em outras palavras: nem todas as práticas habituais devem ser protegidas e promovidas pelo Estado ou perpetuadas para as próximas gerações, embora possam por elas ser conhecidas como tradições que merecem ser superadas ou adaptadas à evolução da ética social; nem todos os modos de viver favorecem o desenvolvimento de uma nação ou promovem a formação, identidade e memória a serem mantidas pela sociedade; certamente, não deve o Estado fomentar modos de viver ou fazer que importem em violações a normas nacionais e internacionais e que causem sofrimento a seres sencientes.

Não se deve, portanto, buscar a perpetuação ou a continuidade histórica dessa prática, nos termos previstos no artigo 1º, §2º do Decreto n.º 3.551/2000, embora possa ser admitido como ofício tradicionalmente praticado, a ser superado.

## CONCLUSÃO

Compete ao Ministério Público resguardar os direitos ambientais das gerações vindouras, não apenas preservando o patrimônio material, como também o patrimônio imaterial. No entanto, nem todos os ofícios, modos de viver e fazer humanos corriqueiros devem ser protegidos, salvaguardados, fomentados e, portanto, perpetuados pelo Estado. A patrimonialização da cultura não pode ocorrer de forma alheia à transformação e evolução social e à correspondente normatividade delas derivada.

Tradições que submetem animais a trabalhos forçados e penosos – especialmente quando ocasionam maus-tratos aos equídeos, como é o caso do ofício dos carroceiros -, devem ser superadas, em respeito à senciência e ao direito a vida animal sem sofrimento. Atividades que importam em maus-tratos de animais devem ser combatidas pelo Ministério Público, a quem compete zelar pela ordem jurídica. Neste sentido, a Corregedoria Geral do MPMG, no Ato n. 02/2021, art. 158:

O órgão de execução deverá estimular, integral e efetivamente, a implementação da Lei Estadual n. 22.231/16, em especial no que diz respeito ao combate aos maus-tratos contra os animais e ao reconhecimento de que são seres sencientes, sujeitos de direito despersonalizados, que fazem jus à tutela jurisdicional em caso de violação de seus direitos (MPMG, 2021-b).

## ENUNCIADO

Compete ao Ministério Público agir em salvaguarda dos direitos dos animais, de forma a impedir a desvirtuação ou a utilização inadequada da proteção cultural como meio de legitimar práticas reconhecidamente cruéis contra os animais - como a utilização de equídeos para tracionar veículos nos centros urbanos - e, portanto, inconstitucionais e ilegais, nos termos do art. 225, § 1º, inciso VII, da CR/88, art. 32 da Lei n.º 9.605/98, art. 1º, parágrafo único, da Lei Estadual Mineira n.º 22.231/16.

---

## BIBLIOGRAFIA:

- ABDALA, Vitor. Prefeitura do Rio proíbe charretes na Ilha de Paquetá. **Agência Brasil**. Rio de Janeiro. 21 de maio de 2016. Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-05/prefeitura-do-rio-proibe-charretes-na-ilha-de-paqueta>. Acesso em 20 de maio de 2021.
- ALMADA, Emmanuel; ALVES, Cristina G.; BAETA, Alenice M.; BRITO, Patrícia A. DE; OLIVEIRA, Ricardo A. P. de. **Parecer técnico**: Pedido de Reconhecimento, salvaguarda e valorização do ofício de carroceiro e carroceira e da carroça como tecnologia de trabalho do carroceiro em Belo Horizonte, ambos como patrimônio imaterial relacionado a cultura da cidade. Belo Horizonte, 2021.
- ARAÚJO, Alex. G1. MG. Motociclista fica em estado grave após atropelar cavalo na MG-424, na Região Metropolitana de BH. **Globo**. Publicado online em 16 de maio de 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2021/05/16/motociclista-fica-em-estado-grave-apos-atropelar-cavalo-na-mg-424-na-regiao-metropolitana-de-bh.ghtml>. Acesso em 20 de maio de 2021.
- ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. Introdução ao Direito Animal Brasileiro. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, e-issn 2358-4777, v. 30, n. 01, p.106 - 136, Jan-Jun 2020.
- BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**, 1823. Online Library of Liberty. Carmel, 2017. Disponível em: <http://oll.libertyfund.org/titles/bentham-an-introduction-to-the-principles-of-morals-and-legislation>. Acesso em: 04 de Jan. 2019.
- BRASIL. CFMV – Conselho Federal de Medicina Veterinária. **Resolução nº 1.236/18**, de 26 de outubro de 2018. Define e caracteriza crueldade, abuso e maus-tratos contra animais vertebrados, dispõe sobre a conduta de médicos veterinários e zootecnistas e dá outras providências. Disponível em: <http://portal.cfmv.gov.br/lei/index/id/903>.
- \_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.
- \_\_\_\_\_. **Decreto nº 3.551**, de 4 de agosto de 2000. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências.
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 9.605**, de 12 de fev. 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivada de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 13 de fev.1998.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.797.175**. Relator: Min. Og Fernandes. Diário de Justiça, 20 de março de 2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/692205375/recurso-especial-resp-1797175-sp-2018-0031230-0/relatorio-e-voto-692205398>. Acesso em: 1º maio 2021
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.761.887**. Relator: Min. Luiz Felipe Salomão. Diário de Justiça, 09 de outubro de 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/635855286/recurso-especial-resp-1713167-sp-2017-0239804-9>. Acesso em: 10 de maio, 2021.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.983/CE*. Relator: Min. Marco Aurélio de Mello. Diário de Justiça Eletrônico, 6 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>>. Acesso em: 1º maio 2021.
- DARWIN, Charles. **A expressão das emoções no homem e nos animais**. Tradução Leon de Souza Lobo Garcia. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- CAMBRIDGE. **Declaration on Consciousness**. Cambridge: Universidade de Cambridge, 2012. Disponível em: <http://fcmconference.org/img/CambridgeDelarationOnConsciousness.pdf>. Acesso: 22 mar.2017.
- DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- FRANCISCO, Papa. **Laudato Si. Libreria Editrice Vaticana**. São Paulo: Paulinas, 2015.

- 
- GOLOUBEFF, Barbara e MOL, Samylla. Cavalos de Rua. **A Servidão Explícita nas Ruas de Belo Horizonte**. Trabalho apresentado no Seminário Internacional Direito Como Liberdade. Brasília/DF. 11 de Dezembro de 2019. Disponível em: [https://direitoachadonarua.files.wordpress.com/2020/07/gt11\\_barbaragoloubef\\_cavalos-de-rua.pdf](https://direitoachadonarua.files.wordpress.com/2020/07/gt11_barbaragoloubef_cavalos-de-rua.pdf). Acesso: 14 de mai. 2021.
- KAARI, Petra. **A Exploração de Equídeos por Carroceiros no Distrito Federal**: direito, diagnóstico e educação ambiental. Brasília: UnB, 2006. Disponível em: <https://intranet.mpmg.mp.br>. Acesso em: 12 Jan. de 2019.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.
- LOURENÇO, Daniel Braga; OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Parecer sobre a Constitucionalidade do Projeto de Lei nº 4548/98. **Revista Brasileira de Direito Ambiental**. Brasília, v. 8, Ano 6, Jan – Jun, p. 365-381, 2011.
- MARTINS, Geiza. **Qual foi o último país a abolir a escravidão?** Disponível em: <https://super.abril.com.br/mundo-estranho/qual-foi-o-ultimo-pais-a-abolir-a-escravidao/>. Acesso em 28 de abr. 2021.
- MATTOS, Vitor. Charrete elétrica é testada em Petrópolis, RJ, como alternativa para substituir antigas ‘vitórias’. 25 de setembro de 2019. **G1**. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/regiao-serrana/noticia/2019/09/25/charrete-eletrica-e-testada-em-petropolis-rj-como-alternativa-para-substituir-antigas-vitorias.ghtml>. Acesso em: 1º maio 2021.
- MINAS GERAIS. **Lei Estadual n.º 22.231** de 22 de julho de 2016. Dispõe sobre a definição de maus-tratos contra animais no Estado e dá outras providências. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=22231&comp=&ano=2016>. Acesso em 23 de junho de 2022.
- \_\_\_\_\_. MINISTERIO PÚBLICO. Corregedoria Geral do Ministério Público. **Ato n.º 2**, de 15 de abril de 2021. Diário Oficial Eletrônico do MPMG. 20 de abril de 2021-b. Disponível em: <[https://mpnormas.mpmg.mp.br/files/1/1/1-1-CCB4-39-ato\\_cgmp\\_02\\_2021\\_repub1.pdf](https://mpnormas.mpmg.mp.br/files/1/1/1-1-CCB4-39-ato_cgmp_02_2021_repub1.pdf)>. Acesso em: 4 maio 2021.
- \_\_\_\_\_. MINISTERIO PÚBLICO. Maus Tratos a Animais nas Provas da Vaquejada. **Nota técnica**. Belo Horizonte, 2015. Disponível em: <<https://intranet.mpmg.mp.br/intranetmpmg/atividade-fim/defesa-do-cidadao/meio-ambiente/paginas-especificas/grupo-especial-de-defesa-da-fauna-gedef/material-de-apoio/vaquejadas/publicacoes/publicacoes.htm>>. Acesso em: 29 abril 2021.
- \_\_\_\_\_. MINISTERIO PÚBLICO. SEI nº 19.16.2372.0024727/2021-32. **Planilha Polícia Civil**. Maus-tratos a equídeos. Belo Horizonte. 2021-a.
- MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Artigo: Lei que reconhece vaquejada como patrimônio Cultural é inconstitucional. **Conjur**. Belo Horizonte. 17 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-17/ambiente-juridico-lei-reconhece-vaquejada-patrimonio-inconstitucional>. Acesso em 1º maio 2021.
- MOL, Samylla. **Carroças Urbanas e Animais**. Uma Análise Ética e Jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- REGAN, Tom. **Jaulas Vazias**: Encarando o Desafio dos Direitos dos Animais. Porto Alegre: Lugano, 2006.
- RICKLY, Aline; SOARES, Fernanda. Plebiscito decide pelo fim da tração animal nas charretes em Petrópolis, no RJ. **G1**. Rio de Janeiro. Publicado em 07 de outubro de 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/regiao-serrana/noticia/2018/10/07/plebiscito-decide-pelo-fim-da-tracao-animal-nas-charretes-em-petropolis-no-rj.ghtml>. Acesso em: 15 de maio de 2021.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem da desigualdade (1754)**. Tradução: Maria Lacerda de Moura. Edição Ridendo Castigat Mores. Versão para eBooksBrasil. Disponível em: [www.jahr.org](http://www.jahr.org). Acesso em: 10 nov. 2018.
- SANTOS, Vanicléia Silva; PAIVA, Eduardo França; GOMES, René Lommez (Organização). **O comércio de marfim no mundo Atlântico**: circulação e produção (séculos XV a XIX). Belo Horizonte: Clio Gestão Cultural e Editora, 2018.
-

- 
- SCHOPENHAUER, Arthur. **Sobre o fundamento da moral**. Tradução de Maria Lucia Mello Oliveira Cacciola. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- SINGER, Peter. **Libertação animal**. São Paulo: VMF Martins Fontes, 2013
- SINGER, Peter. **Ética prática**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- SOUSA, Rainer. O genocídio bandeirante. **Prepara Enem**. Disponível em: <https://www.preparaenem.com/historia-do-brasil/o-genocidio-bandeirante.htm>. Acesso em 5 de julho de 2022.
- STÖRING, Hans Joachim. **História Geral da Filosofia**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2016
- UNESCO. **Carta de Nara**. Nara, 6 de novembro de 1994. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Conferencia%20de%20Nara%201994.pdf>. Acesso em: 19 de mai. de 2021.
- UNESCO. **Convenção sobre a salvaguarda do patrimônio cultural imaterial**. Paris, 29 de setembro a 17 de outubro de 2003. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/legislacao>. Acesso em: 31 de jan. 2018.
- \_\_\_\_\_. **Declaração de Istambul**. 17 de setembro de 2002. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/legislacao>. Acesso em: 19 de mai. 2021.
- \_\_\_\_\_. **Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural**. 11 de setembro de 2001. Disponível em: [www.unesco.org.br](http://www.unesco.org.br). Acesso em: 05 de jan. de 2018.
- \_\_\_\_\_. ICOMOS. **Declaração do México**. Conferência Mundial sobre as Políticas Culturais. México, 1982. Disponível em: <https://www.joinville.sc.gov.br/wp-content/uploads/2017/09>. Acesso em: 30 de jan. 2018.
- \_\_\_\_\_. **Recomendação sobre a Salvaguarda da Cultura Tradicional e Popular**. Paris, 15 de novembro de 1989. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/portal>. Acesso em: 30 de jan. 2018.
- ONU. Resolução nº 37/7 da Assembleia Geral. 1982. Disponível em: [www.un.org/documents/ga/res/37/a37r007.htm](http://www.un.org/documents/ga/res/37/a37r007.htm). Acesso em: 01 de mai. 2021.
- ONU. UNESCO. **Declaração Universal dos Direitos dos Animais**. Bruxelas, 27 de janeiro de 1978. Disponível em: <http://www.urca.br/ceua/arquivos>. Acesso: 29 de abr. 2021.
- WEHRUNG, Mathieu. **Le vin n'a été interdit dans les cantines scolaires qu'en 1981**. In: Le saviez vous. 7 de novembro de 2017. Disponível em: <https://soifdailleurs.com/blog/cantine-b53.html>. Acesso em 28 de abr. 2021

## O combate a Leishmaniose visceral no Brasil e o princípio constitucional da dignidade dos animais

ANELISA CARDOSO RIBEIRO

MONIQUE MOSCA GONÇALVES

*Promotoras de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais*

### EXPOSIÇÃO

A leishmaniose está presente em 22 países do Novo Mundo (a maioria em desenvolvimento) e em 66 nações do Velho Mundo. Esta parasitose é considerada pela Organização Mundial da Saúde uma das principais doenças infectocontagiosas negligenciadas com grande impacto na saúde pública mundial (<http://www.who.int/emc/diseases/leish/leisgeo1.html>).

Na América Latina, mais de 90% dos casos registrados de leishmaniose visceral ocorrem no Brasil (ARA-GÃO, DOURADO E PACHECO, 2006). No ano de 2019, foram registrados 2.519 casos da doença no Brasil e em 2.020 2.032 casos foram confirmados (<https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/saude-lanca-nova-estrategia-para-controle-da-leishmaniose-visceral>).

O agente etiológico no Brasil causador da LV é denominado *Leishmania chagasi*, que, em regra, é transmitido ao hospedeiro vertebrado por meio das picadas das fêmeas das espécies de flebótomo *Lutzomyia longipalpis* e *Lutzomyia cruzi*. Esses insetos são considerados os principais vetores da doença e os cães domésticos o seu principal reservatório. Além dos cães, há outros reservatórios domésticos e silvestres para repasto pelo flebótomo, como, por exemplo, cavalos, cabras, raposas, lobos, chacais, esquilos, ratos, camundongos e gatos. Contudo, já há estudos recentes demonstrando novas formas de transmissão da doença e a ineficácia dos meios de combate até hoje adotados no Brasil.

O histórico da doença demonstra que ela acometia, sobremaneira, os silvestres. Porém, os “mosquitos palha” passaram a fazer repastos nos cães domésticos à medida que os seres humanos foram desmatando e ocupando desordenadamente as áreas urbanas. Assim, áreas que eram tomadas por florestas, passam a abrigar comunidades que se mantinham em condições precárias, sem o devido saneamento básico, sem a devida coleta de lixo, criando-se, dessa forma, ambientes propícios ao desenvolvimento do “*L. longipalpis*, que se adapta facilmente às condições peridomésticas de áreas depauperadas, explorando o acúmulo de matéria orgânica gerada por animais domésticos e más condições sanitárias.” (CARVALHO et al, 2008, P.88).

Essas transformações ambientais, associadas a movimentos migratórios e ao processo de urbanização podem explicar, em parte, porque a Leishmaniose Visceral (LV), restrita às áreas rurais do país até a década de 1970, passou a ocorrer de forma endêmica e epidêmica em grandes cidades, em especial, do Nordeste brasileiro, disseminando-se para outras macrorregiões do país. (CARVALHO et al, 2008, P.88)

A exemplo disso temos a cidade de Teresina, no Piauí, onde se deu a primeira grande epidemia de Leishmaniose Visceral (LV) em meio urbano no Brasil na década de 80 (CARVALHO et al., 2008). Desde a década de 70, essa cidade vivenciou um processo de crescimento horizontal desordenado com a expansão dos limites

---

urbanos, ocupações irregulares e favelização de seu território. Como consequência disso, passou a se deparar com uma situação de difícil controle da LV (ARAGÃO, DOURADO E PACHECO, 2006).

O flebotomo, pela falta das antigas presas silvestres, passa, então, a ter um farto “banquete” nos cães domésticos trazidos para essas comunidades precárias, visto que esses animais, pela falta de controle, se reproduzem desenfreadamente. Após picados, os cães regressavam aos seus domicílios e levavam o protozoário, que, por sua vez, contaminava o “mosquito palha” na residência e fazia o repasto nos humanos. Com isso, iniciava-se o novo ciclo de transmissão da doença entre os flebotomos; cães domésticos; flebotomos novamente; e humanos.

Porém, nos humanos o parasita tende a se alojar mais internamente, junto aos órgãos, como baço, órgãos linfáticos e medula óssea, sendo, portanto, menos acessível à picada do inseto. Já nos canídeos, a *Leishmania chagasi*, além de se alojar dentro dos órgãos linfóides, também realiza parasitismo cutâneo. Razão pela qual se considera o reservatório canino mais problemático que o humano no Brasil.

Diante disso, a Secretaria de Vigilância em Saúde do Ministério da Saúde baseou sua estratégia de controle da endemia em três pilares: 1) detecção e tratamento gratuito dos casos humanos, de caráter eminentemente curativo; 2) controle de reservatórios domésticos; e 3) controle de vetores (Brasil, 2005).

O controle dos reservatórios domésticos ocorre, basicamente, pela retirada e eutanásia dos cães positivos para leishmaniose visceral. Essa estratégia tinha como fundamento a conjectura de que a incidência de infecção em humanos estava diretamente relacionada ao número de cães infectados e à capacidade da população de flebotomíneos de transmitir a infecção do cão para o homem. Contudo, na prática, a persistência da transmissão da LV dentro do país, mesmo após adotada a eliminação de cães, em tese, soropositivos, vem demonstrando que essa medida de controle é pouco efetiva e, portanto, tem sofrido contestações (CARVALHO et al, 2008, P.89). Nesse sentido também foi a Declaração do 13º Simpósio do *Companion Vector-Borne Diseases (CVBD) World Forum*, em Windsor, Reino Unido, ocorrido em março de 2018, destacando-se a ineficácia do abate de cães como medida de controle dos reservatórios para reduzir o risco de LV (BANETH et al, 2019).

Corroborando essas novas teses, vejamos os resultados de estudos referentes às cidades de Teresina, no Piauí; de Feira de Santana, no estado da Bahia; e de Iguatama, em Minas Gerais.

Em Teresina, onde houve a primeira grande epidemia de LV no Brasil, foi realizado um estudo comparativo entre a taxa de incidência da LV nos humanos e a eliminação dos cães soropositivos, entre os anos de 1995 e 2006. Nessa oportunidade, os pesquisadores constataram que o sacrifício dos animais não conseguiu exercer influência significativa sobre a incidência na forma humana. Sugeriram, então, o redirecionamento do controle da doença mediante a adoção de outras medidas de vigilância sanitária e ambiental, como o desenvolvimento de planejamento urbano e de programas de educação em saúde voltados para a guarda responsável do cão e, também, o aprofundamento nos estudos da LV objetivando definir a efetiva relevância do papel desse animal na cadeia de transmissão (ARAGÃO; DOURADO E PACHECO, 2006; DRUMOND e COSTA, 2011).

No estudo realizado na Bahia, no Município de Feira de Santana, entre os anos de 1995 e 2000, pesquisadores também ressaltaram que não foi observada associação entre a prevalência de cães com sorologia positiva e a incidência de casos humanos, propondo uma reavaliação do Plano de Contenção da Leishmaniose do Ministério da Saúde, principalmente devido ao aumento de número de casos da doença, apesar de realização das ações de controle preconizadas pelo referido plano (ARAÚJO e OLIVEIRA, 2003, P.1681-1685).

Posteriormente, no ano de 2013, foi também realizado um estudo de caso no Município de Iguatama/MG, onde a única medida de controle para LV foi a eutanásia dos cães soropositivos. Foi constatada a prevalência de 8,3% de animais soro reagentes para *L. chagasi*, e realizada a eutanásia de 84% dos cães positivos e 16% foram a óbito até dois anos após o diagnóstico. Em 2017 foi realizado novo inquérito sorológico no município para avaliar o impacto da eutanásia dos cães positivos como medida de controle da LVC e os resultados não mostraram diferença significativa na prevalência da LVC tendo os pesquisadores concluído que, o método de eliminação da população soro reagente não foi suficiente para o controle da LVC no município de Iguatama. (BARBOSA et al, 2020):

Assim, especialistas passaram a questionar o controle dos reservatórios caninos por meio da eutanásia, alegando que, depois de mais décadas de tentativa de controle da LV no Brasil, o número de casos no país aumentou (COSTA E VIEIRA, 2001). Há 40 anos o controle do reservatório canino é feito através de diagnóstico

---

sorológico, sendo os cães reagentes sacrificados. Contudo, como bem avaliaram os estudiosos, essa providência tem se mostrado incapaz de conter o avanço da doença, sendo relatado que, dentre as três medidas acima informadas, é a de menor suporte técnico científico. Identificaram, assim, alguns pontos de fragilidade nessa estratégia adota pelo MS, dentre eles: 1) A falta de correlação espacial entre a incidência cumulativa de LV humana com a soroprevalência canina 2) A ausência de risco significativo de coabitação com cães para aquisição de LV 3) A demonstração teórica de que é um método pouco eficiente em comparação com as estratégias de controle vetorial e de suplementação alimentar 4) A demonstração de que outros reservatórios podem ser fontes de infecção de *L. chagasi*, tais como pessoas, canídeos silvestres e marsupiais. 5) A grande velocidade com que a população canina é reposta, exigindo proporção e frequência de retiradas de cães soropositivos impraticáveis. 6) A baixa eficiência dos testes sorológicos em detectar infecção canina, conduzindo a alta proporção de resultados falso-positivos. 7) A falta de indicadores clínicos ou laboratoriais de infectividade de cães para o vetor. 8) A ausência de experiências anteriores que tenham demonstrado vantagens exclusivas da eliminação de cães, pois se verificou que quando esta medida foi aplicada sozinha, não houve demonstração inequívoca da vantagem de seu uso em reduzir a incidência de LV em seres humanos”. (COSTA E VIEIRA, 2001, p.224-225). Por esses motivos, recomendam esses pesquisadores que a triagem sorológica universal sistemática seguida da eliminação de cães deveria ser suspensa.

Esse entendimento também foi defendido por Carvalho et al, num estudo do ano de 2008. Alertaram esses pesquisadores que a eliminação de cães tem o pior desempenho quando comparada com outras estratégias de controle (CARVALHO et al, 2008, P.89).

Os estudiosos são uníssomos ao enfatizar que o controle dos vetores deveria ser priorizado ao invés do controle dos reservatórios, bem como que as ações de vacinação dos cães e a melhoria das condições nutricionais das crianças deveriam ser preponderantes para se combater a LV, pois constatou-se que crianças desnutridas infectadas correm maior risco em desenvolver sintomas (CARVALHO et al, 2008, P.89; COSTA E VIEIRA, 2001).

A Unidade de Biologia e Epidemiologia de Vetores da Escola de Higiene e Medicina Tropical de Londres, no Reino Unido, também já se manifestou no sentido de que tanto matar os vetores quanto reduzir a suscetibilidade (por qualquer meio, como que vacinando pessoas ou cães e eliminando a desnutrição infantil) são mais eficazes do que a eutanásia de cães soro reagentes (Dye C., 1996)

Lado outro, a literatura atual referente à parasitologia veterinária e humana demonstra que o ciclo de transmissão passou a ser variável, não sendo o “mosquito palha” a única via de transmissão do protozoário (SANTOS, 2019). Ademais, outras formas de transmissão que não dependem da presença do vetor invertebrado também já foram descritas por pesquisadores, como, por exemplo, a transmissão venérea, através do sêmen (DINIZ et al., 2005 e SILVA et al., 2009), e a placentária (SILVA et al, 2009).

Diante dessas novas constatações, defendem os especialistas que é necessário se adotar ações eficazes de controle populacional ético de todos os cães, independentemente se soro positivos ou não, para se conter sua reprodução desenfreada, como medida de combate a transmissão e a proliferação da LV (BRASILEISH, 2018).

Cumprе ressaltar que já há registros de transmissão placentária de Leishmaniose Visceral entre seres humanos (FLEISCHER et al, 1999) Em resumo, na atualidade, ante a vasta disseminação da doença entre animais e seres humanos, não há mais como se atribuir somente aos cães domésticos a categoria de principais reservatórios da leishmaniose.

Logo, o ciclo de transmissão, que inicialmente era “fechado” (flebotomo contaminado - cão - flebotomo - pessoa), passa a contar com inúmeras variáveis, corroborando a tese dos pesquisadores acima de que a eliminação dos animais contaminados não é mais uma forma eficaz de contenção da doença.

Para além de todas essas questões, tem-se ainda que o diagnóstico da LVC não é uma tarefa fácil, não havendo um único teste cujo resultado seja 100% confiável.

Assim como a análise das formas de transmissão é complexa, o diagnóstico conclusivo para identificar a leishmaniose canina também o é, sendo necessária uma gama de procedimentos clínicos e exames nesse sentido. E, ainda assim, há risco de equívocos ou resultados inconsistentes em razão de haver: a) pessoal mal treinado em análise do exame “RIFI” ou com pouca experiência; b) algum problema sério na conservação ou coleta da amostra – por exemplo amostra congelada; e c) contaminação bacteriana. (JUNIOR E RISTOW, 2011).

Um primeiro cuidado que se deve ter quando se fala em diagnóstico para a identificação da leishmaniose

---

canina está no fato de que os testes sorológicos, comumente realizados, podem apresentar reações cruzadas com outras doenças e apontar para um falso soropositivo para a leishmaniose. Infecções concomitantes comuns em áreas endêmicas, como erliquiose, demodicose, sarna sarcóptica, dermatofitose e hepatozoonose, podem complicar o diagnóstico (ROZE, 2003). Reações cruzadas em títulos baixos com a doença de Chagas e a leishmaniose tegumentar americana (LTA) também podem ocorrer.

Os testes comumente utilizados para o diagnóstico de LVC são RIFI (Reação de imunofluorescência indireta) e o Elisa, ambos sorológicos, ou seja, que dosam anticorpos. No entanto, eles não detectam a presença ou a ausência do parasita. Eles detectam, apenas, a presença ou a ausência de um organismo vivo que, ao ter contato com protozoário, reagiu produzindo anticorpos antiprotozoários. O problema disso é que não há em nenhum dos dois testes um que seja 100% sensível ou 100% específico para detectar a doença em comento. Portanto, as reações cruzadas com outras doenças não são incomuns nesses testes e, muitas vezes, apontam uma sorologia falso positiva para a leishmaniose visceral canina (BEVILACQUA e ALVES, 2004).

Atualmente, o Ministério da Saúde para realizar os inquéritos caninos, um dos pilares do seu programa de controle da Leishmaniose Visceral (PCL), recomenda a utilização como triagem do teste rápido (DPP) e, posteriormente, do ELISA, porém, a despeito da praticidade, baixo custo e rapidez no resultado desses exames, alguns problemas existem no que tange à sua precisão como referido acima.

Em razão disso, médicos veterinários de animais de pequeno porte na cidade de Belo Horizonte, Minas Gerais suscitaram debates sobre o tema, alertando para o fato de que o teste sorológico estaria identificando grande número de animais falsos positivos, gerando incertezas e a consequente não indicação de sacrifício dos cães. Narram JUNIOR E RISTOW (2011), citando Bevilacqua e Alves (2004), que, entre os anos de 1993 e 1997, “o programa sacrificou 12.924 animais falsos positivos e deixou de sacrificar 2.003 animais falsos negativos”, corroborando o temor da classe médico veterinária. Ressalve-se que as referidas autoras (Bevilacqua e Alves), no estudo desenvolvido entendem como aceitável o sacrifício desses animais inutilmente se for em prol da saúde pública. Contudo, diante da evolução ética, científica e normativa do Brasil, em especial pós Constituição Federal de 1988, esse entendimento não encontra guarida no nosso ordenamento jurídico, principalmente pelas constatações de que esse sacrifício tem sido ineficaz para conter a doença.

Com isso, o programa de controle da Leishmaniose Visceral (PCL) do Ministério da Saúde perde credibilidade junto da população, que passa a não disponibilizar seu animal para a eutanásia e a buscar formas alternativas de mantê-lo, fragilizando ainda mais o controle já precário.

Surgiram, assim, na literatura médico veterinária alguns tipos de tratamento para a LV Can, os quais foram se aperfeiçoando ou sendo rechaçados, devido à sua maior ou menor eficácia, custo e praticidade. Vejamos alguns exemplos (ROZE, 2003), dentre eles, podemos destacar: a) Antimoniato pentavalente (Glucantime e Pentostam); b) Alopurinol; c) Pentamidina; d) Anfotericina B; e) Paromomicina Aminosidina; f) Miltefosina (Milteforan).

O fato de o Ministério da Saúde (MS) não admitir, durante muitos anos, o tratamento dos animais infectados com leishmaniose, condenando-os a morte, estimulava (e ainda estimula) o seu tratamento clandestino, bem como sua migração para outras cidades, a fim de se evitar a eutanásia.

Somente a partir de 2016, o MS admitiu o tratamento dos animais com leishmaniose pelo tutor (Nota Técnica n.11/2016/CPV/DFIP/SDA/GM/MAPA), mas exclusivamente por meio da miltefosina, sob o argumento de que esse medicamento não é ministrado ao tratamento da doença nos humanos.

A miltefosina no Brasil é comercializada por meio do medicamento denominado Milteforan, da empresa farmacêutica Vibrac, cujo custo, na sua menor dose de 30ml, é de, aproximadamente, R\$ 800,00 (oitocentos reais), ou seja, trata um animal de no máximo 10kg. Logo, se mostra inacessível para a maior parte da população do nosso país, inviabilizando quase que completamente a “opção” ofertada pelo MS de o tutor tratar seu animal ao invés de sacrificá-lo.

Com a evolução dos estudos, constatou-se que há protocolos de tratamento eficazes (FONSECA et al, 2021) e financeiramente mais acessíveis, utilizando-se, por exemplo, o Alopurinol, o Cetaconazol, Metronidazol, a Marbofloxacin e a Doxiciclina, diminuindo a carga parasitária da *Leishmania chagasi* no animal. Assim, já existe comprovação de que a utilização desses protocolos ditos alternativos (ou seja, com medicamentos que não são usados para o tratamento da LV em humanos) possibilita tornar o animal clinicamente curado, negativamente seus exames sorológicos (BARROUIN-MELO et al, (2017). Os resultados desse estudo demonstram que o trata-

---

mento canino com o protocolo proposto pode representar uma alternativa ao sacrifício de cães no Brasil como medida de controle da doença, uma vez que as drogas utilizadas não são aplicadas ao tratamento da LV humana em áreas endêmicas.

Contudo, os tratamentos diversos da miltefosina não são admitidos pelo Ministério da Saúde no Brasil. Assim, unicamente pelo fator socioeconômico, ou seja, pela incapacidade financeira da família de prover um dispendioso tratamento médico para o seu animal, determina o poder público o seu recolhimento e a sua morte, em flagrante desrespeito a todo arcabouço jurídico do país que reconheceu a vida e a dignidade animal como valores constitucionais a serem respeitados.

Esse direcionamento do Ministério da Saúde contém, ainda, flagrante cunho discriminatório no que tange à população de baixa renda, pois impede que possa acessar um tratamento digno de saúde para seu animal em detrimento da população financeiramente mais abastada.

Vale mencionar que em outros países, há muito, já se admite o tratamento de cães infectados por LV com diversos fármacos, como na Itália, França, Espanha, Portugal e Bélgica, que vivenciam leishmaniose visceral canina e a tratam com a devida seriedade, mas não buscam o extermínio do animal como a primeira opção de controle, por razões éticas e científicas.

Conclui-se que a literatura já aponta evidências de que o tratamento dos cães poderia ser uma melhor alternativa para o combate da doença, uma vez que cães tratados apresentam redução da carga parasitária e da infectividade para flebotomíneos.

Vejam, como exemplo, a pesquisa realizada no HOSPEMV-UFBA, entre 2012 e 2017, na qual os cães submetidos aos tratamentos alternativos demonstraram que a capacidade de transmitir o parasito ao inseto vetor decresceu a medida em que evoluíam no tratamento até alcançar a nulidade (BARROUIN-MELO et al, 2017, p.704): “No D0, 50% (19/38) dos cães apresentaram resultados positivos na qPCR de flebotomíneos, no D90 a positividade diminuiu para 11,4% (4/35), no D180, 16,1% (5/31) dos cães eram capazes de transmitir parasitos ao vetor, no D270 a infectividade diminuiu para 10% (2/20) dos cães e no D360 nenhum cão transmitiu *Leishmania* a *L. longipalpis* no xenodiagnóstico (Quadro 2). (...) A carga parasitária dos flebotomíneos utilizados nos xenodiagnósticos apresentou também uma redução gradativa durante as avaliações, apresentando diferença estatística entre D0-D90 ( $P= 0,025$ ) e D0-D360 ( $P= 0,011$ ). (...) Houve uma tendência à diminuição da transmissibilidade à medida que o estadiamento clínico melhorou, havendo correlação estatística entre estes parâmetros no D180 ( $r=0,528$ ,  $p= 0,002$ ).”

Verificaram os pesquisadores na Bahia que o tratamento multiquimioterápico com cetoconazol, metronidazol alopurinol foi eficaz no controle e prevenção da doença canina, sendo, pois, observada estatisticamente uma correlação entre a melhora clínica dos animais tratados e o menor risco de eles transmitirem o parasito para o flebotomo, ou seja, a diminuição gradativa até a efetiva interrupção da transmissibilidade da LV pelos cães tratados para os insetos (BARROUIN-MELO et al, 2017, p.706).

Esses tratamentos alternativos reduzem o parasitismo e são mais acessíveis do ponto de vista econômico para uma grande parcela da nossa população que deseja tratar seus bichos (CASTAGNARO et al, 2008).

Pontuam, ainda, os pesquisadores sobre a importância de se atribuir autonomia aos médicos veterinários para a indicação do tratamento mais adequado ou o momento oportuno da eutanásia do cão LV positivo a ele submetido, devido aos seus conhecimentos técnicos sobre o assunto, não devendo ser lhe imposto o uso apenas do Milteforan (BARROUIN-MELO et al, 2017, p.705).

Quando limitamos e exigimos o tratamento dos animais infectados apenas com o uso do Milteforan, estamos estimulando o sacrifício, muitas vezes, inútil de animais, que poderiam manter-se saudáveis através de tratamentos eficazes por outros medicamentos financeiramente viáveis, e assim tornarem-se barreiras sanitárias por serem animais imunocompetentes.

Importante mencionar que todos os tratamentos anti-leishmania até então existentes para cães visam alcançar a cura clínica, mas não resultam na eliminação completa do parasita.

Portanto, um animal submetido ao tratamento alternativo com alopurinol, por exemplo, cujo custo é extraordinariamente mais baixo, possui a capacidade de se tornar imunocompetente para debelar o parasita e se tornar uma barreira sanitária à chegada de um novo animal imunoincompetente, o que acabaria por ocorrer quando se utiliza a simples solução de retirada do animal para a eutanásia e posterior reposição por um outro animal pelas

---

famílias. Repetir-se-ia, sucessivamente, o ciclo de contágio. Ademais, como afirmado pelos estudiosos, é impossível se manter a eliminação de cães pelo poder público na mesma velocidade da sua reposição.

Quando se trata de barreira sanitária, importante enfatizar também a relevância do cão assintomático para a LV Can, pois, muitas vezes, isso significa que o animal, por meio de suas próprias células, conseguiu debelar o parasita e obter sucesso imunitário, diminuindo o seu parasitismo e, conseqüentemente, sua transmissibilidade. Eliminar esse animal significa, mais uma vez, abrir espaço para a chegada de um novo animal, na maioria das vezes, mais jovem e imunoincompetente, ou seja, mais propício a desenvolver o parasitismo e propagar a doença. Logo, esterilizar esses animais assintomáticos, garantir o envelhecimento saudável dessa população canina e mantê-los sobre controle com coleiras, por exemplo, faz com que o combate da LV seja muito mais eficaz que a sua eutanásia e posterior reposição.

Noutro giro, enfatizam os pesquisadores que uso de coleiras impregnadas com inseticidas, como deltametrina, por exemplo, (ROZE, 2003), bem como que a vacinação dos animais (CARVALHO et al, 2008, P.89; e FONSECA et al, 2021) seriam métodos mais eficazes do que a eutanásia dos animais para controle da LV Can, em que pese o Governo brasileiro seguir recomendando-a.

Outro fator que também deve ser considerado para o combate da LV e que, muitas vezes, é ignorado, refere-se ao controle do ambiente visando evitar a reprodução do inseto vetor, o flebótomo.

Segundo estudo financiado pelo Ministério da Saúde em 2010, o controle de vetores e o uso de coleiras impregnadas de inseticidas são medidas muito mais eficazes que a eutanásia dos animais (NOTA TÉCNICA Nº 5/2021-CGZV/DEIDT/SVS/MS): “o uso da coleira foi responsável pela redução de 50% da prevalência da doença em cães nas áreas de intervenção quando comparadas às áreas controle. Após ser comprovada a sua efetividade, foi realizada avaliação de custo efetividade comparando o uso das coleiras com as demais ações de controle preconizadas, comprovando que o insumo é custo efetivo” (BRASIL, 2021).

Como é sabido, o flebótomo encontra terreno fértil para a sua reprodução na matéria orgânica em decomposição, como lixo orgânico, frutos apodrecidos, fezes de animais e outros entulhos que favoreçam a umidade do solo. Assim, a limpeza das áreas externas, dos abrigos dos animais e o recolhimento do lixo nos domicílios são medidas de extrema relevância para combater a leishmaniose visceral, bem como a educação nesse sentido. No entanto, nem sempre se verifica a adoção dessas providências pelos poderes públicos, cujos agentes sanitários, em regra, passam nas residências, coletam o sangue dos animais e os “diagnosticam” como soropositivos ou não para LV, decidindo-se, assim, sobre seu sacrifício.

Assim, sem qualquer envolvimento familiar na melhoria da qualidade do ambiente e do controle do vetor, a solução simplista de eutanásia do animal apenas abrirá espaço para a entrada de um novo cão imunoincompetente no lar, sem que qualquer medida efetiva de prevenção de nova contaminação seja adotada.

Quando se retira o animal de circulação, exterminando-o, estamos ensinando para a população que essa medida é “suficiente” para controle da LV, deixando de educá-la quanto ao valor da vida animal; quanto à necessidade de controle do ambiente; quanto a necessidade de se preocupar com saúde do seu animal a fim de se garantir também a saúde humana e da coletividade (saúde única), perpetuando-se assim o ciclo da contaminação.

Noutro giro, não se pode deixar de enfatizar que a manutenção do animal livre, em um ambiente limpo, sem lixos e entulhos (liberdades ambiental e comportamental) e, conseqüentemente, livre de insetos, animais peçonhentos e outros parasitas, bem como do animal bem nutrido, vacinado e saudável física e psicologicamente (liberdade nutricional, sanitária e psicológica) são medidas determinantes para estimular a capacidade do seu organismo a combater e debelar o parasitismo ao qual foi exposto. Todos esses fatores também são relevantes para uma resposta mais eficaz do animal a qualquer dos tratamentos existentes.

Importante, ainda, trazer à baila a relevância da esterilização dos animais, contaminados ou não, como ferramenta de controle da LV Can., pois, como já se comprovou, essa doença também se transmite de forma vertical (placentária) e por meio do sêmen do animal macho (venérea). Logo, ao se reduzir a reprodução dos animais, estará se reduzido o número de reservatórios expostos ao flebótomo e, conseqüentemente, ao protozoário, bem como aqueles animais contaminados, quando castrados e encoleirados/tratados, deixarão de transmitir a doença via coito ou placentária, tonando-se barreiras sanitárias.

Por todo o exposto, conclui-se que eliminar o cão pura e simplesmente como forma de controle, como propõe o MS como política pública, não é medida suficiente para se interromper o ciclo de transmissão. A ma-

---

téria é muito mais complexa e as soluções também, necessitando do envolvimento de todos, poderes públicos, classe médico veterinária e sociedade civil para seu combate responsável, bem como da rediscussão do plano de controle da leishmaniose visceral até hoje adotado pelo Ministério da Saúde, ante sua comprovada ineficácia.

A mudança paradigmática no sentido fundamentado acima está em perfeita consonância com o ordenamento jurídico pátrio. Vejamos.

À luz da Constituição da República, a análise da questão deve considerar, de um lado, a saúde pública como um dever do Estado, o que abrange, dentre outros aspectos, a implementação de políticas públicas que visem à prevenção e redução do risco de doenças (art. 196) e, de outro, o paradigma ético adotado em relação aos animais, enquanto seres sencientes (CAMBRIDGE, 2012) portadores de valor intrínseco e dignidade própria.

É esta compreensão que se extrai, atualmente, da regra constitucional de proibição da submissão dos animais à crueldade (art. 225, §1º, VII), de modo a estabelecer um imperativo moral categórico em favor dos seres sencientes, como reconhecimento do princípio da dignidade animal e do consequente *status* constitucional de sujeito de direitos aos animais não humanos.

O Brasil ainda fora signatário da Declaração Universal dos Direitos dos Animais, proclamada pela UNESCO, em Bruxelas, que, dentre outros dispositivos, garante aos animais o direito à existência (art. 1º) e ao respeito (art. 2º, “a”). Em específico, o art. 2º dispõe, *in verbis*: “Art. 2º. (...) b. o homem, enquanto espécie animal, não pode atribuir-se o direito de exterminar os outros animais, ou explorá-los, violando esse direito. Ele tem o dever de colocar a sua consciência a serviço dos outros animais; c. cada animal tem direito à consideração, à cura e à proteção” (ONU, 1978).

No Estado de Minas Gerais, a recente Lei 23.724/20 (MINAS GERAIS, 2020) passou a reconhecer expressamente o animal como ser senciente, sujeito de direito despersonificado, garantindo-lhe o acesso à tutela jurisdicional para a proteção de seus direitos, ressalvadas as exceções previstas na legislação específica.

A partir deste cenário jurídico-constitucional, a adoção de uma política de saúde pública voltada à gestão do risco decorrente da doença da leishmaniose visceral canina (LVC) deve partir do pressuposto de que o animal é também uma vítima da doença, de forma que, qualquer que seja a estratégia adotada, ela deve buscar, prioritariamente, a salvaguarda em conjunto da saúde humana e da saúde animal, através da propalada visão de Saúde Única (*One Health*).

Qualquer outra solução que adote a visão coisificada do animal, desconsiderando o seu direito à vida e ao tratamento digno da doença, ou dê prioridade ao aspecto econômico, em atenção aos custos de cada estratégia política, mais que ilegítima será inconstitucional, dando ensejo ao controle judicial sem que se possa alegar violação à separação de poderes.

A estratégia de Saúde Única exige o foco na prevenção, através de medidas educativas e de vigilância voltadas à higiene ambiental e à guarda responsável de animais, através, por exemplo, do uso de coleira repelente. Um dos grandes pilares da política pública deve ser a vacinação em massa de animais, através de campanhas de vacinação pública gratuita, como já ocorre em relação à raiva (BRASIL, 2011). Neste ponto específico, não há divergência jurídica.

A grande polêmica reside na solução aventada para a hipótese de contaminação do animal, uma vez que é recorrente a adoção, pelos Municípios, da solução de eutanásia de cães soropositivos. Para além das normas técnicas já referenciadas, alguns entes federativos estaduais e municipais optaram por legislar sobre a matéria. A Lei n. 9.108/2020 (SETE LAGOAS, 2020), do Município de Sete Lagoas/MG, por exemplo, somente autoriza a eutanásia de cães e gatos pela administração municipal, quando o animal estiver apresentando os sintomas para a leishmaniose, devendo ser realizado o teste rápido para a doença, acompanhado de laudo clínico veterinário (art. 6º, parágrafo único, II, “b”). Ou seja, a lei proibiu a eutanásia para o animal assintomático, independentemente de resultado de exame.

A Lei 9.677/2018, do Município de Presidente Prudente/SP (PRESIDENTE PRUDENTE, 2018), foi além para proibir a eutanásia de cães e gatos com leishmaniose pelos órgãos de controle de zoonoses, canis, abrigos públicos e congêneres. Contudo, em fevereiro do corrente ano de 2021, o TJSP julgou a lei inconstitucional por vício de iniciativa legislativa e por ofensa à reserva da Administração, por estabelecer obrigações a serem cumpridas pelo Poder Executivo e, consequentemente, implicar em ofensa ao princípio da separação de poderes (SÃO PAULO, 2021).

---

Apesar do reconhecimento da inconstitucionalidade formal, extrai-se tanto do parecer do Ministério Público como do acórdão do Órgão Especial do TJSP o entendimento de que a eutanásia de animais infectados deve ser medida de *ultima ratio*. Colha-se o seguinte trecho do parecer ministerial, expressamente referenciado no julgado: “Imperioso reconhecer que a eutanásia pelo poder público de cães e gatos infectados por Leishmanioses apenas pode ser adotada como medida extrema de preservação da saúde pública, não podendo servir como método de desoneração do orçamento municipal, o que importa afronta a outros preceitos constitucionais, mostrando-se contrária à proporcionalidade que deve ser o norte de toda e qualquer decisão administrativa, pois, é alvo de proteção constitucional, por força do art. 225, §1º, VII da CF, e do art. 193, X da CE/88” (SÃO PAULO, 2019). (grifos no original).

Em outro julgado de 12 de dezembro de 2017, o TJSP já tinha fixado o entendimento no sentido da excepcionalidade absoluta da eutanásia, garantindo ao animal, enquanto sujeito jurídico, o direito ao tratamento, em conjugação com medidas de prevenção da transmissão. O acórdão é digno de transcrição:

Se assim é, não há dúvidas de que o Município não pode simplesmente determinar que os cães portadores da Leishmaniose Canina sejam executados, sem que seja tentado qualquer tratamento, deixando de aplicar como política pública os meios preventivos de controle da saúde animal. (...) Há vasta medicina combativa dos males causados pela referida doença, à disposição para uso, além de meios eficazes para evitar a retransmissão do protozoário, não se justificando, portanto, o extermínio de cães. O que deve fazer o Poder Público é a adoção de medidas efetivas para combater o inseto vetor, verdadeiro transmissor da doença, atacando seu criadouro, e promover a conscientização da população quanto à gravidade da doença, as formas de transmissão e de prevenção. Afinal, não se trata de doença contagiosa, mas de doença vetorial, que só pode ser transmitida aos humanos e cães pela picada do inseto, podendo-se estabelecer uma comparação com a doença da dengue, também provocada pela picada do “*aedes aegypti*”. Evidentemente, a dengue não é combatida pela eutanásia humana, mas sim por políticas públicas de elaboração de planos e campanhas para controlar a proliferação do inseto vetor. Há ampla bibliografia científica documentando que o animal soropositivo para LVC, adequadamente tratado, sob supervisão de médico veterinário e protegido pelas medidas de prevenção, não apresenta protozoário na pele, não podendo, portanto, ser considerado infectante par ao inseto transmissor, podendo, portanto, conviver com seres humanos e com outros animais. (...) De fato, não tem sentido em submeter cães ao holocausto sem tentar tratar os animais doentes, devendo-se preservar os laços afetivos entre os cães e os humanos. Ainda, somente o Brasil, de todos os países em que a doença é endêmica, utiliza a eutanásia como solução para o problema, o que indica que não se tem adotado correta Política Pública de saúde para resolver a questão. Assim, não há dúvida de que a decisão não pode ser mantida, acolhendo-se o pedido do apelante para evitar que o animal seja exterminado, devendo continuar sendo submetido a tratamento junto a médico veterinário, podendo o Poder Público acompanhar o tratamento e auxiliar o requerido, caso necessário, no combate da doença (SÃO PAULO, 2017).

Para que se possa analisar a problemática sob a ótica do conflito de interesses (saúde humana x vida animal), no qual a saúde humana seja considerada como interesse prevalente, de acordo com a valoração realizada pela própria Constituição da República, em primeiro lugar, é preciso analisar se se trata de um conflito real (não aparente). A resposta positiva exige que se considere a existência de suporte científico inquestionável sobre a eficácia da eutanásia de cães soropositivos como medida de prevenção da saúde pública humana. Se houver dúvida razoável sobre esse ponto, nem se poderá considerar, propriamente, a existência de um conflito real de interesses, rechaçando-se de pronto a adoção de tal medida como política pública de saúde.

Para além da demonstração científica da eficácia da eutanásia, a realização do juízo de ponderação, com base no princípio da proporcionalidade, deve partir de uma lógica de inevitabilidade, de forma que considere, como já sustentado, a existência de medidas alternativas que também tenham eficiência comprovada como absoluta prioridade, de forma que a eutanásia constitua medida de *ultima ratio*, admitida apenas no caso de inviabilidade técnica (leia-se: não econômica), das demais medidas de prevenção e gestão do risco.

---

Dentro desta lógica de inevitabilidade, deve-se questionar, ainda, se há distinção, quanto ao grau de risco de transmissão, entre cães sintomáticos e assintomáticos, até porque a eutanásia de animais saudáveis é medida que requer maior cuidado, não podendo ser equiparada à eutanásia de caráter humanitário, quando fundamentada em indicação médica veterinária que considere o interesse e o sofrimento do próprio animal. Se houver indicação técnica de que animais assintomáticos representam menor risco de transmissão, o tratamento (caso recomendável) e as demais medidas de prevenção, como o uso de coleira repelente, devem ter prioridade absoluta sobre a eutanásia, não se revelando esta justificável para o caso.

Com base no entendimento retratado, deve-se considerar o tratamento do animal como estratégia prioritária. Sabe-se que a Portaria Interministerial nº 1426 (BRASIL, 2008), dos Ministros da Saúde e da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, proíbe a utilização de produtos de uso humano ou não registrado no MAPA, o que reduz fortemente a viabilidade prática do tratamento, já que o único medicamento aprovado até o momento tem alto custo.

Nada obstante, há consistente entendimento jurisprudencial no sentido da ilegalidade do ato normativo infralegal, por violar o livre exercício da profissão de veterinário e o Código de Ética do profissional, além de afronta à legislação protetiva dos animais. Neste sentido, é o julgado do TRF-3:

(...) 3. A Portaria n.º 1.426 é ilegal, porquanto extrapola os limites tanto da legislação que regulamenta a garantia do livre exercício da profissão de médico veterinário, como das leis protetivas do meio ambiente, em especial da fauna. 4. No tocante ao exercício profissional, a Lei n.º 5.517/68 ressalta, dentre as atribuições do veterinário, a prática da clínica em todas as suas modalidades, a assistência técnica e sanitária aos animais sob qualquer forma, o planejamento e a execução da defesa sanitária animal, o estudo e a aplicação de medidas de saúde pública no tocante às doenças de animais transmissíveis ao homem e as pesquisas e trabalhos ligados à biologia geral, à zoologia, à zootecnia bem como à bromatologia animal em especial, consoante se observa dos artigos 1º, 5º, alíneas a, c e d, e 6º, alíneas b e h. A mesma lei, que igualmente cria os Conselhos Federal e Regionais de Medicina Veterinária, consigna dentre as atribuições do CFMV, a expedição de resoluções para sua fiel execução e a organização do respectivo Código de Ética. Com base no mencionado artigo 16 Lei n.º 5.517/68 é que foi editado o Código de ética do Médico Veterinário, consubstanciado na Resolução n.º 722, de 16 de agosto de 2002, cujo artigo 10 preceitua a liberdade do veterinário na prescrição do tratamento que considerar mais indicado, incluídos os recursos humanos e materiais que entender necessários ao desempenho da profissão. 5. Resta claro, com base no aludido arcabouço normativo, que ao veterinário é que cabe decidir acerca da prescrição do tratamento aos animais, bem como quanto aos recursos humanos e materiais a serem empregados. A portaria, ao vedar a utilização de produtos de uso humano ou não registrados no competente órgão federal, viola os referidos preceitos legais e, por consequência, indiretamente, a liberdade de exercício da profissão, prevista no inciso XIII do artigo 5º da Constituição Federal, assim como o princípio da legalidade, que conta do inciso II. 6. A Portaria n.º 1.426 revela-se ilegal, ainda, por afrontar a legislação protetiva do meio ambiente, especialmente a Lei n.º 9.605/98, que tipifica, dentre os crimes ambientais, aqueles que são cometidos contra a fauna, e também a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, proclamada em assembleia da Unesco, em Bruxelas, no dia 27 de janeiro de 1978, que regulamenta a matéria no âmbito internacional, e que foi recepcionada pelo nosso sistema jurídico. 7. A proteção dos animais em relação às práticas que possam provocar sua extinção ou que os submetam à crueldade é decorrência do direito da pessoa humana ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no inciso VII do §1º do artigo 225 do texto constitucional. 8. A Constituição Federal, a Declaração de Bruxelas e as leis de proteção à fauna conduzem-se no sentido da proteção tanto da vida como contra os maus tratos. A vedação de medicamentos usados para humanos ou dos não registrados para aliviar ou evitar a doença em causa, desde que prescritos por quem de direito, representa séria violação e desrespeito aos estatutos mencionados. Os seres vivos, de maneira geral, e os animais em

---

particular, juntamente com os demais elementos que compõem a eco esfera, constituem o planeta Terra. Nada mais é que um organismo vivo, que depende para sua existência da relação equilibrada da fauna, da flora, das águas dos mares e dos rios e do ar. Somente tal compreensão pode garantir a existência das gerações futuras. Disso decorre a responsabilidade que cada um tem com o meio-ambiente. Pouco apreço pela vida ou por aquilo que a pressupõe significa descomprometimento com o futuro. Sabemos como reproduzir a vida, não como a criar efetivamente. Aquele que desmerece os seres com os quais tudo tem sentido atinge nossa identidade e perdeu ou não adquiriu a essência do que se chama humano. Por isso, é muito grave a edição da portaria de que se cuida nos autos. Produz a concepção de que os seres humanos desconsideram o cuidado necessário ecológico pelo qual somos responsáveis. 9. Por fim, não prospera a alegação de inconstitucionalidade da portaria em questão. Consoante já demonstrado, a matéria é sim objeto de lei e eventual afronta à Constituição Federal seria apenas reflexa. 10. Honorários em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa em razão da estimativa desta na petição inicial (R\$ 1.500,00), da peculiaridade da controvérsia e do trabalho desenvolvido pelo advogado. Custas ex vi legis. 11. Apelação provida. (SÃO PAULO, 2012). (grifei).

Neste sentido também foi a Recomendação 010/2008/GAB/FAM/PRMG (BRASIL, 2008) encaminhada pelo MPF ao Ministério da Saúde e ao MAPA, em 28 de julho de 2008, para revogar a Portaria, considerando a sua ilegalidade e lesividade aos direitos dos animais, de forma a lhes tolher o direito ao tratamento digno da doença, legitimando a eutanásia como primeira medida.

A aplicação da Portaria Interministerial nº 1426/08 (BRASIL, 2008) poderia levar ao entendimento de que, na impossibilidade de utilização do único medicamento aprovado, a eutanásia seria válida enquanto política pública adotada pela Administração municipal. Contudo, a sua invalidade, com base no entendimento citado, abre caminho para a realização do tratamento com outros medicamentos, quando indicado por médico-veterinário.

É verdade que entendimento acima retratado não é uníssono na jurisprudência. Outros julgados já corroboraram a possibilidade de captura de cães sororreagentes à LVC para realização de eutanásia, desde que assegurado ao guardião do animal o direito à contraprova (MINAS GERIAS, 2013). Contudo, há uma tendência, tanto a nível jurisprudencial como legal, em se reconhecer ao tutor do animal a possibilidade de optar pelo tratamento do cão diagnosticado com leishmaniose.

Neste sentido, por exemplo, é o PL 884/2019 (BRASIL, 2019), do Deputado Paulo Bengtson, que dispõe que, quando o cão for diagnosticado com LVC, o proprietário terá o direito de optar pelo tratamento ou pela eutanásia do animal. Contudo, tal disposição não se coaduna com o conceito de guarda responsável, estabelecido no art. 8º, III, da Lei mineira 21.970/16 (MINAS GERIAS, 2016), que impõe ao guardião o dever de considerar as necessidades físicas, biológicas e ambientais do cão ou gato, bem como a manutenção da saúde pública e do equilíbrio ambiental.

Ora, se o guardião tem o dever de prover as necessidades básicas do animal e de realizar as medidas para a proteção da saúde pública, não pode, ao seu talante, simplesmente optar pela eutanásia do animal, pois essa possibilidade é contrária aos direitos do animal e ao conceito de guarda responsável, de modo a considerar unicamente o já ultrapassado paradigma de coisificação dos animais.

Assim, não ser no caso de comprovada impossibilidade, deve o guardião arcar com os custos do tratamento do animal e realizar as demais medidas orientadas pelo médico veterinário e pelos órgãos de vigilância sanitária. No caso de animal errante ou cujo guardião for comprovadamente hipossuficiente, a responsabilidade pelo tratamento deve recair sobre o Poder Público municipal.

Isso porque, a partir do momento em que se reconhece a possibilidade de tratamento do animal, não se pode fazer distinção baseada tão somente na existência de guardião e na opção deste pelo tratamento, pois implicaria em injustificável discriminação com todos os demais seres sencientes, sujeitos de direitos. Tal providência resguarda apenas o interesse do guardião, mas desconsidera em absoluto o interesse do animal na manutenção da sua vida e na saúde.

A responsabilidade subsidiária do Poder Público municipal ancora-se no seu dever de prover o bem-estar dos animais domésticos em área urbana, em situação de vulnerabilidade, como corolário do dever constitucio-

---

nal do Estado de proteger a fauna e proibir a submissão dos animais à crueldade (art. 225, caput, e §1º, VII, da CRFB) (CUSTÓDIO apud DIAS, 2000). Foi neste sentido a recente decisão do TJMA que manteve a condenação ao Município de São Luís a resgatar, cuidar, identificar, buscar abrigo e adoção para todos os gatos que se encontrem na localidade conhecida como “Praça dos Gatos”, além de reconhecer o dano moral coletivo pela omissão do ente municipal (MARANHÃO, 2021).

Note-se que o Poder Público Municipal, como já abordado, tem o dever de adotar medidas voltadas à redução do risco de transmissão da doença, através de um programa de vigilância e controle que tome a prevenção como absoluta prioridade, através de programas de vacinação de animais, higiene ambiental e demais medidas já citadas. Se o Município é omissor quanto à realização do programa de prevenção, não pode se valer da sua omissão quando do agravamento do quadro para legitimar a política de extermínio em massa de animais, a pretexto de proteção da saúde pública. Neste caso, a solução adotada tem como único escopo a desoneração do orçamento municipal, como opção pela política de menor custo, em total desrespeito ao modelo de Saúde Única e ao princípio da dignidade dos animais.

Assim, não merece amparo a solução que desconsidera o direito à vida e à saúde do animal. A partir do momento em que se reconhece a possibilidade do guardião garantir o tratamento ao seu animal, deve-se garantir o mesmo direito a todos os demais cães que forem diagnosticados com LVC, sob pena de injustificável discriminação entre os seres sencientes e violação ao princípio da dignidade animal. Superado o argumento de proteção da saúde pública, o aspecto econômico jamais pode servir de fundamentação para uma política de extermínio de seres sencientes.

Em sentido semelhante, foi a decisão do TJSE, com destaque para o seguinte trecho:

(...). 1 - Deve ser ponderado que a leishmaniose não é doença contagiosa, mas sim vetorial, só podendo ser transmitida aos humanos e cães pela picada do inseto. Logo, o combate deve ser dirigido ao inseto vetor e não ao animal infectado. 2 – O risco de dano irreparável com o sacrifício de animais é patente, além de uma probabilidade do direito postulado pela existência de medidas alternativas de prevenção da leishmaniose. Recurso provido. Decisão unânime. (SERGIPE, 2019) (grifei).

Em síntese, a nível de regulamentação, verifica-se que a matéria necessita de urgente atualização, de acordo com o novo estatuto jurídico dos animais, a fim de se considerar efetivamente a eutanásia como medida extrema, somente justificável quando demonstrada a sua efetividade e, na linha inversa, a absoluta inefetividade das medidas anteriormente adotadas pelo Poder Público, como encoleiramento, vacinação, tratamento, educação e higienização ambiental. Se o Poder Público não adotou previamente tais medidas, não pode simplesmente adotar a eutanásia como medida primeira e principal, se valendo da sua omissão em prejuízo dos direitos fundamentais dos seres sencientes não humanos. Caso essa hipótese seja admitida, estaremos diante de inaceitável retrocesso social e moral, abrindo-se espaço para que a eutanásia indiscriminada de animais de rua volte a ser uma medida de controle populacional, o que não mais se coaduna com o sentimento coletivo representado pelo nosso atual estágio civilizacional.

Além disso, verificar-se-ia verdadeira esquizofrenia jurídica, na medida em que, por um lado, se reconhece o novo arranjo familiar que inclui os animais domésticos (leia-se: cães e gatos), através do conceito de família multiespécie, bem como se fortalece a proteção penal conferida a cães e gatos contra maus-tratos através da Lei Sansão (BRASIL, 2020), reconhecendo a especial noção de dignidade aplicada a essas espécies e sua importância no contexto social atual. E, por outro lado, de forma absolutamente incongruente, se coaduna com o animalicídio em massa desses animais sem que tal medida se revele absolutamente inevitável, do ponto de vista técnico.

Em relação à política pública municipal de gestão da leishmaniose, no caso concreto, o Ministério Público, enquanto curador da saúde pública e dos direitos dos animais, deverá verificar, de acordo com a ordem de prioridade: (1) se o Município está adotando efetivamente o modelo de saúde única; (2) se há política pública de controle populacional ético de animais no Município, com medidas de castração cirúrgica em massa (independen-

---

dente se o animal é soropositivo ou não para LV), educação animalista, registro, vacinação, etc; e (3) se o Município adotou previamente medidas preventivas, como distribuição de coleiras repelentes, higienização ambiental, educação ambiental, vacinação, tratamento, etc.

Registre-se que o MPMG, por meio da Coordenadoria Estadual de Defesa dos Animais, tem fomentado, através do Programa Regional de Defesa da Vida Animal – PRODEVIDA - a implementação nos municípios mineiros das políticas públicas de controle ético populacional de cães e gatos, de cuidados com a saúde animal e guarda responsável, bem como de educação animalista, nos termos definidos pela Lei Estadual n.21.970/16 (MINAS GERAIS, 2016) e da Lei Federal n.13.426/17 (BRASIL, 2017). Atualmente, 218 município mineiros já firmaram termos de ajustamento de conduta com o MPMG no sentido de efetivar essa política pública.

Logo, se as respostas aos questionamentos referidos acima forem negativas, não se poderá admitir a adoção da eutanásia como medida de política pública de combate à leishmaniose, já que o ente municipal não pode se valer da sua omissão para, a pretexto de consideração do custo econômico da medida, adotar postura contrária aos interesses fundamentais dos animais. Tal modelo nem mesmo atende ao próprio interesse de proteção e prevenção da saúde humana coletiva.

## CONCLUSÃO

Diante da análise dos argumentos técnicos e jurídicos explanados acima, conclui-se pela necessidade da mudança paradigmática no controle da leishmaniose visceral no Brasil, a fim de que o Poder Público invista em políticas públicas eficazes de prevenção do contágio tanto pelos homens quanto pelos animais, como o controle de vetores e a aplicação de coleiras repelentes e vacinas nos cães, bem como viabilize o tratamento médico veterinário dos animais infectados por seus tutores de forma universal, tendo em vista o preceito constitucional do art. 225, § 1º, VII, que veda a submissão de animais à crueldade e a demonstração de que a eutanásia dos animais infectados como praticada atualmente não foi suficiente para redução da doença no país.

## ENUNCIADO

Compete ao Ministério Público zelar pela efetivação de políticas públicas no controle da leishmaniose visceral que tenham como pressuposto a saúde única e que sejam efetivamente eficazes na prevenção e no combate à propagação da doença tanto entre os humanos quanto entre os animais, adotando-se como diretrizes primordiais o controle de vetores, a limpeza do ambiente, a vacinação, a aplicação de coleiras repelentes nos cães e a esterilização desses, bem como tratamento médico veterinário dos animais infectados, de forma a conjugar os preceitos constitucionais de proteção da saúde pública e o princípio da dignidade animal, restando a eutanásia de animais como medida de *ultima ratio*.

## BIBLIOGRAFIA

ARAGÃO LVO; DOURADO JCL; PACHECO JJ. Leishmaniose visceral em Teresina, PI. 1995-2006. Avaliação da eliminação de cães soropositivos como medida de controle. In: Congresso Brasileiro de Medicina Veterinária, Gramado, Brasil, 2008. Disponível em: [www.sovergs.com.br/conbravet2008/anais/cd/resumos/R0587-1.pdf](http://www.sovergs.com.br/conbravet2008/anais/cd/resumos/R0587-1.pdf). Acesso em 27 de julho/2021.

ARAÚJO, Tânia Maria de; OLIVEIRA, Simone Souza de. Avaliação das ações de controle da leishmaniose visceral (calazar) em uma área endêmica do Estado da Bahia, Brasil (1995-2000). Cadernos de Saúde Pública [online]. Rio de Janeiro. 2003, v. 19, n. 6, pp. 1681-1690. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0102-311X2003000600012>>. Epub 23 Jan 2004. ISSN 1678-4464. Acesso em 27 de agosto/2021.

- BANETH G; BOURDEAU P; BREITSCHWERDT E; CAPELLI G; CARDOSO L; DANTAS-TORRES F; DAY MJ; DOBLER G; FERRER L; IRWIN P; JONGEJAN F; KEMPF VAJ; KOHN B; LAPPIN M; LITTLE S; MADDER M; MAGGI R; MAIA C; MARCONDES M; MIRÓ G; NAUCKE T; OLIVA G; PENNISI MG; PENZHORN BL; PEREGRINE A; PFEFFER M; ROURA X; SAINZ A; SHIN S; SOLANO-GALLEGO L; STRAUBINGER RK; TASKER S; TRAUB R; WRIGHT I; BOWMAN DD; GRADONI L; OTRANTO D. Canine Leishmaniasis Control in the Context of One Health. *Emerg Infect Dis*. 2019 Dec;25(12):1-4. doi: 10.3201/eid2512.190164. PMID: 31742505; PMCID: PMC6874277. <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/31742505/>. Acesso em: 22 set/2021
- BARBOSA, Fernando Sérgio; FONTES, Gilberto; GAMA-MELO, Marcella Oliveira; GONTIJO, Célia Maria Ferreira; QUARESMA, Patrícia Flávia; SANTOS, Gilmar; VAZ, Talita Pereira.. Evaluation of the euthanasia of seropositive dogs for canine visceral leishmaniasis as the only method of controlling the disease in the enzootic area in the Midwestern Minas Gerais. *Pesquisa Veterinária Brasileira* [online]. 2020, v. 40, n. 2, pp. 107-112. Available from Epub 09 Apr 2020. ISSN 1678-5150. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1678-5150-PVB-6165>. <https://www.scielo.br/j/pvb/a/WMz5Qg8cb4MzRQWxPs68SSb/?lang=en#>. Acesso em: 22 set/2021.
- BARROUIN-MELO, Stella Maria; BECERRA, Dinah R.D.; BORJA, Lairton S.; FRANKE, Carlos R.; LARANJEIRA, Daniela F.; MAGALHÃES-JUNIOR, Jairo T.; NERY, Gabriela.; SOUZA, Bárbara M.P.S.; VERAS, Patrícia S.T. Evaluation of parasite infectivity for *Lutzomyia longipalpis* by xenodiagnosis in dogs treated for natural visceral leishmaniasis. Salvador/BA. 2017. *Pesquisa Veterinária Brasileira* 37(7):701-707. Laboratório de Infectologia Veterinária, Escola de Medicina Veterinária e Zootecnia (MEVZ), Universidade Federal da Bahia (UFBA). Bras. julho 2017.
- BEVILACQUA, Paula Dias; ALVES, Waleska Alexandre. Reflexões sobre a qualidade do diagnóstico da leishmaniose visceral canina em inquéritos epidemiológicos: o caso da epidemia de Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil, 1993-1997. Rio de Janeiro. *Cad. Saúde Pública* 20 (1) • Fev 2004 • p.259-265. <https://doi.org/10.1590/S0102-311X2004000100043> . Acesso em 20 de agosto/2021.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. 2019. Projeto de Lei n 884/2019, que dispõe que, quando o cão for diagnosticado com LVC, o proprietário terá o direito de optar pelo tratamento ou pela eutanásia do animal. Deputado Paulo Bengtson. Acompanhe a tramitação em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192360>. Acesso em: 12 de julho de 2021.
- \_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. 2011. Projeto de Lei n. 1738/11, para tornar obrigatória a vacinação de cães e gatos contra a leishmaniose em todo o território nacional, como medida voltada à prevenção e controle da doença. Deputado Geraldo Resende Acesse a tramitação em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=510841>. Acesso em: 12 de julho de 2021.
- \_\_\_\_\_. Lei Federal n. 14.062. 29 de setembro de 2020. Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para aumentar as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos animais quando se tratar de cão ou gato. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/L14064.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14064.htm)). Acesso em: 13 de julho de 2021.
- \_\_\_\_\_. Lei Federal n. 13.426. 30 de março de 2017. Dispõe sobre a política de controle da natalidade de cães e gatos e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13426.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13426.htm). Acesso em 10 de julho de 2021.
- \_\_\_\_\_. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. NOTA TÉCNICA Nº 11/2016/CPV/DFIP/SDA/GM/MAPA. Brasília. 01/09/2016. BARBARA AGATE BORGES CORDEIRO, chefe. e JANAINA GONCALVES GARCONE, Diretor(a). Disponível em: <https://www.sbmt.org.br/portal/wp-content/uploads/2016/09/nota-tecnica.pdf>. Acesso em 16 de agosto/2021.
- \_\_\_\_\_. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Ministério da Saúde. Portaria Interministerial nº 1426. 11 de julho de 2008, que proíbe a utilização de produtos de uso humano ou não registrado no MAPA. Disponível em: [https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2008/pri1426\\_11\\_07\\_2008.html](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2008/pri1426_11_07_2008.html). Acesso em: 05 de julho de 2021.

- \_\_\_\_\_. Ministério Público Federal. Recomendação 010/2008/GAB/FAM/PRMG. 28 de julho de 2008. Remetida ao MAPA e MS para a revogação da Portaria Interministerial nº 1426/08.
- \_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. NOTA TÉCNICA Nº 5/2021-CGZV/DEIDT/SVS/MS – Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/saude-lanca-nova-estrategia-para-controlar-da-leishmaniose-visceral>. Acesso em 23 de set/2021.
- \_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em saúde. Guia de Vigilância Epidemiológica. 6ª ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2005, p.467-501.
- BRASILEISH. Diretrizes para diagnóstico, estadiamento, tratamento e prevenção da LEISHMANIOSE Canina. 2018. <https://issuu.com/integrativa.vet/docs/brasileish-diretrizes-lvc>.
- CAMBRIDGE. Declaration on Consciousness. Cambridge: Universidade de Cambridge, 2012. Disponível em: <http://fcmconference.org/img/CambridgeDeclarationOnConsciousness.pdf>. Acesso: 22 mar.2017.
- CARVALHO, Fernando Aécio de Amorim; CHAVES, Francisco Cardoso; COSTA, Carlos Henrique N.; FARIAS, Geovani Cardoso; GOUVÊA, Marcus Vinícius; PEREIRA, Teresinha de Jesus Cardoso Farias; SILVA, Fernando Oliveira da; WERNECK, Guilherme L. Avaliação da efetividade das estratégias de controle da leishmaniose visceral na cidade de Teresina, Estado do Piauí, Brasil: resultados do inquérito inicial – 2004. Rio de Janeiro-RJ, Brasil. *Epidemiol. Serv. Saúde* [online]. 2008, vol.17, n.2, pp.87-96. ISSN 1679-4974. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5123/S1679-49742008000200002>. Acesso 02 de agosto de 2021.
- CASTAGNARO, Massimo; CROTTI, Alberto; GRADONI, Luigi; LUBAS, George; MAROLI, Michele; OLIVA, Gaetano; PALTRINIERI, Saverio; ROURA, Xavier; ZATELLI, Andrea; ZINI, Eric. CANINE LEISHMANIASIS: GUIDELINES FOR DIAGNOSIS, STAGING, THERAPY, MONITORING AND PREVENTION Part II: Therapeutic approach. *Veterinaria*, Ano 22, n. 6, Dicembre 2008. Disponível e: [https://www.gruppoleishmania.org/files/GSLC\\_LG\\_terapia\\_leishmaniosi.pdf](https://www.gruppoleishmania.org/files/GSLC_LG_terapia_leishmaniosi.pdf). Acesso em 20 de setembro/2021.
- COSTA, Carlos Henrique Nery; VIEIRA, João Batista Furtado. Mudanças no controle da leishmaniose visceral no Brasil. *Revista da Sociedade Brasileira de Medicina Tropical*. 34(2).mar/abril, 2001. p.223-228. **Rio de Janeiro** Vol. 34, Ed. 2. Disponível em: <https://www.proquest.com/openview/3ea4f7530b33a6a442ba310d174d10f4/1?pq-origsite=gscholar&cbl=1796426>. Acesso em: 17 de maio de 2021.
- CUSTÓDIO, Helita Barreira, 1997, Parecer dado para servir de subsídio à Redação do Novo Código Penal Brasileiro em 1997, apud DIAS, Edna Cardoso, 2000.
- DINIZ, S.A., MELO, M.S., BORGES, A.M., 2005. Genital lesions associated whit visceral leishmaniasis and shedding of Leishmania sp. In the semen of naturally infected dogs. *Vet. Pathol.* 42, 650 – 658.
- DYE C. The logic of visceral leishmaniasis control. *Am J Trop Med Hyg.* 1996 Aug;55(2). P.125-130. doi: 10.4269/ajtmh.1996.55.125. PMID: 8780448. ISSN.0002.9637. Disponível em <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/8780448/>. Acesso em 17.08.21.
- DRUMOND, Karina Oliveira; COSTA, Francisco Assis Lima. Forty years of visceral leishmaniasis in the State of Piauí: a review. *Revista do Instituto de Medicina Tropical de São Paulo* [online]. 2011, v. 53, n. 1, pp. 3-11. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0036-46652011000100002>>. Epub 04 Mar 2011. ISSN 1678-9946. <https://doi.org/10.1590/S0036-46652011000100002>. Acesso em 24 de setembro/2021.
- FLEISCHER, Bernhard; MEINECKE, Christoph K.; OSKMA, Linda; SCHOTTELIUS, Justus. Congenital Transmission of Visceral Leishmaniasis (Kala Azar) From an Asymptomatic Mother to Her Child. *Pediatrics*, novembro de 1999, 104 (5) e65; Disponível em: <https://pediatrics.aappublications.org/content/104/5/e65.full>. Acesso em 23 de setembro/2021.
- FONSECA, EM LS da; GOUVEA, MF; NOE, A; ONSELEN, P & JV. Avaliação da eficácia de três protocolos terapêuticos utilizados no tratamento da leishmaniose visceral canina. *International Journal for Innovation Education and Research*, 9 (3), 129-139. <https://doi.org/10.31686/ijer.vol9.iss3.2980>. 2021.

- 
- JUNIOR, Afonso Alvarez Perez; RISTOW, Luiz Eduardo. DESVENDANDO O DIAGNÓSTICO DA LVC. Goiania. 2011. Disponível em: <http://www.tecsa.com.br/assets/pdfs/desvendando-o-diag-da-lvc%202011-goiania.pdf>. Acesso em 18 de agosto/2021.
- MARANHÃO. Tribuna de Justiça do Maranhão. Apelação n. 0807190-32.2017.8.10.0001, acórdão de 01 de julho de 2021. Disponível em: <https://www.tjma.jus.br/>. Acesso em 15 de julho de 2021.
- MINAS GERAIS. Lei n. 21.970. 15 de janeiro de 2016. Dispõe sobre a proteção, a identificação e o controle populacional de cães e gatos. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=21970&comp&ano=2016>. Acesso em 03 de julho de 2021.
- \_\_\_\_\_. Lei n. 23.724. 18 de dezembro de 2020. Acrescenta parágrafo ao art. 1º da Lei nº 22.231, de 20 de julho de 2016, <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=23724&comp=&ano=2020>. Acesso em 03 de julho de 2021.
- \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento n. 10105130144535001 MG, Relator: Edilson Fernandes. Data de Publicação: 23/08/2013. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/>. Acesso em 12 de julho de 2021.
- ONU. UNESCO. Declaração Universal dos Direitos dos Animais. Bruxelas, 27 de janeiro de 1978. Disponível em: <http://www.urca.br/ceua/arquivos>. Acesso: 29 de abr. 2021.
- PRESIDENTE PRUDENTE. Lei Municipal n. 9.677. 2018. São Paulo. Disponível em: <https://www.camaraprudente.sp.gov.br/>. Acesso em: em 10 de julho de 2021.
- RISTOW, Luiz Eduardo. Novos mecanismos de transmissão da Leishmaniose Visceral canina. 2011. Disponível em: [www.tcsa.com.br](http://www.tcsa.com.br). Acesso em 10 de agosto de 2021.
- ROZE, Maurice. Canine Leishmaniasis: Na Update in Diagnosis and Treatment. Marseille, França. Outubro de 2003. 28th World Small Animal Veterinary Association. Disponível em: <https://www.vin.com/apputil/content/defaultadv1.aspx?pId=8768&meta=generic&catId=18822&id=3850193>. Acesso: 18.08.2021.
- SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n. 40041464620188240000, Relator: Jorge Luiz de Borba, Data de Julgamento: 05/05/2020, Primeira Câmara de Direito Público. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/>. Acesso em 05 de julho de 2021.
- SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. STF e a solução de conflitos de competências legislativas em matéria ambiental. In: *Conjur*, 17 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-17/direitos-fundamentais-stf-conflitos-competencia-legislar-materia-ambiental?pagina=2> Acesso em 06 de julho de 2021.
- SÃO PAULO. Ministério Público de São Paulo. 2019. ADI n.03. Pareceres. [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Assessoria\\_Juridica/Controle\\_Constitucionalidade/ADIns\\_3\\_Pareceres2019](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Assessoria_Juridica/Controle_Constitucionalidade/ADIns_3_Pareceres2019) Acesso em 05 de julho de 2021.
- \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. ADI 2098044-93.2018.8.26.0000, acórdão de 15 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em 11 de julho de 2021.
- \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 1000109-48.2017.8.26.0439, de 12 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em 11 de julho de 2021.
- \_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal 3ª Região. AC: 12031 MS 0012031-94.2008.4.03.6000, Relator: JUIZ DAVID DINIZ. Data de Julgamento: 13/09/2012. QUARTA TURMA. Disponível em: [https://www.trf3.jus.br/carta-servicos/jurisprudencia?sword\\_list%5B0%5D=jurisprudencia&no\\_cache=1](https://www.trf3.jus.br/carta-servicos/jurisprudencia?sword_list%5B0%5D=jurisprudencia&no_cache=1). Acesso em 20 de julho de 2021.
- SERGIPE. Tribunal de Justiça de Sergipe. Agravo de Instrumento nº 201800723923 nº único0007509-82.2018.8.25.0000 - 2ª CÂMARA CÍVEL. Relator (a): José dos Anjos - Julgado em 14/05/2019. Disponível em: <https://www.tjse.jus.br/portal/>. Acesso em 07 de julho de 2021.
-

---

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Sergipe. Agravo de Instrumento nº 00075098220188250000. Relator: José dos Anjos. Data de Julgamento: 14/05/2019. 2ª CÂMARA CÍVEL. Disponível em: <https://www.tjse.jus.br/portal/>. Acesso em 07 de julho de 2021.

SETE LAGOAS. Lei Municipal 9.108/2020. Disponível em: [https://sapl.setelagoas.mg.leg.br/norma/pesquisar?tipo=&numero=&ano=&data\\_0=&data\\_1=&data\\_publicacao\\_0=&data\\_publicacao\\_1=&ementa=&assuntos=&salvar=Pesquisar](https://sapl.setelagoas.mg.leg.br/norma/pesquisar?tipo=&numero=&ano=&data_0=&data_1=&data_publicacao_0=&data_publicacao_1=&ementa=&assuntos=&salvar=Pesquisar). Acesso em: 17 de julho de 2021.

SILVA, F.L., OLIVEIRA, R.G., SILVA, T.M., et al., 2009. Veneral transmission of canine visceral leishmaniasis. *Vet Parasitol.* 160 (1-2): 55 – 9.

## A inconstitucionalidade dos julgamentos pelas turmas recursais sem fundamentação

CALIXTO OLIVEIRA SOUZA

*Promotor de Justiça de Divinópolis*

### SUMÁRIO

**Introdução - 1 Obrigatoriedade da fundamentação de decisões de mérito - 2 A fundamentação nos Juizados Especiais - 3 A sagrada fundamentação - 4 Exemplos absurdos - 5 Quanto à importância da causa - 5.1 Penas pequenas, consequências grandes - 6 Sobre a impossibilidade de exclusividade dos Juízes - 7 O Rei está nu - Conclusão.**

### ENUNCIADO

O § 5º do artigo 82 da Lei 9.099/95, que permite julgamentos sem fundamentação pelas Turmas Recursais, é inconstitucional

### SÍNTESE DOGMÁTICA

O artigo 82, em seu parágrafo § 5º, da Lei 9.099/95, ao permitir a confirmação de uma decisão criminal pela Turma Recursal “pelos seus próprios fundamentos” não está em harmonia com a Constituição da República, que determina no artigo 93, inciso IX, que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. O § 5º do artigo 82 da Lei dos Juizados Especiais é, portanto, inconstitucional.

### INTRODUÇÃO

Trata-se aqui de um estudo a respeito da inconstitucionalidade dos julgamentos pelas Turmas Recursais sem fundamentação, “mantendo as decisões pelos seus próprios fundamentos”, analisando-se o que preveem a Constituição da República e a Lei 9.099/95, além do senso comum. O trabalho está de acordo com o tema do XIV Congresso Estadual do Ministério Público de Minas Gerais, “Caminhos do Ministério Público e as fronteiras da inovação”, ao enfrentar intrigante questão envolvendo o julgamento de milhares de recursos no Estado de Minas Gerais. A matéria parece simples, mas se complica em razão de opiniões que acreditam estar sustentadas pelo pragmatismo, quando estão, na verdade, divorciadas da sagrada preocupação com a realização da verdadeira Justiça. O presente trabalho busca jogar luz sobre o problema, na intenção de contribuir para que não apenas o titular da ação penal pública, mas também os autores de ações penais privadas e os réus possam ter respostas satisfatórias para suas demandas na segunda instância dos Juizados Especiais.

---

## 01 - OBRIGATORIEDADE DA FUNDAMENTAÇÃO DE DECISÕES DE MÉRITO

Por determinação do artigo 93, inciso IX, da Constituição da República, “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.”

Yasmin Gonçalves Faria, em brilhante artigo no site [direitonet.com.br](http://direitonet.com.br), menciona a determinação da Constituição da República e do Código de Processo Civil, que norteia o Código de Processo Penal quando este não contém disposições especiais:

*O Direito reflete a sociedade, existindo uma relação íntima de influência entre ambos; sendo assim, conclui-se que a evolução do Direito se pauta nos anseios e na evolução da própria sociedade. O dever de fundamentar não teve origem na Constituição Federal de 1988, mas remonta ao Código Filipino, conforme as leis portuguesas da época.*

*Ocorre que mesmo alcançando a sua independência, o Brasil continuou determinando em suas legislações a obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais, devendo a sentença ser clara, bem como cabendo ao juiz abordar todos os pontos apresentados pelas partes, motivando com precisão o seu julgamento, e declarando sob sua responsabilidade a lei.*

*Ressalta-se que a fundamentação das decisões judiciais visava, desde os tempos de colônia, a garantir que a lei fosse cumprida e a arbitrariedade do Poder Judiciário fosse afastada do processo, garantindo a imparcialidade do juízo, bem como se evitasse o abuso do subjetivismo.*

*Estando o juízo obrigado a fundamentar as suas decisões, garante-se que as decisões serão sempre tratadas de acordo com a lei e, conseqüentemente, uma maior segurança jurídica aos indivíduos que estão sujeitos a essa lei.*

*Nesse sentido, vale ressaltar que Rui Portanova destacou que a vinculação do juiz e da sentença à lei são o objetivo final do processo, concretizando a atuação da vontade da lei, a segurança jurídica e a manutenção da ordem pública quando ofendidas pelo conflito.*

*O fim da sentença e sua fundamentação é “restaurar o império da lei e do Direito objetivo”.*

*A razão ideológica da fundamentação das decisões judiciais possui raízes profundas na necessidade de superar o Antigo Regime (Absolutismo), tendo em vista que o arbítrio do Poder Judiciário seria afastado, passando a sua função a ser meramente técnica e sua razão fundada na lei.*

*Ademais, por meio da fundamentação seria possível fiscalizar e limitar a atuação do magistrado, haja vista que a legalidade instruía as condutas do Estado de Direito.*

*A universalização do dever do Poder Judiciário de fundamentar as decisões foi um importante instrumento criado pelos Estados, a fim de simplificar a administração da Justiça, com a criação de precedentes judiciais e o controle das instâncias inferiores pelas superiores.”*

O texto acima não se aplica apenas às decisões de primeira instância, o que nos parece óbvio. A determinação constitucional, porém, vem sendo considerada letra morta quando as decisões são proferidas pelas Turmas Recursais. Ninguém em sã consciência ousa estender aos Tribunais a liberalidade de permitir que façam julgamentos que “confirmam a sentença pelos próprios fundamentos”. No entanto, a Lei dos Juizados Especiais traz essa permissão às Turmas Recursais como se isso fosse a coisa mais natural do mundo.

## 02 - A FUNDAMENTAÇÃO NOS JUIZADOS ESPECIAIS

A fundamentação das decisões é um dos pilares da Justiça. Como visto acima, só mesmo um sistema absolutista comporta decisões sem a exposição dos motivos desta.

Os Juizados já haviam criado algo novo ao permitirem decisões sem relatório, o que me parece temerário e indefensável, embora o presente trabalho não esteja se debruçando sobre o assunto. A liberalidade em relação ao

---

relatório está no artigo 38 da Lei 9.099/95: “A sentença mencionará os elementos de convicção do Juiz, com breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório”.

O § 3º do artigo 81, disciplinando a sentença no Juizado Especial Criminal, repete a facilidade concedida aos julgadores:

*Art. 81*

(...)

*§ 3º A sentença, dispensado o relatório, mencionará os elementos de convicção do Juiz.*

É sabido que o relatório obriga o Juiz (assim como o Advogado, o Promotor de Justiça ou qualquer outro profissional que formulará uma peça processual) a demonstrar que leu, analisou e entendeu o processo, pois para relatar é necessário entender. São comuns os casos em que o profissional do direito faz uma leitura superficial do processo e acredita ter um entendimento formado, mas ao fazer o relatório ele percebe que falta uma informação em um laudo, que os depoimentos das testemunhas são conflitantes, que alguma exigência processual não foi obedecida etc. A feitura do relatório, não raro, muda tudo.

A questão aqui debatida, porém, restringe-se ao problema da falta de fundamentação.

A fundamentação poderia até mesmo ser um argumento para se dizer que há uma suplementação do relatório, pois para fundamentar é preciso conhecer o processo. Ela exige conhecimento não apenas do direito, mas também dos fatos.

Mas a Lei 9.099/95 foi muito longe e ousou dispensar a fundamentação no julgamento de segunda instância, o que fez em seu artigo 46, em total afronta à Constituição da República:

*Art. 46. O julgamento em segunda instância constará apenas da ata, com a indicação suficiente do processo, fundamentação sucinta e parte dispositiva. Se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão.*

A Lei começa falando em “fundamentação sucinta” no julgamento de segunda instância e termina permitindo que a sentença, nesse julgamento, seja “confirmada pelos seus próprios fundamentos”.

E o § 5º do artigo 82, dispendo sobre o Juizado Especial Criminal, repete a liberação da obrigação:

*Art. 82*

(...)

*§ 5º Se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão.*

É uma facada no peito de quem lida com a Justiça, sejam Promotores de Justiça, Advogados ou Defensores Públicos.

Como explicar para o réu, para a vítima, para as famílias ou para a sociedade, que também anseia por Justiça, que a Turma Recursal não explicou por que não julgou como foi requerido no recurso? Que ela manteve uma decisão evidentemente equivocada, aparentemente por não ter tomado conhecimento do erro? Ou será que ela concordou com o erro?

### **03 – A SAGRADA FUNDAMENTAÇÃO**

Não existe discussão sem fundamentação. Expressões como “porque sim”, “porque eu quero” ou “porque sou eu quem manda” não aceitam discussões. São utilizadas por pais de filhos pequenos, por patrões, chefes, superiores militares ou ditadores.

---

Quando se trata da Justiça, por outro lado, é impensável que alguém lance um ou vários argumentos contra determinado entendimento e o responsável pelo julgamento diga simplesmente que o entendimento questionado está certo e pronto, pelos seus próprios fundamentos.

Ora, essa situação é inadmissível em qualquer discussão. É impossível imaginar uma situação em que alguém lance argumentos contrários e seja obrigado a engolir que aquilo que ele estava combatendo “está certo, com base no que já foi dito pelo próprio autor do argumento contestado”. Não é natural. O ser humano não se satisfaz com tais decisões.

## 04 – EXEMPLOS ABSURDOS

São conhecidos à exaustão os casos de Juízes que, nas Turmas Recursais, mantêm “pelos seus próprios fundamentos” decisões diferentes daquelas que eles proferem em decisões monocráticas. Não se está falando aqui apenas em fatos, mas também em direito. O mesmo Juiz que considera justa e necessária uma indenização de R\$ 4.000,00 por dano moral para um caso de extravio de mala em aeroporto, por exemplo, mantém, “pelos seus próprios fundamentos” uma decisão em caso idêntico que condena a uma indenização de R\$ 1.000,00. Fatos iguais, direito diferente aplicado. O mesmo juiz que condena um condutor de veículo por ter desobedecido uma ordem policial de parada em uma blitz para diversas averiguações, absolve outro condutor em caso idêntico, “mantendo pelos seus próprios fundamentos” uma decisão em que o Juiz *a quo* considera não configurar desobediência, mas infração administrativa, a desobediência à ordem de parada dada por policiais militares, por se tratar de interesse meramente de trânsito, esquecendo-se que a polícia, ao fazer averiguações em veículos, pode encontrar flagrantes de crimes ou até mesmo cumprir mandados de prisão; não se trata apenas de questão de trânsito. O Ministério Público, em casos como esse, tem todos os seus argumentos apresentados nas razões de recurso ignorados, desperdiçados, jogados no lixo. Fica sem resposta.

São comuns também os julgamentos em que o relator, o revisor ou o vogal, após uma leitura superficial do processo, ou nem isso, acompanha uma decisão absurda de primeira instância. Isso porque, evidentemente, não leu os argumentos do recorrente, os quais apontavam os erros do primeiro julgador.

Parece-nos desnecessário trazer aqui exemplos reais, com nomes e números de processos, mas todos os profissionais que atuam no Juizado Especial, sem exceção, têm exemplos de casos como os citados acima para compartilhar.

Ainda que não haja um equívoco; ainda que se considere bem fundamentada e bem escrita a sentença recorrida, a parte recorrente apresenta argumentos, expõe fatos e divergências jurisprudenciais, cita a legislação olvidada, enfim, leva ao colegiado um material que merece ser apreciado.

Ademais, ainda que os argumentos sejam infundados, que sejam apenas o exercício do mais básico *jus sperneandi*, deve a Turma Recursal ler as razões e expor os motivos de não se deixar convencer. É esse o mandamento constitucional

## 05 - QUANTO À IMPORTÂNCIA DA CAUSA

Alega-se que os Juizados Especiais julgam causas menores, de menor valor, ou crimes de menor potencial ofensivo e contravenções penais, que trazem consequências menos gravosas para os condenados (raramente resultando em prisão) e para a sociedade, o que justifica uma maior superficialidade no julgamento, que deve ser feito rapidamente para que os Juizados atinjam sua principal finalidade: a celeridade.

Que absurdo!

Pode-se e deve-se buscar a celeridade. Justiça tardia não é justiça. Essa almejada celeridade, contudo, não deve ser obtida pagando-se o preço da baixa qualidade do serviço prestado. Ora, a própria lei dos Juizados Especiais já facilita muito para que seja obtida a celeridade. Não são julgadas causas complexas, as provas são mais simples, há poucas exigências processuais, os recursos são mínimos. Todas essas providências parecem-me acertadas e suficientes para que o julgador conheça o fato e aplique o direito sem demora. Ninguém duvida que as partes e os operadores do direito assim preferem. As regras são para todos e são satisfatórias.

---

O elo fraco, porém, está no julgamento dos recursos. Em nome da celeridade, presta-se um serviço de má qualidade. Frustra-se aquele que acreditava em um segundo julgamento, um dos pilares da Justiça, que não pode depender apenas de um indivíduo.

É natural quando o recorrente, ao ver um julgamento contrário ao seu interesse, resigna-se à derrota por verificar que o colegiado debruçou-se sobre o caso e decidiu por maioria, com fundamentação, embora dando o ganho da causa para seu oponente.

Triste, por outro lado, é ter a impressão, após uma derrota inacreditável na Turma Recursal, de que os sobrejuizes nem seriam capazes, após o julgamento, de reproduzir os fatos com todos os detalhes nem citar o direito e a jurisprudência em que embasaram seus vereditos.

Registre-se aqui, por uma questão de justiça, que um grande número de Juizes de Turmas Recursais não se aproveitam da liberalidade concedida e fundamentam todos as suas decisões como relatores. Alguns chegam ao ponto de, ao proferirem um voto divergente, ainda que saibam que este será vencido, expor as razões desse voto. Isso é profissionalismo, respeito às partes e à Constituição da República.

## 5.1 - PENAS PEQUENAS, CONSEQUÊNCIAS GRANDES

Qualquer pessoa pode ser ré, e não apenas aqueles que não se importam em ver seus nomes manchados por uma condenação criminal injusta. Qualquer pessoa que se preocupa com sua ficha criminal pode, por circunstâncias da vida, ver-se de repente diante de um julgamento injusto, com chance de corrigir a injustiça somente com um recurso para a Turma Recursal. As injustiças e o descaso com o cuidado no julgamento pelas Turmas, porém, podem acabar contribuindo para aceitação de transações penais sem qualquer culpa. Sabendo qual é o Juiz que irá julgar e que as Turmas Recursais vão “manter a decisão por seus próprios fundamentos” aceita-se qualquer proposta para evitar enfrentar o mérito. Ademais, há casos em que o indivíduo nem tem alternativa: terá que enfrentar o processo, o que será uma temeridade por ser o julgamento totalmente dirigido pelo Juiz monocrático, com confirmação da decisão “pelos seus próprios fundamentos” pela Turma Recursal.

No lado oposto há o interesse do acusador privado, representado pela vítima, nos crimes de ação privada, e o da sociedade, representada pelo Ministério Público nos crimes de ação penal pública. É muito frustrante para o Promotor de Justiça ou para o querelante ter que se contentar com uma decisão absolutória sem uma análise correta das provas ou, em muitos casos, com aplicação equivocada do direito. O recurso, muitas vezes, com razões muito bem expostas, questionando a decisão, nem é lido. Caso seja, a Turma Recursal não demonstra que o fez. Em várias oportunidades a decisão é absurda e sabe-se que os Juizes da Turma Recursal não julgariam assim monocraticamente. A decisão do colegiado, porém, começa com o relator dizendo que “mantém a decisão pelos seus próprios fundamentos” e termina com as lacônicas palavras dos demais: “acompanho o relator”.

## 6 – SOBRE A IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSIVIDADE DOS JUÍZES

O argumento segundo o qual há uma limitação de Juizes, o que impossibilita a exclusividade nas Turmas Recursais, viabilizando que a Lei dos Juizados determine que as Turmas são compostas por Juizes de primeira instância, não se sustenta se comparado a qualquer outra atividade, seja ela da Justiça, da medicina, do comércio, da educação, da segurança etc. Fiquemos na medicina. Imagine como seria se em cirurgias mais simples, que podem resultar, por exemplo, “apenas” em deformidade, mas não em morte, não fosse necessária a realização de exames, “para ganhar tempo e baixar custos”. Chega a ser hilário imaginarmos um paciente, em dúvida sobre uma cirurgia, pedindo uma segunda opinião a um médico e este dizendo: “olha, não vou mencionar nada sobre os exames que você deixou com a secretária nem vou expor as razões de minha opinião. Só digo que o seu médico está certo”.

O que as Turmas Recursais fazem é exatamente isso, ao dizerem implicitamente: “você questionou várias coisas, discordou da análise das provas, questionou o direito aplicado, mas confie em mim: não vou demonstrar a você que li e entendi o processo nem vou falar os motivos de meu julgamento, apenas direi que o juiz está cer-

---

to; é isso mesmo”. No caso da segunda consulta médica, o próprio paciente ainda poderia questionar seu médico, procurar outro profissional etc. Tratando-se do Juizado, ele nada pode fazer a não ser se sujeitar à decisão do primeiro julgador.

Poder-se-ia afirmar que a decisão da Turma Recursal está fundamentada e cumpre a exigência constitucional, pois adotou as razões do primeiro julgador. Ocorre que as razões do recurso não são uma repetição das alegações finais. São argumentos novos, mostrando ao colegiado os motivos pelos quais o recorrente discorda da sentença. É outra fase. São outros argumentos. O recorrente está dizendo que o juiz não julgou bem, seja por que razão for. Esse inconformismo, demonstrado não só pelo ato de apelar, mas também pelos motivos expostos nas razões, merece uma resposta. E a resposta, *data venia*, não está na repetição da fundamentação da sentença, por óbvio.

## 7 – O REI ESTÁ NU

A sensação é exatamente esta: o rei está nu. Somos obrigados a confiar não no que nossos olhos veem, mas no que a Lei, em flagrante inconstitucionalidade, nos diz: que as Turmas Recursais leem, entendem o processo, estudam o direito aplicável ao caso e julgam com qualidade, embora elas não ponham o relatório no papel nem escrevam as razões que as levam a manter *in totum* as decisões recorridas. Jamais saberemos o que a Turma Recursal pensou sobre todas as razões apresentadas na apelação. Seremos obrigados a acreditar que um juiz, na Turma Recursal, misteriosamente, mudou de ideia sobre o direito, alterou suas convicções, mudou a forma de analisar provas etc., e ainda: que se ele houvesse fundamentado sua decisão ela seria a mesma. Nesse caso, o confronto com suas decisões monocráticas seria mais evidente, mas convenhamos, isso jamais ocorreria, pois, ao escrever, sua decisão seria diferente.

Há casos, enfim, em que os Juízes das Turmas Recursais passam a impressão de que julgam sem ler, ao acompanharem decisões evidentemente teratológicas. O recorrente menciona os defeitos da decisão, demonstra os absurdos, mas ela é confirmada, sem nenhuma explicação, “pelos seus próprios fundamentos”.

## 8 – SOBRE O DINAMISMO DO DIREITO

Um argumento muito utilizado para se deixar de seguir a legislação é de que “o direito é dinâmico” e a sociedade o altera, através dos operadores do direito, forçando uma mudança legal ou até constitucional. O problema aqui exposto, frise-se, não se encaixa no argumento. A seguir o raciocínio, poder-se-ia alterar a forma dos julgamentos dos Tribunais também, mas ninguém ousa sequer insinuar tal providência. E a razão é simples: a sociedade não concorda com isso, em julgamento nenhum. Não há uma aceitação dessa temeridade nem mesmo por muitos Juízes das Turmas Recursais, que se recusam a decidir sem fundamentar, como mencionado acima. Os Promotores de Justiça e os Advogados não concordam. Ora, mudanças na legislação, e principalmente na Constituição, fazendo com que esta seja aplicada de forma diferente em razão dos costumes, devem ocorrer de baixo para cima. Chega um momento em que ninguém deseja mais a aplicação de determinado dispositivo, como ocorreu com o crime de adultério, por exemplo, em que o desuso acabou com o mandamento legal. No caso em foco, a razão é administrativa. A Constituição da República está sendo desobedecida, resultando em uma prestação de serviço de péssima qualidade, com o aviltamento do Direito, por uma questão de economia financeira ou de falta de eficiência, o que é indefensável.

## CONCLUSÃO

O artigo 82, § 5º, da Lei 9.099/95, ao permitir a confirmação de uma decisão criminal pela Turma Recursal “pelos seus próprios fundamentos” não está em harmonia com a Constituição da República, que determina no artigo 93, inciso IX, que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. O § 5º do artigo 82 da Lei dos Juizados Especiais é, portanto, inconstitucional.

## A legitimidade do Ministério Público para promover a execução coletiva de sentença coletiva genérica em prol das vítimas lesadas

DAVI REIS SALLES BUENO PIRAJÁ

Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais

### SÍNTESE DOGMÁTICA

O art. 127, *caput*, e o art. 129, III, da Constituição Federal, interpretados em conjunto com o art. 97, *caput*, *in fine*, e o art. 98, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, atribuem ao Ministério Público legitimidade ativa para promover a execução coletiva de sentença genérica sobre direitos individuais homogêneos em prol dos próprios indivíduos lesados e seus sucessores quando demonstrada a relevância social da demanda.

### FUNDAMENTAÇÃO

De acordo com o Código de Defesa do Consumidor, há três diferentes formas de execução da sentença coletiva que versa sobre direitos individuais homogêneos: a) execução promovida pelos indivíduos lesados em seu próprio benefício (art. 97, *caput*, primeira parte, do CDC); b) execução promovida por legitimados coletivos do art. 82 do CDC em prol das vítimas (art. 97, *caput*, parte final, e art. 98, *caput*, ambos do CDC) e c) execução coletiva por reparação fluida ou *fluid recovery* (art. 100 do CDC).

Em relação à execução pseudocoletiva, que é aquela em que o legitimado coletivo promove a liquidação e execução do título executivo judicial ou extrajudicial em prol dos próprios lesados pelo evento danoso (ou seus sucessores), há controvérsias sobre a legitimidade do Ministério Público, bem assim sobre a natureza dessa legitimidade.

A respeito do tema, há quem sustente a ilegitimidade do *Parquet*, pois, nessa espécie de execução, sobressairia o caráter individual, patrimonial e disponível de direito já individualizado.<sup>1</sup> Uma outra corrente defende a legitimidade do Ministério Público após a liquidação da sentença, apenas para a execução coletiva.<sup>2</sup> Uma última linha doutrinária, que nos parece mais acertada, reconhece a legitimidade do ente ministerial para promover referida modalidade executória.<sup>3</sup>

O Supremo Tribunal Federal, em julgamento conjunto de recursos extraordinários<sup>4</sup>, se aproximou da última corrente, ao estabelecer que os entes legitimados à tutela coletiva possuem legitimidade tanto para o processo de conhecimento como para a efetivação dos direitos coletivos (execução pseudocoletiva), independentemente de autorização dos integrantes do grupo substituído:

---

<sup>1</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Sentença Civil: Liquidação e Cumprimento*, 6ª ed, São Paulo, RT, 2022; VENTURI, Elton. *Execução da Tutela Coletiva*. São Paulo, Malheiros, 2000; SILVA, Érica Barbosa e. *Cumprimento de Sentença em Ações Coletivas*, São Paulo, Atlas, 2009.

<sup>2</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos, in Ada Pellegrini Grinover *et alii*, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 9ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2007, p. 694.

<sup>3</sup> DIDIER JR. Fredie; ZANETTI JR. Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 4, 10ª ed., Salvador, Juspodivm, p. 530-531.

<sup>4</sup> STF, RE 193.503/SP, RE 193.579/SP, RE 208.983/SC, RE 210.029/RS, RE 211.874/RS, RE 213.111/SP, RE 214.668/ES, red. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa.

---

O Tribunal por sua maioria, na linha da orientação fixada no MI 347/SC, no RE 202.063/PR e no AI 153.148-AgR/PR conheceu dos recursos e lhes deu provimento para reconhecer que o referido dispositivo **assegura ampla legitimidade ativa ad causam dos sindicatos como substitutos processuais das categorias que representam na defesa de direitos coletivos ou individuais de seus integrantes. Vencidos**, em parte, os Ministros Nelson Jobim, Cezar Peluso, Eros Grau, Gilmar Mendes e Ellen Gracie, que conheciam dos recursos e lhe davam parcial provimento, **para restringir a legitimação do sindicato como substituto processual às hipóteses em que atuasse na defesa de direitos e interesses coletivos e individuais homogêneos de origem comum da categoria, mas apenas nos processos de conhecimento, asseverando que, para liquidação e a execução da sentença prolatada nesses processos, a legitimação só seria possível mediante representação processual, com expressa autorização do trabalhador.**

De outro lado, o Superior Tribunal de Justiça, em recente acórdão proferido no julgamento do REsp 1.801.518 (5ª Turma), reconheceu a ilegitimidade ativa do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro para promover a execução coletiva em prol de consumidores lesados por dano comum.

Fundamentou o ministro Paulo de Tarso Sanseverino, relator do acórdão, que na fase de execução da sentença coletiva a cognição judicial se limitaria à função de identificar o beneficiário do direito reconhecido na sentença (*cui debeat*) e a extensão individual desse direito (*quantum debeat*) e que, por essa razão, não haveria interesse social a justificar a atuação do *Parquet* na promoção da execução, à luz do artigo 129, III, da Constituição.

Vê-se que a *ratio decidendi* do precedente encontra-se na própria conformação constitucional do Ministério Público e na sua vocação para a defesa dos interesses sociais, concluindo que não seria admissível, em tese, sua atuação em fase processual na qual o interesse jurídico se restringiria “ao âmbito patrimonial e disponível”.

Posto isso, indaga-se se, de fato, a execução coletiva de sentenças que versam sobre direitos individuais homogêneos é invariavelmente alheia a interesses sociais ou se é possível, também nesse momento procedimental, o controle da legitimidade do *Parquet*, a fim de se verificar, no caso concreto, a presença, ou não, do interesse social qualificado.

A resposta para o questionamento perpassa necessariamente pela compreensão hermenêutica do significado de “relevância social”. Essa avaliação, é importante destacar, não está vinculada à patrimonialidade ou à disponibilidade do direito, como faz entender o voto do ministro relator no REsp 1.801.518. A própria Alta Corte, em precedente utilizado na fundamentação da decisão ora em análise, explicitou que o artigo 127 da Constituição amplia a legitimidade do Ministério Público nas hipóteses em que, a despeito de caracterizada a disponibilidade dos direitos individuais, há interesse social relevante<sup>5</sup>. Nesse mesmo sentido, é sólida a jurisprudência que reconhece o interesse social subjacente em pretensões disponíveis e de cunho patrimonial<sup>6</sup>.

É que a relevância social apta a instaurar a atuação extraordinária do Ministério Público na defesa dos interesses individuais homogêneos é passível de ser evidenciada em duas dimensões: uma objetiva, decorrente da própria natureza dos valores e bens em questão; outra subjetiva, afluída pela qualidade especial dos substituídos ou pela repercussão massificada da demanda<sup>7</sup>.

Em fase de execução coletiva, entende-se possível a identificação da relevância social em ambas as dimensões apresentadas, tal como pode se observar dos fundamentos da petição de cumprimento de sentença ajuizada pelo Ministério Público de Minas Gerais em favor das vítimas lesadas pelo rompimento da barragem do Fundão em Mariana (MG)<sup>8</sup>.

Em tal caso, não obstante a demanda tivesse como objeto a reparação por danos materiais e imateriais causados às vítimas do desastre socioambiental, há nota de essencialidade dos direitos tutelados, uma vez que se relacionam ao patrimônio mínimo de indivíduos determinados que tiveram retirada de si a proteção material necessária para uma vida digna (dimensão objetiva).

---

<sup>5</sup> STJ, REsp. 869.583/DF, relator ministro Luís Felipe Salomão.

<sup>6</sup> STF, RE 163.231/SP, relator ministro Maurício Corrêa (valor de mensalidades escolares); RE 475.010, relator ministro Dias Toffoli (previdência de trabalhadores rurais); RE 514.023-AgR/RJ, relator ministro Ellen Gracie (correção monetária em contas vinculadas ao FGTS); RE 631.111/GO, relator ministro Teori Zavascki (indenização do DPVAT).

<sup>7</sup> STJ, Resp. 347.752/SP, 2ª Turma, relator ministro Herman Benjamin.

<sup>8</sup> Petição disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/portal/menu/comunicacao/noticias/mpmg-cobra-na-justica-r-2-5-bi-para-os-atingidos-pelo-rompimento-da-barragem-de-fundao-8A9480677C503C10017C51602115721F-00.shtml>

---

De outro lado, a repercussão subjetiva da execução proposta é verificada tanto pelo número de pessoas afetadas quanto pela vulnerabilidade dos integrantes do grupo, a qual pode ser verificada pela presença de idosos, crianças, adolescentes e pessoas com deficiência, bem assim pela disparidade organizacional, econômica, jurídica e informacional entre as sociedades empresárias responsáveis pelo desastre e os indivíduos vítimas (dimensão subjetiva).

Retirar do *Parquet* a possibilidade de atuação em tais casos, reduzindo sua legitimidade ao pleito de reparação fluida (CDC, artigo 100), implica em inquestionável déficit à tutela dos direitos coletivos, de forma que os entraves de acesso à Justiça e os problemas de gestão processual — fundamentos da coletivização processual dos direitos individuais homogêneos — não simplesmente desaparecem após a prolação de uma sentença favorável. Com efeito, a tutela adequada inclui, como elemento fundamental à sua implementação, a atividade satisfativa (CPC, artigo 4º).

Presentes essas considerações, propõe-se a adoção de uma racionalidade coletiva, a fim de que não se restrinja a atribuição constitucional do Ministério Público de defesa dos interesses sociais (CF, artigo 129, III, *in fine*), permitindo a tutela adequada dos direitos individuais homogêneos também por meio da execução coletiva em prol dos lesados (e sucessores) quando configurada a relevância social da demanda.<sup>9</sup>

## PROPOSTA DO ENUNCIADO

O Ministério Público possui legitimidade ativa para promover a execução coletiva de sentença genérica que versa sobre direitos individuais homogêneos em prol dos indivíduos lesados e seus sucessores quando demonstrada a relevância social da demanda.

---

<sup>9</sup> Texto adaptado a partir de artigo por mim publicado: A legitimidade do Ministério Público para a execução coletiva. In.: *Conjur*. Acesso: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-23/piraja-legitimidade-ministerio-publico-execucao-coletiva>

## Inexigibilidade do adiantamento de honorários periciais pelo Ministério Público

DAVI REIS SALLES BUENO PIRAJÁ

MARIA CAROLINA SILVEIRA BERHALDO

*Promotores de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais*

### SÍNTESE DOGMÁTICA

O art. 5º, XXXV, e o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, interpretados em conjunto com o art. 91, §§ 1º e 2º, do CPC, eximem o Ministério Público do ônus financeiro relativo ao adiantamento dos honorários periciais, devendo tal encargo recair sobre a Fazenda Pública a que se acha vinculado o *Parquet*.

### FUNDAMENTAÇÃO

Como se sabe, o art. 91 do Código de Processo Civil dispõe que as despesas dos atos processuais praticados a requerimento do Ministério Público serão pagas ao final pelo vencido (*caput*).

Estabelece, ainda, inovando em relação à lei processual civil anterior, que as perícias requeridas pelo Ministério Público poderão ser realizadas por entidade pública ou, havendo previsão orçamentária, ter os valores adiantados por aquele que requerer a prova (§ 1º). De outro lado, dispõe que, em não havendo previsão orçamentária no exercício financeiro para adiantamento dos honorários periciais, serão pagos no exercício seguinte ou ao final, pelo vencido, caso o processo se encerre antes do adiantamento a ser feito pelo ente público (§ 2º).

A comparação da referida norma com o seu equivalente no código anterior (art. 27 do CPC/73<sup>1</sup>) revela a adoção de sistemática distinta no que tange à antecipação dos encargos financeiros de perícias quando o requerimento for feito pela Fazenda Pública, Ministério Público e Defensoria Pública, de forma que não há mais a dispensa da antecipação, tal qual ocorria no regramento passado.

É importante registrar, todavia, que a imposição de adiantamento das despesas processuais para realização de provas ou diligências requeridas pelo Ministério Público não altera a responsabilidade da Fazenda Pública a que o *Parquet* se encontra vinculado, e, menos ainda, faz recair os ônus de sucumbência (responsabilidade definitiva) ao Ministério Público, ficando também estes encargos carregados à Fazenda Pública.

O “adiantamento” mencionado no § 1.º do art. 91 do Código de Processo Civil deve ser compreendido como imputação da responsabilidade provisória pelos honorários periciais ao ente federativo a que o Ministério Público estiver vinculado, pois é o Estado, e não os seus órgãos (ainda que dotados de parcela de independência), o responsável pelos atos danosos causados por seus agentes e pelos órgãos por meio dos quais as funções estatais são desempenhadas, conforme prevê o art. 37, § 6º, da CF.

---

<sup>1</sup> Art. 27. As despesas dos atos processuais, efetuados a requerimento do Ministério Público ou da Fazenda Pública, serão pagas a final pelo vencido.

---

Esse entendimento encontra respaldo em lição do Prof. RICARDO DE BARROS LEONEL:

**Bem observada a redação do art. 91, §§ 1.º e 2.º, a solução adotada pelo Código de Processo Civil de 2015 é, substancialmente distinta da sistemática do Código anterior, visto que se antes não havia antecipação, mas sim pagamento ao final pelo vencido, doravante deverá ocorrer a antecipação dos encargos financeiros (custas, despesas e honorários) de perícias, quando o requerimento for feito pela Fazenda Pública, pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública, seja no próprio exercício financeiro em curso, ou então, caso não haja previsão orçamentária para tanto, no exercício financeiro subsequente.**

**Em outras palavras, não há mais a dispensa de antecipação, o que passa a existir é uma prorrogação ou diferimento para a antecipação dos encargos financeiros da perícia, que pode ser feito no próprio exercício financeiro (se houver previsão orçamentária), ou, quando muito, no exercício seguinte.**

**A maior dúvida que parece exsurgir desse quadro, entretanto, é a seguinte: terá o legislador, com o Código de Processo Civil de 2015, autorizado a imposição da antecipação dos encargos financeiros de perícias requeridas pelo Ministério Público, à própria Instituição? E, nessa mesma linha, terá o legislador autorizado a imposição da sucumbência ao próprio Ministério Público?**

**A resposta, com a devida vênia, deverá ser negativa às duas indagações, naquela que nos parece a melhor interpretação dos dispositivos acima destacados.**

**A razão é objetiva.**

**A nova lei processual não determinou a antecipação pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública. Embora a dicção não tenha sido clara, a remissão feita no § 1.º do art. 91 do CPC/2015 deve ser compreendida como imputação ao próprio Estado (compreenda-se, Fazenda Pública), mormente quando se tem presente que este (e não os seus órgãos) pode, em última análise, ser responsabilizado pelos atos danosos causados por seus agentes e pelos órgãos através dos quais as funções estatais são desempenhadas, nos termos do art. 37, § 6.º da CF.**

Desse modo, seja com relação à antecipação imediata ou diferida dos encargos financeiros relativos à realização de perícia requerida pela Fazenda Pública, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, seja quanto ao seu recolhimento ao final, na hipótese em que sejam vencidos, **persiste a aplicação da tese corretamente afirmada no STJ, pela qual tal encargo cabe ao ente federativo a que referidos órgãos estiverem vinculados.**

**Em outras palavras, as expressões “ter os valores adiantados por aquele que requerer a prova” (parte final do § 1.º do art. 91 do CPC/2015), e “adiantamento a ser feito pelo ente público” (parte final do § 2.º do art. 91 do CPC/2015), devem ser compreendidas como referência ao ente estatal (União ou Estado) ao qual vinculado o Ministério Público ou a Defensoria Pública.**

**Em suma:**

- a) **Muda o regime de adiantamento de encargos financeiros da prova pericial, que antes (no Código de Processo Civil de 1973) era dispensado para a Fazenda Pública e para o Ministério Público, e doravante (Código de Processo Civil de 2015) passa a ser apenas diferido (para o exercício orçamentário seguinte, se não houver previsão no exercício em curso);**
- b) **Não muda a regra de responsabilidade pelo pagamento final desses encargos, que, no caso dos órgãos estatais, não está no Código de Processo Civil (nem no novo, nem no velho), mas sim no art. 37, § 6.º, da CF, que torna sempre o próprio ente federativo (União ou Estado) objetivamente responsável pelos encargos decorrentes da atuação de seus órgãos.<sup>2</sup> (grifos não originais)**

---

Também no mesmo sentido destaca-se trecho do voto do Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, em que se delinea, sob a égide do CPC/73, que o Ministério Público não pode suportar o ônus final do processo caso vencido (quanto à responsabilidade definitiva não houve alteração do CPC/15 em relação ao CPC/73), pois “em virtude da falta de personalidade jurídica do órgão ministerial, tal encargo deve recair sobre a Fazenda Pública”. Consta do voto, mais, que “a atuação do *Parquet*, quando benéfica ao Erário, reverte-se a favor do próprio Estado, e não do órgão ministerial, tendo em vista a falta de previsão de quaisquer vantagens nesse sentido conferidas a seus membros, tais como honorários decorrentes da função pública.”<sup>3</sup>.

Além dos argumentos já expostos, a tese ora defendida, no sentido da dispensa do Ministério Público ao pagamento antecipado dos honorários periciais, encontra amparo na própria normatização geral do Ministério Público brasileiro.

Há, a propósito, regras explícitas e específicas que estabelecem a isenção de custas, provisórias ou definitivas, para o Ministério Público em quaisquer processos (ou procedimentos extrajudiciais) de sua iniciativa.

Lei nº 8.625/1993 - Lei Orgânica Nacional do Ministério Público:

**Art. 26, § 3º: Serão cumpridas gratuitamente as requisições feitas pelo Ministério Público** às autoridades, órgãos e entidades da Administração Pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. **(grifei)**

Lei Complementar estadual nº 34/94 - Estatuto do Ministério Público do Estado de Minas Gerais:

**Art. 67, § 3º: As notificações ou requisições expedidas pelo Ministério Público** às autoridades, aos órgãos e às entidades da administração direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios **serão cumpridas gratuitamente. (grifei)**

Vê-se, desse modo, que o Ministério Público pode requisitar, inclusive em procedimentos extrajudiciais, de qualquer entidade pública a realização de procedimentos periciais, sendo-lhe garantida a gratuidade. Seria, assim, contraditório restringir as possibilidades de produção de prova do *Parquet* no curso de determinados processos judiciais.

Caso se compreenda, em contrariedade aos argumentos já apresentados, que o art. 91, §§ 1º e 2º, do CPC/2015, além de alterar a regra da dispensa de adiantamento de encargos financeiros de perícias pelo Ministério Público, também impôs à Instituição o ônus de tal encargo financeiro, **é preciso se excepcionar de tal interpretação as situações em que o *Parquet* atua no exercício de suas atribuições constitucionais, em defesa de direitos individuais indisponíveis e coletivos.**

É que quando o Ministério Público atua como substituto processual está militando, em última análise, em prol de interesses sociais ou individuais indisponíveis, amparado no interesse público primário (CF, art. 127).

Não é por outro motivo que o artigo 18 da Lei nº 7.347/1985, norma especial, dispensa o adiantamento de despesas processuais em favor do titular da ação civil pública, tais como antecipação de honorários periciais, emolumentos, custas processuais e outros tipos de despesas, salvo comprovada má-fé. Tal dispositivo busca viabilizar o acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV), concedendo aos atores processuais instrumentos efetivos para a superação de obstáculos econômicos, organizacionais e burocráticos.<sup>4</sup>

A compreensão atual de acesso à justiça como garantia da viabilização de todos os demais direitos assegurados à pessoa humana ampara tanto a isenção contida no regramento processual coletivo como justifica a impossibilidade de responsabilização pelas despesas processuais nos casos em que o Ministério Público atua como substituto processual na tutela de direitos coletivos e individuais indisponíveis.

---

<sup>2</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. MINISTÉRIO PÚBLICO E DESPESAS PROCESSUAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. In.: *Revista de Processo, Revista dos Tribunais - RT*. Vol. 249/2015, p. 173 – 186. Nov. 2015, DTR\2015\16572.

<sup>3</sup> STJ, REsp. nº 1.377.675/SC, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma.

---

Nesses casos, a manutenção da obrigatoriedade de custeio da perícia equivale a inviabilizar o exercício das funções constitucionais do Ministério Público e, em consequência, obsta a defesa dos direitos coletivos *lato sensu* e individuais indisponíveis em juízo.

Foi nesse sentido que, ao examinar o aparente conflito entre o art. 91 do CPC e o art. 18 da Lei nº 7.347/1985, o Superior Tribunal de Justiça definiu, em regime de recursos repetitivos (tema 510), que as disposições contidas na Lei nº 7.347/1985 são especiais em relação às normas do Código de Processo Civil e que o custo de perícias judiciais (inclusive de sua antecipação) devem ser suportados pelo ente federativo respectivo ao qual se encontra vinculado o Ministério Público proponente da ação coletiva.

Resta evidente, assim, que a correta interpretação do art. 91, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, seja à luz da lógica do sistema infraconstitucional seja por força da normativa constitucional, não pode atribuir ao Ministério Público a responsabilidade de arcar com as despesas processuais decorrentes de sua atuação no exercício de suas funções constitucionais.

## PROPOSTA DO ENUNCIADO

Não é possível se exigir do Ministério Público o adiantamento de honorários periciais em qualquer ação cível, cabendo à Fazenda Pública a que se acha vinculado o ônus de arcar com a antecipação dos encargos financeiros de perícias requeridas pelo *Parquet*.

---

<sup>4</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

## Perda e restabelecimento do poder familiar por Ato Judicial: Procedimento não Contencioso<sup>1 2 3</sup>

EPAMINONDAS DA COSTA

Promotor de Justiça da Comarca de Uberlândia - MG

### SÍNTESE DOGMÁTICA

Considerando que a criança e o adolescente não figuram como parte na ação de perda do poder familiar proposta pelo Ministério Público, é inconcebível que venham a ser prejudicados pela *coisa julgada material*, mas apenas beneficiados por ela, tendo em vista o que dispõe o art. 506 do Código de Processo Civil, conjugado com as disposições dos arts. 19, 43 e 45, § 1º, parte final, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069 de 1990).

Com efeito, frustrada a inserção da criança ou do adolescente em família substituta, cujos pais tenham sido destituídos do poder familiar, e contanto que haja a constatação técnica superveniente sobre a possibilidade da reintegração à família de origem, bastará que o juiz da infância e da juventude, em sede de jurisdição voluntária, determine o cancelamento da averbação da perda do poder familiar (arts. 102, item 6º, “a contrario sensu”, e 164 da Lei dos Registros Públicos).

### PROPOSTA DE ENUNCIADO

Ação de perda do poder familiar. Sentença com trânsito transitada em julgado. Colocação em família substituta frustrada. Possibilidade reintegração familiar. Averbação destituição poder familiar cancelada. Jurisdição voluntária.

### SUMÁRIO

I Introdução - II Fundamentação da tese - III Conclusão

---

<sup>1</sup> Com outro título e elaborada ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973, esta tese havia sido aprovada no XXIV Congresso da Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude, realizado em Natal-RN, no período de 16/05 a 18/05/2012. Houve pequenas correções no título da tese, com o acréscimo do adjetivo “deontico” após o substantivo “vínculo”, traduzindo, pois, a expressão “vínculo deontico”, o conjunto de deveres imanentes à filiação biológica. A conclusão sofreu pequena alteração em sua parte final, resultante de sugestão apresentada na comissão temática, tendo sido acolhida pelo autor da tese, bem como aprovada por todos os presentes. No congresso estadual promovido pela Associação Mineira do Ministério Público, no ano de 2012, na cidade de Araxá-MG, o título era: *Destituição/perda do poder familiar frustrada: restabelecimento jurídico do vínculo deontico da filiação biológica*.

<sup>2</sup> Além da adoção de novo título mais claro e direto, esta versão da tese anterior está atualizada de acordo com o Código de Processo Civil em vigor.

<sup>3</sup> In: Congresso Nacional do Ministério Público, XXIV, 2022, Fortaleza-CE. Disponível em: <https://arx.iweventos.com.br/evento/cnmp2022/trabalhosaprovados>. Acesso em 14/06/2022.

---

## I - INTRODUÇÃO

Caracterizando-se como sanção de natureza civil, com fundamento nas disposições do art. 1.638 do Código Civil, a decretação da perda/destituição do poder familiar mediante sentença transitada em julgado desempenha a função prática de viabilizar a colocação em família substituta, sob a forma de guarda, de tutela ou de adoção, da criança ou do adolescente vítimas do abandono familiar e/ou de violência grave e recorrente.

Essa colocação em família substituta independerá da concordância dos pais, razão por que eles não integrarão a relação processual no requerimento de guarda, de tutela ou de adoção, formalizado em sede de jurisdição voluntária.

Acontece que nem sempre se consegue êxito na colocação da criança ou do adolescente em família substituta, seja em razão de características pessoais desses ou do fator idade, seja em razão da recusa categórica da própria criança ou do adolescente quanto à aceitação de uma nova família.

Não bastasse isso, é preciso considerar que o acolhimento institucional e a inclusão da criança e do adolescente em programa de acolhimento familiar são medidas temporárias e excepcionais, com duração máxima, em regra, de 18 (dezoito) meses, a teor do disposto no art. 19, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Consequentemente, existem situações concretas em que somente a reintegração familiar se mostra possível concretamente, contanto sobrevenham aos autos da medida de proteção informações técnicas alusivas à mudança na estrutura protetiva da família de origem.

No contexto acima exposto, não raro, o restabelecimento do poder familiar se faz necessário, conforme experiência vivenciada há anos na Comarca de Uberlândia-MG (*vide* anexos ao final da tese).

## II - FUNDAMENTAÇÃO DA TESE

O art. 1.638 da Lei n. 10.406 de 10/01/2002 – Código Civil – trata das situações que poderão acarretar a perda do poder familiar. São causas legais para a destituição do poder familiar, nos termos do referido artigo de lei: a) castigar imoderadamente o filho; b) deixar o filho em abandono; c) praticar atos contrários à moral e aos bons costumes (consumo de substâncias entorpecentes, alcoolismo, “vadiagem”, cometimento de crimes em geral); e d) incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente (abusar da autoridade de pai ou de mãe). Existem outras hipóteses previstas no referido artigo de lei.

Vê-se, assim, que a decretação da perda/destituição do poder familiar por ato judicial desempenha a função prática de viabilizar a colocação em família substituta, sob a forma de guarda, de tutela ou de adoção, da criança ou do adolescente vítimas do abandono familiar e/ou de violência grave e recorrente.

Essa colocação em família substituta independerá da concordância dos pais, razão por que eles não integrarão a relação processual no requerimento de guarda, de tutela ou de adoção, formalizado em sede de jurisdição voluntária.

Foi sustentado na introdução desta tese jurídica que nem sempre crianças e adolescentes cujos pais tenham sido destituídos poder familiar conseguem ser integrados numa família substituta, fato que frequentemente ocorre por meio da adoção. A expressão “família substituta” se opõe à locução “família natural”, definida esta, legalmente, como a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e os seus descendentes (art. 25 do ECA).

Advirta-se que, em se tratando de maior de 12 (doze) anos de idade, será indispensável a sua aquiescência, colhida em audiência, quanto à colocação em família substituta, seja sob a forma de guarda ou de tutela, seja mediante adoção (cf. arts. 28, § 2º e 46, § 2º do ECA).

Com efeito, diante da recusa peremptória da criança ou do adolescente de ser colocado em família substituta e, além disso, passando a evadir frequentemente do ambiente de acolhimento institucional ou familiar com a finalidade de se encontrar os pais, afigura-se irrazoável que não se verifiquem as condições de proteção supervenientes porventura detectáveis. Isso será feito em diapasão com os princípios estatutários da intervenção mínima, da proporcionalidade e atualidade, da responsabilidade parental, da prevalência da família, da oitiva obrigatória e participação, dentre outros, previstos no art. 100 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

---

É bem verdade que diversos operadores do direito, presos à ortodoxia processual da coisa julgada, argumentarão com a impossibilidade de que haja o restabelecimento, no registro civil de pessoas naturais, da filiação “extinta” por força de sentença transitada em julgado.

Entretanto, algumas questões relevantes se apresentam aqui.

Primeiro: na ação de destituição ou perda do poder familiar, a relação processual se estabelece geralmente entre o Ministério Público – como parte pública autônoma *presentando* a sociedade – e os pais da criança ou do adolescente em situação de abandono ou de maus-tratos graves e recorrentes. Dito de outra forma: o Ministério Público não atua como substituto processual dessa criança ou adolescente, até porque o art. 177 do diploma processual civil em vigor prescreve: “O Ministério Público exercerá o direito de ação em conformidade com suas atribuições constitucionais”.

Não bastasse isso, o art. 201, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente, de forma expressa, atribui ao Ministério Público a legitimidade para a propositura da referida ação, de forma autônoma e não como substituto processual. A mesma ação pode ser ajuizada, também, pelos adotantes, cumulativamente com o pedido de adoção.

Segundo: considerando que a criança ou o adolescente não figuram como parte na ação de perda do poder familiar proposta pelo Ministério Público, ilustrativamente, eis que, nos termos do art. 506 do Código de Processo Civil, não poderão ser prejudicados pela *coisa julgada material* viabilizadora da colocação em família substituta, mas apenas beneficiados por ela, haja vista o disposto nos arts. 19, 43 e 45, § 1º, parte final, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069 de 1990).

Enfim, não se trata aqui da aplicação da teoria da relativização da coisa julgada objetivando evitar que os seus efeitos prejudiquem quem não tenha sido parte ação de destituição ou perda do poder familiar: a criança ou o adolescente.

Lado outro, o art. 47, § 2º do ECA estabelece que, quando houver a sentença de adoção, expedir-se-á o mandado judicial, que será arquivado no registro civil, dele resultando o cancelamento do registro original do adotando. Inexistindo a adoção, constará apenas do registro civil a averbação da perda do poder familiar, conforme dispõe o art. 102, item 6º, da Lei n. 6.015 de 31/12/1973 – Lei dos Registros Públicos (LRP).

Desse modo, frustrada a inserção da criança ou do adolescente em família substituta, cujos pais tenham sido destituídos do poder familiar, e contanto que haja a constatação técnica superveniente sobre a possibilidade da reintegração à família de origem, bastará que o juiz da infância e da juventude, em sede de jurisdição voluntária, determine o cancelamento da averbação da perda do poder familiar (art. 102, item 6º, “a contrario sensu”, e 164 da Lei dos Registros Públicos).

O requerimento acima mencionado deverá ser formalizado por defensor público ou advogado nomeado, nos termos do art. 141, § 1º, do ECA. O Ministério Público atuará no processo como fiscal da ordem jurídica, tendo em vista a aparente contradição que existiria entre a sua posição de parte autora na ação de perda do poder familiar e, em seguida, figurar como requerente do restabelecimento desse mesmo poder familiar.

Advirta-se, a propósito, mostrar-se irrazoável que a situação de fundo abordada nesta tese seja resolvida juridicamente por intermédio da propositura de nova ação – suponha-se ação declaratória de maternidade e/ou de paternidade –, por inexistir pretensão resistida, ou seja, pais e filhos querem a manutenção do vínculo biológico ou socioafetivo rompido por sentença judicial.

Afora isso, averba-se no registro público apenas a destituição ou a suspensão do poder familiar, porém sem que haja o cancelamento do registro. Noutros termos, cuida-se de uma simples anotação (averbação), podendo ser cancelada posteriormente, contanto que sejam cumpridas as formalidades legais próprias, assim como ocorre com as anotações no registro imobiliário, passíveis expressamente de cancelamento (cf. art. 250 da Lei n. 6.015 de 1973).

Outrossim, é inconcebível que a presente situação seja solucionada por meio do instituto da adoção, o qual se destina a instituir a relação de parentesco entre pessoas que não estejam ligadas pelo vínculo da consanguinidade. Portanto, a adoção como filho, de alguém que a própria natureza atribuiu tal condição, geraria o estado de perplexidade.

---

### III - CONCLUSÃO

Quando se mostrar totalmente inviável a colocação em família substituta, da criança ou adolescente elegível para adoção, contanto que os estudos psicossociais não contraindiquem o retorno à família natural, é possível a determinação judicial do cancelamento da averbação da destituição do poder familiar no registro civil, restabelecendo-o nos próprios autos da ação de destituição do poder familiar ou da medida de proteção, de maneira não contenciosa, com fundamento no art. 164 da Lei n. 6.015 de 1973.

Uberlândia-MG, 21 de dezembro de 2021.

*ANEXOS: modelos que foram adotados na Comarca de Uberlândia-MG em relação ao restabelecimento do poder familiar*

*“EXCELENTÍSSIMA SENHORA DOUTORA JUÍZA DE DIREITO DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DA COMARCA DE UBERLÂNDIA - MG*

*Processo: 0702.06.282465-2*

*Requerentes: C. J. C. B. e  
L. F. C. B.*

*C. J. C. B. e L. F. C. B., ambos adolescentes, por sua CURADORA ESPECIAL que esta subscreve, designada por esse juízo através do despacho de fls. 361, vêm respeitosamente à presença de Vossa Excelência requerer*

#### **RESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR**

##### **1 - BREVE RELATO**

A mãe dos adolescentes, J. C. S. foi destituída do poder familiar em 24/06/2009, através de sentença judicial (fls. 184/194), já transitada em julgado.

Os adolescentes ficaram abrigados até meados do ano de 2012, e não foram colocados em família substituta, e, muito menos, foram adotados.

Por algum tempo, a mãe foi impedida de aproximar-se dos adolescentes. Posteriormente deu-se o restabelecimento do contato entre mãe e filhos, e, desde 22/06/2012, conforme decisão de fls. 348/350, os menores deixaram a instituição ‘Missão Criança’ e estão sob a guarda provisória da mãe.

Conforme relatório elaborado por profissionais da instituição ‘Missão Criança’ (fls. 362), os adolescentes ‘encontram-se bem e já se adaptaram à sua nova vida com a mãe’. Informa, mais, que os menores estão matriculados e frequentes na escola, bem como a mãe deles tem trabalho fixo e encontra-se bem equilibrada emocional e psicologicamente.

Em tese bem fundamentada (fls. 356/360), o ilustre representante do Ministério Público, Dr. Epaminondas da Costa, defende o restabelecimento do vínculo deontológico da filiação biológica sem a necessidade de ajuizamento de ação judicial específica para este fim.

##### **2 - DO RESTABELECIMENTO DO PODER FAMILIAR**

A destituição do poder familiar é uma sanção grave, imposta por sentença judicial, ao pai ou mãe que pratica qualquer um dos atos que a justificam, sendo em regra, permanente.

Porém, vários doutrinadores, dentre eles, Maria Berenice Dias e Maria Helena Diniz, defendem que o seu exercício possa ser restabelecido, se provada a regeneração do genitor ou se desaparecida a causa que determinou a destituição.

Embora este restabelecimento do poder familiar, defende alguns autores, deva ser manejado através de procedimento judicial, de caráter contencioso, essa curadora, visando agilização das decisões judiciais,

---

através da desburocratização dos procedimentos, tudo isso visando o interesse maior dos adolescentes, coaduna com a tese apresentada pelo douto Promotor de Justiça, Dr. Epaminondas da Costa.

De acordo com essa tese, a coisa julgada não atinge os menores, que não eram partes no processo de destituição. Tampouco, defende o *parquet*, houve o cancelamento do registro civil dos menores, somente averbação da decisão de destituição do poder familiar. Sendo assim, para que seja restabelecido o vínculo jurídico da mãe com os menores, bastaria que os adolescentes, através de curador especial nomeado pelo juízo, requeressem, em juízo, o restabelecimento do assentamento no registro civil, de acordo com o art. 109, da lei 6.015/73.

Corroborando com o entendimento acima, o promotor de justiça, Dr. José Luiz Mônaco da Silva em artigo divulgado no 'site' do Ministério Público do Estado de São Paulo<sup>4</sup>, defendeu que:

‘Não há, *data venia*, dispositivo legal algum vetando aos pais a possibilidade de requererem ao juiz o restabelecimento do pátrio poder perdido por sentença definitiva. Nem o Código Civil nem o Estatuto da Criança e do Adolescente proíbem, ainda que implicitamente, o restabelecimento do pátrio poder.’

Nesse artigo, o douto promotor trouxe entendimento sobre a restituição do poder familiar, esposado por José Antonio de Paula Santos Neto, em sua monografia ‘Do Pátrio Poder’<sup>5</sup>:

‘Dependerá sempre de ato judicial, devendo o Juiz se certificar, sem dúvidas, da existência de condições absolutamente propícias, inclusive dando ao Ministério Público oportunidade de manifestação. Os pais destituídos, embora possam requerer a restituição, não terão nenhum direito a ela, que será concedida pela autoridade judiciária de acordo com o que for mais proveitoso para o menor.’

Amparada pelos fatos demonstrados nos autos, ou seja, que os adolescentes não têm interesse em serem adotados e já se encontram plenamente adaptados à “re”-convivência com a mãe biológica, e que a mãe, na atualidade, tem condições emocionais e psicológicas de suportar o poder/dever familiar, embora necessite de ajuda material, essa curadora defende que o restabelecimento do poder familiar se dê na forma do art. 109, da Lei 6.015/73.

### **3 – DA OITIVA DOS ADOLESCENTES**

De acordo com o inciso XII, do art. 100, do Estatuto da Criança e do Adolescente, um dos princípios que devem reger a aplicação das medidas em favor dos menores é a:

‘XII- oitiva obrigatória e participação: a criança e o adolescente, em separado ou na companhia dos pais, de responsável ou de pessoa por si indicada, bem como os seus pais ou responsável, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção, sendo sua opinião devidamente considerada pela autoridade judiciária competente, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 28 desta Lei.’

Por isso, requer que seja designada audiência para a oitiva dos adolescentes, de forma a colher as suas declarações, comprovando-se que os motivos que levaram à perda do poder familiar da mãe biológica não mais existem e que eles se encontram harmonizados com a volta da convivência familiar.

Dessa forma, ouvidos os menores e restabelecido o poder familiar para a mãe biológica, assegurados estarão os direitos dos adolescentes, dentre outros, aqueles que se referem à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (art. 4.º, ECA).

### **4 - DA INCLUSÃO DA FAMÍLIA EM PROGRAMA DE AUXÍLIO**

Considerando que a família vem sendo ajudada financeiramente com uma cesta básica mensal, conforme informado pela instituição ‘Missão Criança’ (fls. 362), requer que seja providenciada a inclusão da família em

---

<sup>4</sup> Disponível em [http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao\\_infancia\\_juventude/doutrina/doutrinas\\_artigos](http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_infancia_juventude/doutrina/doutrinas_artigos).

<sup>5</sup> Ed. Revista dos Tribunais, 1994, p. 192.

---

“programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente”, para garantir que as necessidades materiais básicas dos adolescentes sejam supridas, conforme dispõe o inciso IV, do art. 101, do ECA.

## 5 - DOS PEDIDOS

Ante o exposto, *REQUER*:

- 1 - recebimento e juntada do presente requerimento aos autos, para que produza seus efeitos de direito;
- 2 - designação de audiência para oitiva dos adolescentes;
- 3 - o restabelecimento do poder familiar, na forma do art. 109, da Lei 6.015/73;
- 4 - inclusão da família em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente, conforme dispõe o inciso IV, do art. 101, do ECA.

Pugna pela produção de todas as provas em direito admitidas, especialmente, prova documental, testemunhal e depoimento pessoal dos requerentes.

*Requer, desde já, esta curadora especial, o arbitramento dos honorários.*

Uberlândia, 18 de fevereiro de 2013.

CARLA CRISTINA DINIZ LADEIRA AMÂNCIO

OAB-MG 136.769”

*“Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais*

*Autos nº: 0702.06.282465-2*

Vistos.

Diante do parecer ministerial de fls. **355/360** e com base nos arts. **141**, §1<sup>a</sup>, parte final e **142**, parágrafo único, do ECA, nomeio Curador Especial aos adolescentes C. J. C. B. e L. F. C. B., na pessoa da advogada **Dra. Carla C. Diniz L. Amâncio**, inscrita na OAB/MG sob o nº **136.769** (telefone: **3214- 2637**), que terá vista dos autos, pelo prazo de **48** (quarenta e oito) horas, para manifestar-se sobre a nomeação.

Se aceita a nomeação, dê-se vista à Curadora Especial, para requerer o que entender de direito, no prazo de 10 (dez) dias.

Com a manifestação da Curadora Especial ou certificado o decurso do prazo, dê-se vista ao Ministério Público.

P.I.C.”

*“Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais*

*Autos nº: 0702.06.282465-2*

Vistos.

Designo audiência para oitiva dos adolescentes C. J. Cardoso B. e L. F. C. B. para o dia \_\_\_/\_\_\_/2013, às \_\_\_:\_\_\_ horas.

Intimem-se, pessoalmente, os adolescentes C. J. C. B. e L. F. C. B., na pessoa de sua genitora J. C. S., residentes no endereço de fl. 343, para comparecimento.

Intime-se a genitora dos adolescentes J. C. S., pessoalmente, no endereço de fl. 343, para comparecimento.

Intime-se a Curadora Especial, Dra. Carla C. Diniz L. Amâncio, via publicação, para comparecimento.

Dê ciência ao Ministério Público.

P.I.C.”

*“Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais*

*TERMO DE AUDIÊNCIA - Aos quatro (4) dias do mês de abril (4) do ano de dois mil e treze (2013), nesta cidade de Uberlândia, Estado de Minas Gerais, no Fórum Abelardo Penna, na sala de audiências do Juizado da Infância e da Juventude, presentes a MM. Juíza de Direito, Dra. Édila Moreira Manosso, o ilustre Representante do Ministério Público, as técnicas do Juízo e a Curadora Especial, Dra. Carla Cristina Diniz Ladeira Amâncio, OAB/MG 136.769. Presentes também os adolescentes e sua genitora. Ouvida, a genitora respondeu que: está trabalhando há quatro anos e quatro meses com carteira assinada; seu ex-companheiro faleceu; além dos filhos que foram destituídos, em número de cinco, a depoente tem outra criança de seis anos, que não foi institucionalizada e que continuou em sua companhia; as três filhas foram adotadas após o processo de destituição; os dois filhos, L., de onze anos e C., de dezesseis anos, ficaram institucionalizados após a destituição, mas não foram adotados; há nove meses lhe foi concedida pelo Juízo a guarda provisória de seus filhos, mesmo destituídos; durante o período de convivência com os Filhos esta se fez de forma saudável e sem nenhum trauma; os filhos se adaptaram bem à nova realidade da depoente e se relacionam bem com a depoente e com sua filha de seis anos; os filhos são obedientes, respeitosos; os filhos estão indo para a escola, sendo que o C. dá trabalho para acordar; os filhos são caseiros e a depoente não está conseguindo nenhuma ajuda da família; a família do pai das crianças também não presta nenhum tipo de ajuda; manifesta expressamente o desejo de ficar com a guarda dos filhos. O MP nada perguntou. A Curadora Especial nada perguntou. Ouvidos, o adolescente e a criança responderam que: estão bem e desejam permanecer na companhia da mãe; ambos estão estudando, saudáveis; gostam da irmãzinha e estão convivendo bem. O MP nada perguntou. A Curadora Especial nada perguntou. Com a palavra o MP, assim manifestou: “MM. Juíza, relatório verbal. O acervo probatório demonstra que o pedido merece integral provimento. Os adolescentes manifestaram-se favoráveis ao pedido. O trânsito em julgado da destituição do poder familiar não constitui óbice legal ao deferimento do pedido, uma vez que o que deve ser analisado é se a genitora encontra-se em condição de exercer o poder familiar. Restou evidenciado claramente que a requerente modificou integralmente seu comportamento anterior. Assim, o MP requer a V. Exa. julgue integralmente procedente o pedido em relação aos filhos da requerente, inclusive oficiando-se ao CRCPN anulando-se a averbação da destituição do poder familiar”. Com a palavra a curadora especial, assim manifestou: “MM Juíza, quanto à restituição do Poder Familiar, requeiro seja feito nos termos do art. 109, da Lei 6015 de 1973. Ratifico a solicitação de inclusão da família em programa social e requeiro a fixação de honorários”. Em seguida pela MM. Juíza foi proferida a seguinte decisão: “Vistos etc.. Trata o presente feito do pedido de restituição do poder familiar de C. J. C. B. e L. F. C. B., filhos de J. C. S., ao argumento de que, após o trânsito em julgado da decisão de destituição do poder familiar de ff. 184/194. os requerentes ficaram abrigados até meados de 2012, não sendo colocados em família substituta, nem adotados. Alegam que após algum tempo a mãe foi impedida de aproximar-se dos adolescentes, sendo que posteriormente, deu-se o restabelecimento do contato entre mãe e filhos desde 22.6.2012, tendo os adolescentes deixado a instituição de acolhimento e ficado sob a guarda provisória da mãe. Conforme relatório da instituição de acolhimento, os adolescentes ‘encontram-se bem e já se adaptaram à sua nova vida com a mãe’. Informa que os adolescentes estão matriculados e frequentes na escola, sendo que a mãe tem trabalho fixo e encontra-se bem equilibrada emocional e psicologicamente. Argumenta que o MP, defende o restabelecimento do vínculo deontológico da filiação biológica sem a necessidade de ajuizamento de ação judicial específica para este fim. Foi realizado o estudo psicossocial, laudo constante às ff. 343/344, sendo favorável ao requerimento autoral. Na presente audiência foram ouvidos a requerente e seus filhos. O MP e a curadora especial pelo adolescente e a criança apresentaram alegações finais. É o*

breve relato. Decido. *Considerando a documentação que se acha nos autos a comprovar a identidade, o endereço e bem assim que a genitor a dos requerentes goza de boa saúde física e mental e encontra-se totalmente reabilitada, bem como se apresentam a adolescente e a criança, bem adaptadas à família da genitora, o que se constatou nos depoimentos prestados neste ato, além do parecer Ministerial, o qual opinou pela procedência da ação, e atenta a que se trata de uma decisão que não fará coisa julgada, podendo ser alterada a qualquer momento, inclusive de ofício se isso se mostrar necessário para o bem da criança. Ademais, a Lei 6015 de 1973, no art. 109, caput, prescreve que ‘Quem pretender que se restaure, supra, ou retifique assentamento no Registro Civil, requererá, em petição fundamentada e instruída com documentos ou com indicação de testemunhas, que o Juiz o ordene, ouvido o órgão do Ministério Público e os interessados (...)’.* Posto isso, concedo a Guarda “DEFINITIVA” a J. C. S. e a nomeio guardiã da criança e do adolescente, mediante termo de compromisso de bem e fielmente desempenhar o munus na forma do art. 33 e seguintes do ECA, restabelecendo o Poder Familiar. Lavre-se o termo e colha as assinaturas, juntando cópia aos autos. Em vista das alegações e provas produzidas nos autos, determino a expedição de mandado ao CRCPN desta comarca para **anulação** da averbação da destituição do poder familiar de J. C. S. em relação aos filhos, C. J. C. B., matrícula n.º. 0591960155 2002 1 00178 271 0213298 31. do dia 10 de fevereiro de 2010 e L. F. CA. B., \* matrícula n.º. 0591960155 2002 1 00178 272 0213300 06, do dia 9 de fevereiro de 2010, Fixo os honorários da curadora especial em R\$800,00. Observadas as formalidades legais expeça-se a certidão. Transitada em julgado arquivem-se os autos. Publicado em audiência, ficando intimados os presentes”. Nada mais havendo, encerrou-se o presente termo. Uberlândia, MG, quatro (4) de abril (4) de dois mil e treze (2013). As \_\_\_\_\_ Édila Moreira Manosso, Juíza de Direito. Eu \_\_\_\_\_ Robson Gonçalves de Sousa, Oficial de Apoio Judicial, o digitei e assino.

“Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais

Autos n.º 702 06 282465-2

#### MANDADO DE AVERBAÇÃO

A DRA. ÉDILA MOREIRA MANOSSO, MM<sup>a</sup>. JUÍZA DE DIREITO DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DA COMARCA DE UBERLÂNDIA, ESTADO DE MINAS GERAIS, na forma da Lei, etc.

MANDA, ao Sr. Oficial do Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais da Comarca de Uberlândia-MG que lhe sendo este apresentado devidamente assinado, PROCEDA AO CANCELAMENTO da DESTITUIÇÃO do Poder Familiar da genitora J. C. S., às margens do Registro de Nascimento dos menores C. J. C. B.. matrícula n.º 059196015520021001782710213298-31 e L. F. C. B.. matrícula n.º. 059196015520021001782720213300- 06, tudo de acordo com sentença prolatada por este Juízo, cuja cópia segue anexa. **DETERMINO** ainda que seja enviada a este Juízo cópia da certidão de nascimento devidamente averbada.

Feito sob o pátio da Assistência Judiciária Gratuita, nos termos do art. 141 § 2º do ECA e da Lei 1060/50.

**CUMPRASE.** Dado e assado nesta cidade e Comarca de Uberlândia, Estado de Minas Gerais, aos oito (08) dias do mês de abril (04) do ano de dois mil e treze (2013). Eu, \_\_\_\_\_ (Beatriz Nascimento Silva), Técnica de Apoio Judicial, subscrevi.

ÉDILA MOREIRA MANOSSO

Juíza de Direito”

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL - ESTADO DE MINAS GERAIS	
REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS	
CERTIDÃO DE NASCIMENTO	
NOME:	
L. F. C. B.	
MATRÍCULA:	
0591960155 2002 1 00178 272 0213300 06	
DATA DE NASCIMENTO POR EXTENSO	DIA MÊS ANO
oito de dezembro de dois mil e um	08/12/2001
HORA:	MUNICÍPIO DE NASCIMENTO E UNIDADE DA FEDERAÇÃO
10:10	Uberlândia MG
MUNICÍPIO DE REGISTRO E UNIDADE DA FEDERAÇÃO LOCAL DE NASCIMENTO	SEXO
Uberlândia - MG	no Hospital São Francisco de Paula
	masculino
FILIAÇÃO	
C. A. B.	
J. C. S.	
AVOS	
J. B. F. e M. F. A. B.	
J. B. C. S. e N. M. S.	

**Averbação:** De acordo com o Mandado do MM. Juiz de Direito da Vara da Infância e Juventude desta Comarca; expedido em 02/06/06, ora apresentado e arquivado, foi decretada a “SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR” dos genitores do registrado deste assento, Sr. C. A. B. e Sr<sup>a</sup> J. C. S. Uberlândia 14/06/06, **Averbação:** De acordo com o Mandado da MM<sup>a</sup> Juíza de Direito da Vara da Infância e Juventude desta Comarca expedido em 28/01/2010, ora apresentado e arquivado, Foi decretada a Destituição do Poder Familiar da genitora do registrado deste assento, Sra. J. C. S.. Dou fé. Uberlândia, 09/02/2010. **Averbação:** De acordo com o Mandado da MM<sup>a</sup> Juíza de Direito da Vara da Infância e Juventude desta Comarca expedido em 08/04/2013, foi decretado o CANCELAMENTO da Destituição do Poder Familiar da genitora do registrado, Sra. J. C. Uberlândia. 15/04/2013

## Unificação de medidas socioeducativas à luz do Art. 45 da Lei do Sinase e do Art. 11 da Resolução CNJ n.º 165/2012. A guia unificadora

EPAMINONDAS DA COSTA

*Promotor de Justiça na Comarca de Uberlândia - MG*

### SÍNTESE DOGMÁTICA

A unificação de medidas socioeducativas a que se refere o art. 45 da Lei do Sinase pressupõe que estejam em execução medidas idênticas ou da mesma natureza em relação a determinado autor de ato infracional, objetivando definir quais delas deverá ser mantida em curso, além de se fixar o termo inicial do prazo de reavaliação da medida socioeducativa em execução, nos termos do art. 42 da citada Lei.

Em decorrência dessa unificação de medidas, expedir-se-á a Guia Unificadora a que se refere o art. 11, § 3º, da Resolução CNJ n.º 165, de 2012. Outrossim, a referida Guia Unificadora será expedida na hipótese da aplicação de medidas socioeducativas cuja execução seja possível simultaneamente, com a finalidade de “unificar duas ou mais guias de execução em face do mesmo adolescente”, a teor do disposto no art. 2º, VII, da aludida Resolução do Conselho Nacional de Justiça.

Singularmente, a execução concomitante de medidas socioeducativas em meio fechado (internação/ semi-liberdade) e em meio aberto (prestação de serviços à comunidade/liberdade assistida) implica a extinção destas últimas, sob os auspícios do princípio **doutrinário da subsunção**.

### INTRODUÇÃO

Figurando um adolescente como autor de múltiplos atos infracionais, é possível que lhe sejam aplicadas, a um só tempo, medidas socioeducativas em meio aberto e em meio fechado, previstas no art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069, de 13/07/1990).

Com efeito, ultimado o processo de conhecimento, eis que, na fase da execução, as medidas socioeducativas aplicadas na situação acima exposta deverão ser unificadas, tendo em vista o disposto no art. 45 da Lei do Sinase (Lei n.º 12.594, de 18/01/2012). Porém, existem algumas particularidades teóricas e, principalmente, práticas, concernentes a essa unificação. É o que será exposto a seguir.

### FUNDAMENTAÇÃO. ALGUNS EXEMPLOS PRÁTICOS PARA DISCUSSÃO:

- 1) Execução alusiva, a um só tempo, a medidas socioeducativas de internação (em meio fechado), de prestação de serviços à comunidade e de liberdade assistida (em meio aberto);
- 2) Execução concernente a duas ou mais medidas socioeducativas de internação;

- 3) Execução referente a duas ou mais medidas socioeducativas de semiliberdade;
- 4) Execução relativa a duas ou mais medidas socioeducativas de prestação de serviços à comunidade ou de liberdade assistida.

Inicialmente, é importante ressaltar que, além das disposições do art. 45 da Lei do Sinase, é preciso que se considerem dispositivos normativos da Resolução n.º 165/2012 do Conselho Nacional de Justiça sobre o tema ora analisado, especialmente aqueles previstos nos arts. 2º, VII e 11, §§ 2º e 3º, assim expressos:

Art. 2º Para os fins desta Resolução, define-se que: (Redação dada pela Resolução n.º 326, de 26.6.2020)

VII – guia unificadora é aquela expedida pelo juiz da execução para unificar duas ou mais guias de execução em face do mesmo adolescente (art. 45 da Lei n.º 12.594/2012). (Redação dada pela Resolução n.º 326, de 26.6.2020)

Art. 11. A execução da medida socioeducativa deverá ser processada em autos próprios, formados pela guia de execução e documentos que a acompanham, obrigatoriamente, ainda que o juízo da execução seja o mesmo do processo de conhecimento.

§ 2º Cada adolescente, independentemente do número e do tipo das medidas a serem executadas, deverá ter reunidas as guias de execução definitivas, em autos únicos, observado o disposto no art. 45 da Lei n.º 12.594, de 18 de janeiro de 2012.

§ 3º Unificados os processos de execução pelo juiz da execução, deverá ser expedida obrigatoriamente por meio do CNAEL, nova Guia unificadora das medidas, devendo ser arquivados definitivamente os autos unificados. (Alterado pela Resolução nº 191, 25.04.2014)

Por seu turno, o art. 45 da Lei do Sinase assim dispõe:

Art. 45. Se, no transcurso da execução, sobrevier sentença de aplicação de nova medida, a autoridade judiciária procederá à unificação, ouvidos, previamente, o Ministério Público e o defensor, no prazo de 3 (três) dias sucessivos, decidindo-se em igual prazo.

§ 1º É vedado à autoridade judiciária determinar reinício de cumprimento de medida socioeducativa, ou deixar de considerar os prazos máximos, e de liberação compulsória previstos na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), excetuada a hipótese de medida aplicada por ato infracional praticado durante a execução.

§ 2º É vedado à autoridade judiciária aplicar nova medida de internação, por atos infracionais praticados anteriormente, a adolescente que já tenha concluído cumprimento de medida socioeducativa dessa natureza, ou que tenha sido transferido para cumprimento de medida menos rigorosa, sendo tais atos absorvidos por aqueles aos quais se impôs a medida socioeducativa extrema.

É curioso observar que a unificação propriamente dita de medidas socioeducativas, tratada no art. 45 da Lei do Sinase, se dirige mais especificamente à medida socioeducativa de internação, a qual, além de estar submetida a prazo máximo de duração sem a menor possibilidade de prorrogação, implica a liberação compulsória do socioeducando aos vinte e um anos de idade, “excetuada a hipótese de medida aplicada por ato infracional praticado durante a execução”, mesmo assim com a observância dessa idade-limite.

Secundando a redação do § 1º desse art. 45 da Lei do Sinase, o § 2º do referido artigo de lei faz referência explícita à expressão “medida de internação”, até porque inexistente previsão de “liberação compulsória” para as medidas socioeducativas em meio aberto.

Consequentemente, em relação à medida socioeducativa de semiliberdade, aplica-se a regra prevista no art. 120, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, assim expressa: “§ 2º A medida não comporta prazo determinado aplicando-se, no que couber, as disposições relativas à internação.”

---

Nesse diapasão, lecionam LUIZ ANTONIO MIGUEL FERREIRA e CRISTINA TERANISI DOI<sup>1</sup>, resumidamente, que:

Semiliberdade *versus* semiliberdade – O adolescente cumpre a medida de semiliberdade e, por conta do envolvimento em novo ato infracional durante o cumprimento da medida, a ele é imposta nova medida de semiliberdade. Nessa situação, ocorrerá a unificação, em que o infrator continuará a cumprir a medida de semiliberdade, com reavaliação a cada seis meses para fins de progressão. Uma vez que tenha sido aplicada medida durante o cumprimento da execução, deverá a autoridade judiciária determinar o reinício de cumprimento da medida socioeducativa após a segunda decisão, com novas avaliações.

Aliás, sobre a unificação de medidas socioeducativas em geral, tais doutrinadores esclarecem, ainda, dentre outras coisas, que:

Em um paralelo com a Justiça infanto-juvenil, observa-se que, inicialmente, deve ocorrer a unificação das medidas socioeducativas a fim de adequá-las aos prazos máximos estabelecidos no ECA para o cumprimento, quais sejam: (a) internação: prazo máximo de três anos, com reavaliação a cada seis meses ou liberação compulsória ao completar 21 anos; (b) semiliberdade: não há prazo determinado, aplicando-se no que couber as disposições relativas à internação; (c) liberdade assistida: prazo mínimo de seis meses, podendo ser prorrogada a qualquer tempo; e (d) prestação de serviços à comunidade: não poderá exceder a seis meses.

[...]

**Cabimento:** a unificação da medida, somente será verificada se o adolescente em conflito com a lei já cumpre medida socioeducativa e foi sancionado com outra, idêntica<sup>2</sup>, ou da mesma natureza<sup>3</sup>. Nesta hipótese, deve-se verificar se a medida aplicada decorre ou não de ato infracional praticado durante a execução (Art. 45, §1º).

Advirta-se, porém, que a parte final dessa orientação doutrinária (Sinase, art. 45, § 1º), por óbvio, não se aplica integralmente às medidas em meio aberto, uma vez que, além de ser possível a aplicação cumulativa das medidas socioeducativas de prestação de serviços à comunidade e de liberdade assistida, nos termos do art. 99 c/c art. 113 do Estatuto da Criança e do Adolescente, nada impede que elas sejam executadas simultaneamente, independente do momento da prática do ato infracional. Sem contar, também, que o conteúdo pedagógico de cada uma dessas medidas socioeducativas de meio aberto é distinto. Veja-se:

### **Liberdade Assistida**

O adolescente em medida de Liberdade Assistida é encaminhado ao CREAS, onde será acompanhado e orientado. A Liberdade Assistida pressupõe certa restrição de direitos e um acompanhamento sistemático do adolescente, mas sem impor ao mesmo o afastamento de seu convívio familiar e comunitário. Essa medida é fixada pelo prazo mínimo de seis meses, podendo ser prorrogada, revogada ou substituída caso a Justiça determine.

### **Prestação de Serviços à Comunidade**

De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, a prestação de serviços à comuni-

---

<sup>1</sup> DOI, Cristina Teranisi; FERREIRA, Luiz Antonio. **Unificação das medidas socioeducativas**. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_informativo/bibli\\_inf\\_2006/Justitia%20n.204-206.26.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Justitia%20n.204-206.26.pdf). Acesso em 07/02/2022.

<sup>2</sup> Internação *versus* internação; semiliberdade *versus* semiliberdade; prestação de serviços à comunidade *versus* prestação de serviços à comunidade; liberdade assistida *versus* liberdade assistida.

<sup>3</sup> Medida socioeducativa em meio fechado *versus* medida socioeducativa em meio fechado ou medida socioeducativa em meio aberto *versus* medida socioeducativa em meio aberto, por exemplo, duas medidas de prestação de serviços à comunidade ou duas medidas de liberdade assistida: umas e outras são de mesma natureza quanto ao “grau de severidade”. “Severidade é definida como grau de controle sobre a liberdade de ir e vir do socioeducando incorporado na medida socioeducativa. Classicamente, os regimes de severidade são classificados conforme o ambiente no qual se dão: aberto, semiaberto e fechado”. In: FRASSETO, Flávio Américo. **Pela necessidade de uma doutrina do processo de execução de medidas socioeducativas**. Breves comentários à proposta de lei de diretrizes socioeducativas. In: Biblioteca da ABMP/IBDCRIA.

---

dade consiste na realização de atividades gratuitas de interesse geral, por período não superior a seis meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos, bem como em programas comunitários governamentais.<sup>4</sup>

Não obstante a possibilidade legal da execução simultânea das medidas em meio aberto diversas, a unificação poderá ser necessária em relação àquelas medidas idênticas, tais como liberdade assistida *versus* liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade *versus* prestação de serviços à comunidade, objetivando a definição do marco inicial do prazo legal da reavaliação ou da duração delas, haja vista o disposto no art. 42<sup>5</sup> da Lei do Sinase, bem como no art. 117<sup>6</sup> do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em decorrência dessa unificação de medidas, expedir-se-á a Guia Unificadora a que se refere o art. 11, § 3º, da Resolução CNJ n.º 165, de 2012. Outrossim, a referida Guia Unificadora será expedida na hipótese da aplicação de medidas socioeducativas cuja execução seja possível simultaneamente, com a finalidade de “unificar duas ou mais guias de execução em face do mesmo adolescente”, a teor do disposto no art. 2º, VII, da aludida Resolução do Conselho Nacional de Justiça.

Em termos práticos, graças à referida Guia Unificadora, evita-se que, em um mesmo processo de execução, haja duas ou mais guias definitivas da mesma medida socioeducativa, principalmente, gerando dúvidas quanto qual delas se encontraria em fase de cumprimento a cada momento, dentre outras implicações.

Ilustrando a situação acima exposta: por ocasião do julgamento simultâneo de seis processos sobre um mesmo adolescente, o juiz aplica em um deles a medida socioeducativa de liberdade de assistida e, quanto aos outros cinco processos, é imposta a medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade pelo prazo de um mês para cada um deles, totalizando cinco meses. Instaurado o processo de execução de tais medidas, haverá a prolação da decisão unificadora da medida de prestação de serviços à comunidade, com a finalidade da expedição da Guia Unificadora alhures mencionada – que passa a ser única para esses cinco processos correspondentes à medida de prestação de serviços à comunidade –, englobando, ainda, a medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade.

Eis a reprodução de um caso prático da Comarca de Uberlândia submetido à manifestação do Ministério Público (peça completa):

Meritíssimo Juiz:

Diante do “Termo de Audiência de Apresentação” cuja cópia se encontra às f. 22/23, verifica-se que a medida socioeducativa aplicada em sede de remissão pré-processual foi renovada por ocasião da aplicação da remissão judicial suspensiva do processo de final nº 309-8. Além disso, nesse mesmo ato judicial, com fundamento nas disposições dos art. 186, § 1º e 188 do Estatuto da Criança e do Adolescente, foi aplicada a medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade (PSC) em cada um dos outros 5 (cinco) processos de **A. C. S. R.** (com a idade de 16 anos), totalizando 5 (cinco) meses de PSC.

Consequentemente, diante da exigência do art. 11, § 3º, da Resolução CNJ nº 165, de 2012, houve a prolação de decisão unificadora nestes autos (f. 56/56-verso), advindo, então, a competente Guia de f. 57/57-verso.

Fato é que o “programa de atendimento” trouxe a lume o douto *Relatório Informativo* de f. 61/64, instruído com os documentos de f. 65/67, dando conta de que, apesar de o socioeducando continuar cumprindo a medida de liberdade assistida, ele “**cumpriu uma das** Medidas de Prestação de Serviços à Comunidade nos autos nº 702.21.005007-7 (1m/4h) e descumpriu as demais medidas de Prestação de Serviços à Comunidade (...)” [sic].

---

<sup>4</sup> *In*: Ministério da Cidadania, Brasília-DF. **Medidas socioeducativas**. Disponível em: <http://mds.gov.br/assistencia-social-suas/servicos-e-programas/servico-de-protecao-social-a-adolescentes-em-cumprimento-de-medida-socioeducativa-de-liberdade-assistida-la-e-de-prestacao-de-servicos-a-comunidade-psc>. Acesso em 16/06/2022.

<sup>5</sup> Art. 42. As medidas socioeducativas de liberdade assistida, de semiliberdade e de internação deverão ser reavaliadas no máximo a cada 6 (seis) meses, podendo a autoridade judiciária, se necessário, designar audiência, no prazo máximo de 10 (dez) dias, cientificando o defensor, o Ministério Público, a direção do programa de atendimento, o adolescente e seus pais ou responsável.

<sup>6</sup> Art. 117. A prestação de serviços comunitários consiste na realização de tarefas gratuitas de interesse geral, por período não excedente a seis meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais.

---

À evidência, o raciocínio empregado no âmbito do “programa de atendimento” é manifestamente errôneo, visto que, unificadas as medidas socioeducativas de prestação de serviços à comunidade e expedida a correspondente Guia Unificadora – que passa a ser única –, não será possível, logicamente, cindir a responsabilização socioeducativa delimitada nessa Guia.

Em conclusão, o Ministério Público requer a Vossa Excelência que seja revogada a medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade, retomando-se a instrução processual nos 5 (cinco) processos em que ela fora aplicada em sede de remissão suspensiva judicial.

## DA UNIFICAÇÃO DE DUAS OU MAIS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS DE INTERNAÇÃO: ASPECTOS PRÁTICOS

Durante a execução da medida de internação na unidade educacional (primeira medida), o autor de um roubo praticado em agosto de 2021 comete o ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável contra outro adolescente ali internado, em janeiro de 2022, advindo, então, a aplicação de nova medida de internação (segunda medida), com a sentença proferida em março de 2022. Ele havia cumprido oito meses da primeira medida socioeducativa de internação. Além disso, por conta de um ato infracional análogo ao crime de tráfico ilícito de drogas em setembro de 2020, o juiz impõe outra medida socioeducativa de internação, em abril de 2022 (terceira medida).

Conclusões a serem extraídas da situação acima exposta: 1) será zerado o tempo de cumprimento da primeira medida de internação, ou seja, será reiniciada a partir da segunda sentença, em março de 2022, a contagem do prazo de até 3 (três) anos para a extinção da medida privativa de liberdade, bem como o termo inicial do prazo para a apresentação dos relatórios sobre a evolução do Plano Individual de Atendimento; 2) Em relação à medida socioeducativa de internação em decorrência da sentença proferida em abril de 2022, ela simplesmente será extinta durante o processo de unificação de medidas, por se referir a fato pretérito, isto é, anterior aos atos infracionais cometidos em agosto de 2021 e em janeiro de 2022. Porém, futuramente, essa medida socioeducativa extinta sem ser executada efetivamente poderá ser utilizada como fundamento justificador da aplicação de nova medida privativa de liberdade em face de ato infracional superveniente.

## UNIFICAÇÃO SINGULAR DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS: PRINCÍPIO DOUTRINÁRIO DA SUBSUNÇÃO

Denomina-se de singular a unificação diversa daquela prevista no art. 45 da Lei do Sinase. É a situação em que o autor do ato infracional está submetido ao cumprimento da medida socioeducativa mais gravosa (internação) e, ao mesmo tempo, existem medidas em meio aberto (prestação de serviços à comunidade e/ou liberdade assistida) em fase de execução. Trata-se aqui da situação típica de aplicação do princípio doutrinário da *subsunção*<sup>7</sup>, com o requerimento ministerial de extinção de tais medidas socioeducativas em meio aberto, remanescendo a execução apenas da medida de internação ou de semiliberdade.

A propósito, precedendo à edição da Lei do Sinase, em 2012, e sob o título “Pela necessidade de uma doutrina do processo de execução de medidas socioeducativas – Breves comentários à proposta de lei de diretrizes socioeducativas”, FLÁVIO AMÉRICO FRASSETO<sup>8</sup> trouxe a lume importantíssimos apontamentos sobre o tema aqui tratado. Dentre outras lições importantíssimas para a exata compreensão do papel das medidas socioeducativas, o referido doutrinador esclarece, didaticamente:

---

<sup>7</sup> Conceito nas palavras de FRASSETO, op. cit.: “Incorporação lógica de uma medida socioeducativa por outra de igual ou maior abrangência pedagógica aplicada em razão de outro ato infracional.”

<sup>8</sup> Membro da Defensoria Pública de São Paulo, Professor e integrante da então Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e Juventude (ABMP), hoje IBDCRIA-ABMP.

---

**Conteúdo estratégico da medida socioeducativa:** pedagógico<sup>9</sup>. Existe a presunção legal (não admite prova em contrário) de que a prática infracional pode e deve ser inibida através da educação do infrator. Renuncia-se, aqui, às estratégias da punição, ou do “tratamento” do infrator para atingir o objetivo da medida.

[...]

De outro lado, como sancionar não é o objetivo (é efeito colateral, iatrogenia como nos lembra o Sêda), nem estratégia (a punição, mostra-nos a pedagogia e a psicologia comportamental, é forma desacertada de educação) temos aqui outra regra hermenêutica: “nenhuma medida pode ser aplicada sob pretexto de que outra mais branda significaria impunidade”. Mais. Se sancionar não é o objetivo da medida, caso se atinja o escopo de prevenção especial através de outras maneiras (às vezes pelo natural amadurecimento) a medida perde seu objetivo, ou melhor, seu objeto e deve ser extinta.

[...]

**Substrato pedagógico de compreensão do instituto [subsunção]** - a utilização dos recursos de maior intensidade (do meio fechado e semiaberto) torna desnecessária (portanto inócua, prejudicada) a utilização dos recursos pedagógicos de menor intensidade tendo em vista o conteúdo estratégico da medida e seu objetivo.

Postulados de compreensão do instituto. –

No processo de execução da medida socioeducativa objetiva-se, sempre, o ideal pedagógico que, alcançado, implica a perda do objeto socioeducativo.

objeto de uma medida singular é idêntico ao objetivo de várias medidas aplicadas ao mesmo jovem.

A melhor medida a seguir outra mais severa deve ser definida a partir da intervenção pedagógica e não dos atos infracionais que precederam esta intervenção

A medida mais severa implica abrangência pedagógica maior, dentro da qual inclui-se a abrangência pedagógica das medidas mais brandas.

Medidas idênticas têm o mesmo objetivo, a mesma abrangência, que não se altera em razão da pluralidade.<sup>10</sup>

Discorrendo sobre as “Alternativas à proposta de redução da maioria penal”<sup>11</sup>, o Procurador de Justiça paulista e um dos autores do Estatuto da Criança e do Adolescente, PAULO AFONSO GARRIDO DE PAULA, ensina, com maestria, que:

As medidas socioeducativas, na substância, são ao mesmo tempo um meio de defesa social e instrumento de intervenção educativa na tentativa de reversão do potencial criminoso demonstrado pela prática da conduta tipificada como infração penal. Neste último aspecto e pensando na privação de liberdade como resposta estatal, é necessário reconhecer que a internação existe para proteger a sociedade de atos infracionais violentos praticados por adolescentes, porque não é de se esperar que se eduque alguém para a liberdade através da prisão. Então, a privação de liberdade funciona como instrumento de defesa social. E isso é importantíssimo, porque a partir desse reconhecimento, de que se trata de um instrumento de defesa social, e conseqüentemente importando natureza afluente, é possível definir um sistema garantista, um Direito Penal Juvenil baseado na edição de direitos e garantias que impeçam os arbítrios do Estado.

---

<sup>9</sup> A compreensão que o jovem faz de si mesmo e das circunstâncias que o rodeiam, ainda que promovida com técnicas psicoterápicas (por psicólogos, obviamente), inclui-se neste conteúdo estratégico.

<sup>10</sup> FRASSETO, op. cit.

<sup>11</sup> PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Alternativas à proposta de redução da maioria penal**. Revista do Ministério Público do RS. Porto Alegre, n. 75. Edição Especial, pp. 81-88. Disponível em: [http://www.amprs.org.br/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_142799911.pdf](http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_142799911.pdf). Acesso em 03/06/2022.

---

## DA EXTINÇÃO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS POR REALIZAÇÃO DE SUA FINALIDADE

Por ocasião da apresentação periódica dos relatórios sobre a evolução do Plano Individual de Atendimento pela equipe técnica do programa de atendimento, por força do disposto no art. 52 da Lei do Sinase, para fins reavaliação das medidas socioeducativas de liberdade assistida, de semiliberdade e de internação no máximo a cada 6 (seis) meses, nos termos do art. 42 da referida Lei, é indispensável que seja informado se a medida em execução realizou ou não a sua finalidade. A medida socioeducativa realiza a sua finalidade ao concretizar os princípios legais expressos referidos no art. 1º, § 2º da Lei n.º 12.594, de 2012.

Nesse sentido, existe excelente orientação doutrinária publicada em Revista do Ministério Público mineiro, extraída de “Comentários à Lei 12.594/2012 – Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo”<sup>12</sup>. Veja-se:

### Nota 232

Devemos observar as finalidades das medidas socioeducativas, tais como previstas no § 2º do art. 1º da presente Lei, bem como o cumprimento satisfatório das propostas e atividades específicas previstas no plano individual de atendimento. Não nos esqueçamos, porém, da complexidade inerente à responsabilização, que se verifica quando o adolescente autor de ato infracional assume o papel de protagonista de seus próprios conflitos, interrompendo as cadeias de reverberação da violência.

Adverta-se, a propósito, que, ainda que a execução de medida socioeducativa diga respeito a mais de um ato infracional grave (roubo com emprego de arma de fogo e tráfico ilícito de drogas), não será o tempo de privação de liberdade que, em si mesmo, encerrará a desaprovação vigorosa da conduta infracional, mas a natureza da medida socioeducativa aplicada, se mais gravosa (em meio fechado) ou se em meio aberto, em atendimento ao que dispõe o art. 1º, § 2º, I e III, da Lei nº 12.594 de 2012 (“desaprovação da conduta infracional e responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional”).

Com efeito, o maior tempo de duração da execução da medida socioeducativa de internação quanto a determinados atos infracionais atende primordialmente ao princípio da equidade, evitando-se igualar, na prática, gravidade abstrata à gravidade real, concreta. Em outras palavras, afigura-se irrazoável que o autor de um ato infracional análogo ao crime de roubo, cometido com o emprego de violência física contra a vítima, além da utilização da coação com a utilização de arma de fogo, cumpra a medida privativa de liberdade por igual prazo daquele reservado ao autor que age sem o emprego de violência a pessoa, utilizando-se tão somente de simulação quanto à posse de arma de fogo.

Citado pela Professora Doutora Maria Fernanda Dias Mergulhão mediante o artigo jurídico “O Princípio da Equidade: por uma nova exegese”, “Limongi França explicita”<sup>13</sup>:

É conhecida a metáfora de Aristóteles utilizada para diferenciar a justiça da equidade. Dizia o filósofo que a primeira corresponderia a uma régua rígida, ao passo que a outra se assemelharia a uma régua maleável, capaz de se adaptar às anfractuosidades do campo a ser medido. Sem quebrar a régua (que em latim é *regula, ae*, do mesmo modo que regra), o magistrado, ao medir a igualdade dos casos concretos, vê-se por vezes na contingência de adaptá-las aos pormenores não previstos e, não raro, imprevisíveis pela lei, sob pena de perpetrar uma verdadeira injustiça e, assim, contradizer a própria finalidade intrínseca das normas legais.

---

<sup>12</sup> CARELLI, Andrea Mismotto e col. **Comentários à Lei nº 12.594/2012**. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. MPMG JURÍDICO. Edição Sinase 2014. Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (CEAF), agosto de 2014. Disponível em: [https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/sinase/comentarios\\_sinase\\_mpmg\\_2014.pdf](https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/sinase/comentarios_sinase_mpmg_2014.pdf). Acesso em 28/02/2022.

<sup>13</sup> MERGULHÃO, Maria Fernanda Dias. **O princípio da equidade: por uma nova exegese**. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/07/21/o-principio-da-equidade-por-uma-nova-exegese>. Acesso em 23/03/2021.

---

De qualquer modo, é indispensável que haja a observância dos princípios emergentes do art. 227, § 3º, V, da Carta Magna e, subsidiariamente, do art. 121, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente (“brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento”).

## CONCLUSÕES:

- 1) A unificação de medidas socioeducativas a que se refere o art. 45 da Lei do Sinase pressupõe que estejam em execução medidas idênticas ou da mesma natureza em relação a determinado autor de ato infracional, objetivando definir qual delas deverá ser mantida em curso, além de se fixar o termo inicial do prazo de reavaliação da medida socioeducativa em execução, nos termos do art. 42 da citada Lei;
- 2) Em decorrência dessa unificação de medidas, expedir-se-á a Guia Unificadora a que se refere o art. 11, § 3º, da Resolução CNJ n.º 165, de 2012. Outrossim, a referida Guia Unificadora será expedida na hipótese da aplicação de medidas socioeducativas cuja execução seja possível simultaneamente, com a finalidade de “unificar duas ou mais guias de execução em face do mesmo adolescente”, a teor do disposto no art. 2º, VII, da aludida Resolução do Conselho Nacional de Justiça.
- 3) Singularmente, a execução concomitante de medidas socioeducativas em meio fechado (internação e semiliberdade) e em meio aberto (prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida) implica a extinção destas últimas, sob os auspícios do princípio doutrinário da subsunção.

## BIBLIOGRAFIA:

BRASIL, **Lei nº 12.594**, de 18 de janeiro de 2012. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional; e altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 5.537, de 21 de novembro de 1968, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, os Decretos-Leis nºs 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Brasília, DF, DOU de 19 de janeiro de 2012. Retificado em 20 de janeiro de 2012;

BRASIL, **Resolução nº 165**, de 16 de novembro de 2012. Dispõe sobre normas gerais para o atendimento, pelo Poder Judiciário, ao adolescente em conflito com a lei no âmbito na internação provisória e do cumprimento das medidas socioeducativas. DJE/CNJ nº 2012/2012, Brasília, DF, de 20 de novembro de 2012, p. 2-11;

CARELLI, Andrea Mismotto e col. **Comentários à Lei nº 12.594/2012**. Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. MPMG JURÍDICO. Edição Sinase 2014. Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (CEAF), agosto de 2014. Disponível em: [https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/sinase/comentarios\\_sinase\\_mpmg\\_2014.pdf](https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/sinase/comentarios_sinase_mpmg_2014.pdf). Acesso em 28/02/2022;

COSTA, Epaminondas da. **A lei do sinase (lei 12.594 de 2012), unificação de medidas socioeducativas e o princípio da subsunção (absorção lógica de uma medida por outra)**. In: Congresso Estadual do Ministério Público de Minas Gerais, XIII, 2018, Belo Horizonte. Disponível em: <https://congressoestadual2018.ammp.org.br/public/arquivos/teses/2.pdf>. Acesso em 04/06/2022;

DOI, Cristina Teranisi; FERREIRA, Luiz Antonio. **Unificação das medidas socioeducativas**. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_informativo/bibli\\_inf\\_2006/Justitia%20n.204-206.26.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Justitia%20n.204-206.26.pdf). Acesso em 07/02/2022;

FRASSETO, Flávio Américo. **Pela necessidade de uma doutrina do processo de execução de medidas socioeducativas**. Breves comentários à proposta de lei de diretrizes socioeducativas (In Biblioteca da ABMP/IBDCRIA);

MERGULHÃO, Maria Fernanda Dias. **O princípio da equidade: por uma nova exegese.** Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/07/21/o-principio-da-equidade-por-uma-nova-exegese>. Acesso em 23/03/2021;

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Alternativas à proposta de redução da maioria penal.** Revista do Ministério Público do RS. Porto Alegre, n. 75. Edição Especial, pp. 81-88. Disponível em: [http://www.amprs.org.br/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1427999911.pdf](http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1427999911.pdf). Acesso em 03/06/2022.

Anexo – Modelo de Guia Unificadora (páginas seguintes)

		<b>Cadastro Nacional de Adolescentes em Conflito com a Lei</b>	
<b>GUIA UNIFICADORA</b>		<b>Nº 28377.2022</b>	
DATA DA DECISÃO DE UNIFICAÇÃO: 11/04/2022		Nº PR. DO TRIBUNAL: 0702.21.021.364-2	
MEDIDAS RESULTANTES DA UNIFICAÇÃO: Liberdade assistida Prestação de serviços à comunidade			
VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE: VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DA COMARCA DE UBERLÂNDIA			
<b>ADOLESCENTE</b>			
NOME: J.P.F.			
APELIDO: Não informado		SEXO: Masculino	
MÃE: Sicrana de Tal			
PAI: Não informado		TELEFONE: Não informado	
DATA DE NASCIMENTO: 17/08/2003		DATA EM QUE COMPLETARÁ 21 ANOS: 17/08/2024	
NATALIDADE: PEDREGULHO UF: MG			
RG: Não informado		ÓRGÃO EXPEDIDOR: Não informado	CPF: Não informado
CERTIDÃO DE NASCIMENTO: Não informado			
ENDEREÇO: R.Z. Nº: 93 BAIRRO: R.A. CIDADE/UF: UBERLÂNDIA/MG			
<b>DADOS DAS GUIAS UNIFICADAS</b>			
GUIA: EXECUÇÃO PROVISÓRIA		Nº DA GUIA: 82462.2021	
Nº PROCESSO DE CONHECIMENTO: 1363505-65.2020.8.13.0702			
DATA DA SENTENÇA: 03/12/2021			
ATO INFRACIONAL: Tráfico de Drogas e Condutas Afins		DATA DO FATO: 19/04/2021	
TIPO DO ATO: Consumado			
MEDIDA APLICADA: Prestação de serviços à comunidade			
GUIA: EXECUÇÃO DEFINITIVA		Nº DA GUIA: 14970.2022	
Nº PROCESSO DE CONHECIMENTO: 1479863-16.2020.8.13.0702			
DATA DA SENTENÇA: 07/12/2021		DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO: 18/02/2022	
ATO INFRACIONAL: Tráfico de Drogas e Condutas Afins		DATA DO FATO: 03/11/2020	
TIPO DO ATO: Consumado			
Página 1 de 2			

MEDIDA APLICADA: Prestação de serviços à comunidade	
GUIA: EXECUÇÃO DEFINITIVA	Nº DA GUIA: 14979.2022
Nº PROCESSO DE CONHECIMENTO: 1427771-61.2020.8.13.0702	
DATA DA SENTENÇA: 07/12/2021	DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO: 18/02/2022
ATO INFRACIONAL: Tráfico de Drogas e Condutas Afins	DATA DO FATO : 25/07/2020
TIPO DO ATO: Consumado	
MEDIDA APLICADA: Prestação de serviços à comunidade	
GUIA: EXECUÇÃO DEFINITIVA	Nº DA GUIA: 14961.2022
Nº PROCESSO DE CONHECIMENTO: 0217470-56.2020.8.13.0702	
DATA DA SENTENÇA: 29/11/2021	DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO: 18/02/2022
ATO INFRACIONAL: Tráfico de Drogas e Condutas Afins	DATA DO FATO : 06/05/2020
TIPO DO ATO: Consumado	
MEDIDA APLICADA: Liberdade assistida	
GUIA: EXECUÇÃO DEFINITIVA	Nº DA GUIA: 21417.2022
Nº PROCESSO DE CONHECIMENTO: 0045184-38.2021.8.13.0702	
DATA DA SENTENÇA: 03/12/2021	DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO: 30/03/2022
ATO INFRACIONAL: Tráfico de Drogas e Condutas Afins	DATA DO FATO : 22/03/2022
TIPO DO ATO: Consumado	
MEDIDA APLICADA: Prestação de serviços à comunidade	

**UBERLANDIA-MG** 03/05/2022  
(Cidade)

Jose Roberto Padua  
Juiz de Direito  
Município de Uberlândia - MG

(Carimbo e Assinatura do Juiz)

Página 2 de 2

## A prisão como efeito da condenação pelo júri popular e o Princípio da Presunção de Inocência

GIOVANI AVELAR VIEIRA

*Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais*

**EXPOSIÇÃO:** A tese se propõe a examinar a prisão decorrente da condenação pelo júri popular, inserida no art. 492, Inc. I, “e”, do Código de Processo Penal, à luz da soberania dos veredictos populares e do Princípio da Presunção de Inocência, previstos, respectivamente, nos arts. 5º, Incs. XXXVIII, “c” e LVII, da Constituição Federal.

**JUSTIFICATIVA:** O Júri Popular, que tem no MP, papel de grande protagonista, constitui cláusula pétrea que encerra ao mesmo tempo direito do réu e instrumento de participação popular nas decisões acerca dos delitos que ofendem a vida, bem jurídico destacado no próprio rol do art. 5º, *caput*, da CF. Assim, a determinação da prisão para condenados pelo júri popular a penas superiores a 15 anos, nos exatos termos do art. 492, Inc. I, “e”, do Código de Processo Penal, concretiza a soberania dessa instituição e efetiva o Estado Democrático de Direito, confere maior proteção ao bem em questão, cumprindo ao MP, nos termos do art. 127, *caput*, da CF, defendê-lo, ainda mais num contexto de grande impunidade, notadamente no que diz respeito aos crimes dolosos contra a vida.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Incompatibilidade da Prisão por Condenação de Segunda Instância e o Princípio do Estado ou Presunção de Inocência. 3. Soberania dos Veredictos. 4. Legitimidade da Prisão após a condenação pelo Tribunal do Júri. 5. Conclusão. 6. Referências

### 1. INTRODUÇÃO

Em razão do advento da Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, foi introduzido no Código de Processo Penal, em seu art. 492, Inc. I, “e”, a determinação para que, nas condenações impostas pelo Júri Popular a pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão<sup>1</sup>, seja iniciada a execução provisória da pena, recolhendo-se ou recomendando-se o acusado à prisão.

E registra-se, sobretudo diante da literalidade de seus termos e ainda porque não se faz qualquer referência ao art. 312 do Código de Processo Penal e, por consequência, da necessidade da presença de algum fundamento de ordem cautelar, que a prisão, no citado dispositivo, trata-se, inegavelmente, de antecipação de pena ou execução provisória e não de prisão preventiva.

Oportuno observar que, no mesmo “Pacote Anticrime” constam os arts. 283 e 313, § 3º, sendo que, enquanto o primeiro impede qualquer espécie de prisão que não tenha natureza cautelar ou que não decorra de condenação criminal transitada em julgado, o segundo veda a decretação da custódia preventiva que tenha por finalidade a antecipação do cumprimento de pena.

---

<sup>1</sup> Na redação original do Projeto nº 882/2019, além de não haver limite quantitativo, previa-se a execução imediata das penas privativas de liberdade, independentemente do quantum, restritivas de direitos e pecuniárias.

---

Dito isso, resta saber se a execução provisória de pena igual ou superior a 15 (quinze) anos pelo Júri Popular, na forma prevista pelo então art. 492, Inc. I, “e”, do Código de Processo Penal, ofende o Princípio do Estado de Inocência, consagrado pelo art. 5º, Inc. LVII, da Constituição Federal, sobretudo, diante da interpretação que lhe foi dada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, quando, além de afirmar a constitucionalidade do art. 283<sup>2</sup> do Código de Processo Penal, reconheceu a inconstitucionalidade da chamada “prisão após condenação de segunda instância”.

Oportuno inicialmente estabelecer que o tema em questão não foi enfrentado pelo Pretório Excelso no citado julgamento, mesmo porque a Lei 13.964/2019, responsável pela inserção do atual art. 492, Inc. I, “e”, do Código de Processo Penal, passou a vigorar posteriormente.

Ademais, observa-se que, quando de seu voto, o então Presidente da Suprema Corte, Ministro Dias Toffoli, ressaltou que a decisão adotada pela maioria não se aplicaria às decisões do Tribunal do Júri, eis que, por determinação constitucional, seriam dotadas do atributo da soberania.

Assim, a resposta à questão passa necessariamente em se confrontar 02 (dois) dispositivos constitucionais, ambos sediados no rol das cláusulas pétreas da Constituição Federal, no caso, o Princípio do Estado de Inocência e a Soberania dos Veredictos do Júri Popular, consagrados, respectivamente, nos Incisos LVII e XXXVIII, “c”, do art. 5º.

## 2. INCOMPATIBILIDADE DA PRISÃO POR CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO OU ESTADO DE INOCÊNCIA

Estabelecida essa premissa, forçoso reconhecer que, quando do julgamento das mencionadas Ações Declaratórias de Constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal, revendo posição que predominou a partir da decisão exarada no *Habeas Corpus* 126292/2016, estabeleceu o entendimento de que qualquer prisão, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, que não tivesse natureza cautelar, ofende a regra disposta no art. 5º, Inc. LVII, da Constituição Federal.

E isso fica claro quando nos confrontamos com os seguintes trechos dos votos dos Ministros Marco Aurélio de Melo, que foi seu relator, e Celso de Mello:

[...] Atendem para a organicidade do Direito, levando em conta o teor do artigo 5º, inciso LVII, da Lei Maior – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. A literalidade do preceito não deixa margem a dúvidas: a culpa é pressuposto da sanção, e a constatação ocorre apenas com a preclusão maior.

O dispositivo não abre campo a controvérsias semânticas. A Constituição de 1988 consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante à supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória. A regra é apurar para, em virtude de título judicial condenatório precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da pena, que não admite a forma provisória.

A exceção corre à conta de situações individualizadas nas quais se possa concluir pela aplicação do artigo 312 do Código de Processo Penal e, portanto, pelo cabimento da prisão preventiva [...].

[...] Penso ser importante, pois, dar-se consequência efetiva ao postulado constitucional da presunção de inocência, que representa uma prerrogativa de caráter bifronte, cujos destinatários são, de um lado, o Poder Público, que sofre limitações no desempenho das suas atividades institucionais, e, de outro, o próprio cidadão, que encontra, nesse princípio, o fundamento de uma garantia essencial que lhe é reconhecida pela Constituição da República e que se mostra inteiramente oponível ao poder do Estado, neutralizando-lhe, por isso mesmo,

---

<sup>2</sup> O dispositivo, que sofreu mudança posterior pela Lei 13.964/19, apenas para inverter a ordem da cabeça e substituir prisão preventiva temporária ou prisão preventiva por prisão cautelar, prevê que ninguém poderá ser preso, senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou condenação criminal transitada em julgado.

---

qualquer iniciativa que objetive impor ao cidadão restrições à sua esfera jurídica, sem que exista, para tanto, qualquer título judicial definitivo.

O fato irrecusável, Senhor Presidente, é que, em nosso sistema jurídico e em face de expressa formulação constitucional, a inocência é sempre presumida. Trata-se de presunção “*juris tantum*”, de caráter relativo, que subsiste temporariamente, até que se consume o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Toda e qualquer pessoa deve ser presumida inocente até que tenha sido reconhecida a sua culpabilidade em sede de condenação penal transitada em julgado.

São essas as razões que me levaram a sustentar, em voto vencido, a tese segundo a qual a execução provisória (ou prematura) da sentença penal condenatória revela-se frontalmente incompatível com o direito fundamental do réu de ser presumido inocente até que sobrevenha o efetivo e real trânsito em julgado de sua condenação criminal, tal como expressamente assegurado pela própria Constituição da República (CF, art. 5º, LVII) [...].

Assim, nos termos da referida decisão, que, embora não consubstanciada em Súmula Vinculante, deve, ao menos, para o resguardo da Segurança Jurídica, nortear as decisões dos demais órgãos do Poder Judiciário, não seria admitida, por ora, ao menos, até que o referido posicionamento, adotado por apertada maioria de votos, seja modificado pelo próprio Supremo Tribunal Federal, a discussão de qualquer proposta de Emenda Constitucional (que estaria vedada pelo art. 60, § 4º, da Constituição Federal) ou projeto de lei que intente instituir no ordenamento jurídico a “Prisão após Condenação de Segunda Instância”.

A Decisão do Supremo Tribunal Federal, cumprindo-lhe, por força do art. 102, *caput*, da Magna Carta, a última palavra a respeito da constitucionalidade das leis e demais atos normativos, exceto, por ora, no que diz respeito às condenações proclamadas pelo Júri Popular, cujos veredictos se revestem de soberania, nos termos do art. 5º, Inc. XXXVIII, “c”, da Constituição Federal, limita e inibe toda e qualquer tentativa de inserir no ordenamento jurídico a prisão, exceto se fundada por razões de ordem cautelar, antes do trânsito em julgado da condenação penal condenatória.

Isso, em tese, considerando os termos da decisão da Suprema Corte Brasileira, que não apenas declarou a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, mantido pelo “Pacote Anticrime”, mas, ainda, entendeu pela inconstitucionalidade da execução provisória da sanção penal, somente seria possível de modo indireto, como v.g. ocorreria através da supressão dos recursos especial e extraordinário ou a previsão de que esses, em regra, não gozariam, em matéria penal, de efeito suspensivo ou até através de alteração na definição do trânsito em julgado.

### 3. SOBERANIA DOS VEREDICTOS

Por outro lado, o art. 5º, Inc. XXXVIII, da Constituição Federal, assegura ao Júri Popular, além da competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (competência mínima, pois é estendida para os delitos conexos e pode ser ampliada para outros por vontade do legislador infraconstitucional) e de asseguradas a plenitude da defesa e o sigilo das votações, a soberania dos seus veredictos.

Nesse passo, destaca-se, inicialmente, que o termo *Soberania*, sabidamente forte e que, segundo feliz lição de NUCCI (2013, p. 36), diz respeito [...] aquele que tem poder supremo, acima do qual não há outro [...], foi utilizado pela Magna Carta em apenas 05 (cinco) outras passagens (arts. 1º, Inc. I, 14, *caput*, 17, *caput*, 91, *caput*, 170, Inc. I e 231, § 5º).

Reitera-se que soberania, nesses dispositivos, ora se refere a um atributo do Povo na escolha de seus governantes e representantes (art. 14, *caput*), corolário do princípio veiculado pelo art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, ora a uma característica muito própria da República Federativa do Brasil, mas, jamais, em momento algum, a uma decisão judicial.

---

E, evidentemente, que essa opção tem repercussão e gera consequências, notadamente quando nos referimos à Constituição Federal, que, como tal, é fundamento de validade de todas as demais normas jurídicas.

Em síntese, exceto quando fala do Júri, o constituinte, em nenhum outro momento, veio a rotular qualquer decisão emanada do Poder Judiciário de *soberana*.

Lembro aqui, invocando o ensinamento de Ângelo Ansanelli Júnior, citado por Nucci (2013, p. 48), que o Júri Popular, seja porque presidido por um Juiz de Direito, seja porque suas decisões são passíveis de apreciação por Órgão Colegiado do Poder Judiciário, é majoritariamente considerado integrante desse poder.

E partindo-se de uma das premissas básicas de Hermenêutica Jurídica de que *a lei não contém palavras inúteis*, parece óbvio que a Constituição Federal, ao prever, no citado art. 5º, XXXVIII, “c”, a soberania de seus veredictos, quis, para muito além do que prestigiar o Júri Popular, garantir que, quanto ao mérito, suas decisões praticamente não seriam passíveis de revisão pelos demais órgãos do Poder Judiciário.

Essa conclusão, além de assentada na utilização da soberania para caracterizar os veredictos, reforça-se pelo espírito democrático da Constituição Federal, externado em várias de suas passagens, mas, notadamente, seu art. 1º, parágrafo único, eis que, no Júri Popular, o povo é chamado a julgar, a se pronunciar nos crimes dolosos contra a vida, bem jurídico que mereceu absoluta atenção, tanto é verdade que, no restrito rol do art. 5º, *caput*, da Magna Carta, foi o primeiro a ser destacado.

E seria repetitivo dizer que esse especial tratamento dispensado pelo constituinte à vida vai repercutir em todo o ordenamento jurídico, para, v.g., impor ao legislador o estabelecimento de sanções suficientemente severas e efetivas a toda e qualquer conduta ofensiva desse direito e, na interpretação de todo e qualquer ato normativo, a escolha da opção que melhor o salvasse.

Concretizando o desejo do Constituinte, que, aliás, como cláusula pétrea que o é, goza de imunidade constitucional, por força do art. 60, § 4º, Inc. IV, da Magna Carta, o Código de Processo Penal, em seu art. 593, Inc. III, “d”, dispositivo recepcionado pela ordem constitucional vigente, admitiu como passível de apelação a decisão dos jurados somente quando “manifestamente contrária à prova dos autos”.

E na interpretação desse dispositivo, por *manifestamente contrária à prova dos autos*, a doutrina e jurisprudência têm entendido por decisão absurda, teratológica e que não tenha o respaldo de qualquer das versões possíveis existentes nos autos.

Nesse sentido, o escólio de Guilherme de Souza Nucci:

É certo, como afirmado na nota anterior, que o duplo grau de jurisdição merece conviver harmonicamente com a soberania dos veredictos, mas nem sempre, na situação concreta, os tribunais togados respeitam o que os jurados decidiram e terminam determinando novo julgamento, quando o correto seria manter a decisão. O ideal é anular o julgamento, em juízo rescisório, determinando a realização de outro, quando efetivamente o Conselho de Sentença equivocou-se, adotando tese integralmente incompatível com as provas dos autos. Não cabe a anulação, quando os jurados optam por uma das versões correntes de interpretação da prova possíveis de surgir. Exemplo disso seria a anulação do julgamento porque o Conselho de Sentença considerou fútil o ciúme, motivo do crime. Ora, se existe prova de que o delito foi, realmente, praticado por tal motivo, escolheram os jurados essa qualificadora, por entenderem adequada ao caso concreto. Não é decisão manifestamente contrária à prova, mas situa-se no campo da interpretação da prova, que é bem diferente. Consideramos que a cautela, na anulação das decisões do júri, deve ser redobrada, para não transformar o tribunal togado na real instância do julgamento de crimes dolosos contra a vida (2015, p.1192).

No mesmo sentido, a sempre citada lição de Renato Brasileiro:

Decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos: para que seja cabível a apelação com base na alínea “d” do inciso III do art. 593 do CPP, e, de modo a se compa-

---

tibilizar sua utilização com a soberania dos veredictos, é necessário que a decisão dos jurados seja absurda, escandalosa, arbitrária e totalmente divorciada do conjunto probatório constante dos autos. Portanto, decisão manifestamente contrária à prova dos autos é aquela que não encontra nenhum apoio no conjunto probatório, é aquela que não tem apoio em nenhuma prova, é aquela que foi proferida ao arrepio de tudo que consta dos autos, enfim, é aquela que não tem qualquer prova ou elemento informativo que a suporte ou justifique, e não aquela que apenas diverge do entendimento dos juízes togados a respeito da matéria (2017, p. 1442).

Nossos pretórios não têm se posicionado de forma diversa, senão vejamos:

[...] É descabida a determinação de novo julgamento, uma vez que não representa nulidade a escolha pelos jurados por uma tese entre as possíveis a partir da intelecção fático-probatória realizada, sob pena de usurpação de competência e de ofensa ao princípio da soberania dos veredictos. Doutrina e jurisprudência (AgRg no REsp 1864231/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 25/6/2020) [...] (BRASIL, 2020).

[...] 1.A *soberania* dos veredictos é garantia constitucional do *Tribunal do Júri*, órgão competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida; sendo a única instância exauriente na apreciação dos fatos e provas do processo. Impossibilidade de suas decisões serem materialmente substituídas por decisões proferidas por juízes ou Tribunais togados. Exclusividade na análise do mérito. 2.A introdução do quesito genérico na legislação processual penal (Lei n. 11.689, de 09 de junho de 2008) veio claramente com o intuito de simplificar a votação dos jurados – reunindo as teses defensivas em um quesito –, e não para transformar o corpo de jurados em “um poder incontrastável e ilimitado”. 3.Em nosso ordenamento jurídico, embora soberana enquanto decisão emanada do Juízo Natural constitucionalmente previsto para os crimes dolosos contra a vida, o específico pronunciamento do *Tribunal do Júri* não é inatacável, incontrastável ou ilimitado, devendo respeito ao duplo grau de jurisdição. Precedentes. 4.A apelação não substitui a previsão constitucional de exclusividade do *Tribunal do Júri* na análise de mérito dos crimes dolosos contra a vida, pois, ao afastar a primeira decisão do Conselho de Sentença, simplesmente, determina novo e definitivo julgamento de mérito pelo próprio *Júri* (...) (BRASIL, 2020).

Mesmo nesses casos, nos quais a decisão do júri popular divorcie-se, por absoluto, da prova dos autos, não é demais lembrar que a cassação de seu veredicto terá por consequência a realização de novo julgamento, mas, jamais, sua substituição por outro órgão do Poder Judiciário, o que, ao mesmo tempo, reafirma a soberania dos veredictos assegurada pelo art. 5º, Inc. XXXVIII, “c”, da Constituição Federal e impede julgamentos absolutamente apartados da prova colhida nos processos por crimes dolosos contra a vida.

#### 4. A LEGITIMIDADE DA PRISÃO APÓS A CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI

Nessa linha de raciocínio, acrescenta-se, a não deixar dúvida da força da qual se reveste as decisões do Tribunal do Júri, que o próprio Supremo Tribunal Federal, embora, por maioria apertada de votos, tenha firmado o entendimento de que a prisão, como efeito da condenação, somente é possível após esgotados os recursos, admitia, por meio de sua primeira turma, como legítima, antes mesmo do advento da Lei 13.964/19, responsável pela introdução do art. 492, Inc. I, “e”, do Código de Processo Penal, a expedição de mandado de prisão para réus condenados pelo júri popular já a partir da primeira instância.

---

Nesse sentido:

Direito Constitucional e Penal. Habeas Corpus. Duplo Homicídio, ambos qualificados. Condenação pelo Tribunal do Júri. Soberania dos veredictos. Início do cumprimento da pena. Possibilidade. 1. A Constituição Federal prevê a competência do Tribunal do Júri para o julgamento de crimes dolosos contra a vida (art. 5º, inciso XXXVIII, d). Prevê, ademais, a soberania dos veredictos (art. 5º, inciso XXXVIII, c), a significar que os tribunais não podem substituir a decisão proferida pelo júri popular. 2. Diante disso, não viola o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade a execução da condenação pelo Tribunal do Júri, independentemente do julgamento da apelação ou de qualquer outro recurso. Essa decisão está em consonância com a lógica do precedente firmado em repercussão geral no ARE 964.246-RG, Rel. Min. Teori Zavascki, já que, também no caso de decisão do Júri, o Tribunal não poderá reapreciar os fatos e provas, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri. 3. Caso haja fortes indícios de nulidade ou de condenação manifestamente contrária à prova dos autos, hipóteses incomuns, o Tribunal poderá suspender a execução da decisão até o julgamento do recurso. 4. Habeas corpus não conhecido, ante a inadequação da via eleita. Não concessão da ordem de ofício. Tese de julgamento: “A prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade (BRASIL, 2017).

Na oportunidade, o Ministro Luís Roberto Barroso, relator do referido acórdão, fez consignar que:

[...] a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação pelo Tribunal do júri, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri, e o Tribunal não pode substituir-se aos jurados na apreciação de fatos e provas (CF/88, artigo 5º, XXXVIII, c), o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar (CF/88, artigos 5º, caput e LXXVIII e 144) (BRASIL, 2017).

Observa-se aqui que, cotejado o Princípio Constitucional do Estado de Inocência com a Soberania dos Veredictos, o que não havia ocorrido quando do julgamento das ADC's 43, 44 e 54, a Suprema Corte entendeu por perfeitamente consentânea com a Constituição Federal, independentemente da presença dos fundamentos da prisão preventiva, a segregação após a condenação pelo júri popular.

Oportuno asseverar que a Suprema Corte, ao legitimar a prisão após condenação provisória pelo Júri, em ponderação muito próxima do que posteriormente veio a se consagrar como texto normativo, no art. 492, § 3º e 5º, do Código de Processo Penal, com redação conferida pela Lei 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”), ressaltou que essa antecipação da pena poderia ser afastada pela presença de fortes indícios de nulidade ou de que a responsabilização se revele absolutamente contrária à prova dos autos.

Assim, com a devida vênia, parece equivocada o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, quando, por ocasião do julgamento do HC nº 538.491/PE, entendeu, invocando como fundamento a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADC's 43, 44 e 54, por “ilegal” a prisão decorrente de condenação pelo Júri Popular:

HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. CONDENAÇÃO PROFERIDA PELO TRIBUNAL DO JÚRI. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. Após o julgamento da Suprema Corte das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54, houve alteração legal no art. 492, inc. I, alínea “e”, do CPP, em que é determinado que o Juiz Presidente do Tribunal de Júri proferirá sentença que, em caso de condenação, “mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos”.
2. Contudo, é pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que é ilegal a execução provisória da pena como decorrência automática da condenação proferida pelo Tribunal do Júri.
3. Habeas corpus concedido para obstar as execuções provisórias das penas impostas aos pacientes (BRASIL, 2020).

Com efeito, a soberania dos veredictos, cláusula pétrea assentada no art. 5º, Inc. XXXVIII, “d”, da Constituição Federal, não foi examinada pelo Supremo Tribunal Federal quando decidiu pela inconstitucionalidade da prisão após condenação de segunda instância.

Sendo assim, o precedente invocado pelo STJ para reputar ilegal a prisão ora examinada não poderia ser utilizado como razão de decidir.

E isso também ocorreu quando o próprio Pretório Excelso, através da Segunda Turma, tendo por Relator o Ministro Gilmar Mendes e tendo por vencido o Ministro Edson Fachin, consignou que a execução provisória ora examinada não seria possível sob o mesmo argumento acima utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça:

Direito penal e processual penal. 2. Execução provisória da pena. Impossibilidade. Precedentes (ADCs 43, 44 e 54). 3. Ordem de habeas corpus concedida de ofício para declarar a ilegalidade de execução provisória da pena e, assim, revogar a prisão decretada por tal fundamento, se inexistente outro motivo para a segregação do paciente e se ausentes fundamentos concretos de prisão preventiva, nos termos do art. 312 do CPP e em conformidade com a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2019).

E nunca é sem propósito rememorar que, segundo o Princípio da Concordância Prática ou Harmonização, como nos ensina Novellino (2013, p. 179), na interpretação de dispositivos constitucionais, havendo colisão, intérprete deve coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, realizando redução proporcional do âmbito de alcance de cada um deles. Os bens constitucionalmente protegidos devem ser tratados de modo que a afirmação de um não implique o sacrifício total do outro.

## 5. CONCLUSÃO

Tomando por base a soberania dos veredictos do Júri Popular, garantida pelo art. 5º, Inc. XXXVIII, “c”, da Constituição Federal e concretizada, no plano infraconstitucional, pelo art. 593, Inc. III, “d”, do Código de Processo Penal, a execução imediata de suas condenações, instituída pelo art. 492, Inc. I, “e”, do Código de Processo Penal, através da Lei 13.964/2019, não se submete aos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54 e é compatível com o Princípio do Estado ou Presunção de Inocência assentado no art. 5º, Inc. LVII, da Constituição Federal.

Ademais, ressalta-se que a questão é objeto do Recurso Extraordinário 1.235.340, sendo que, até o presente momento, com os votos favoráveis dos Ministros Dias Toffoli e Roberto Barroso, prevalece no Supremo Tribunal Federal a tese (tema 1068 da repercussão geral), em julgamento ocorrido no dia 04 de maio de 2020, de que [...] A soberania dos veredictos do Tribunal do Júri autoriza a imediata execução de condenação imposta pelo corpo de jurados, independentemente do total da pena aplicada [...].

---

Feito esse registro, partindo-se da premissa de que, no choque entre princípios constitucionais (soberania dos veredictos x presunção de inocência), a interpretação a ser adotada deve ser aquela que não exclui qualquer deles (Princípio da Concordeância Prática ou Harmonização), forçoso reconhecer, ainda porque revela opção do próprio povo, através de seus representantes eleitos, que a norma do art. 492, Inc. I, “e”, do CPP, não descortina qualquer ofensa ao Princípio do Estado de Inocência.

Acrescenta-se que, se, por um lado, o art. 2º, parágrafo único, da Constituição Federal, prescreve que o *Poder emana do Povo*, esse mesmo povo, representado pelo Júri Popular, ao condenar alguém a pena maior de 15 (quinze) anos de reclusão, e, ao estabelecer, por seus representantes eleitos para a Câmara dos Deputados e Senado Federal, a norma do art. 492, Inc. I, “e”, do CPP, deixou por demais claro que deseja que condenados nessas condições sejam, já na primeira instância, levadas ao cárcere.

Ademais, nos termos do art. 492, § 3º e 5º, do Código de Processo Penal, até mesmo como um filtro para evitar injustiças, havendo questão substancial, ou seja, importante, relevante, e plausível que possa ser acolhida em eventual recurso, o Juiz Presidente pode negar a execução imediata da prisão, o mesmo ocorrendo, quando o relator do recurso, identificando que não se trata de questão meramente protelatória, vislumbrar questão com as mesmas características, apta, como tal, a ensejar a absolvição, anulação da sentença, novo julgamento ou redução da pena para quantum inferior a 15 (quinze) anos.

Assim, a execução imediata condiciona-se, ainda, à ausência de questão substancial que, de forma plausível, possa levar à anulação do julgamento, cassação do veredicto (hipótese muito pouco plausível quando se considera que a acusação já passou pelos filtros do recebimento da denúncia e pronúncia) ou à diminuição da pena para alguém desse patamar.

Em síntese, se a decisão oriunda do júri popular, exarada, em processo no qual é assegurada a plenitude de defesa, que, para alguns, como é o caso de Nucci (2007, p. 32), mesmo com prejuízo ao contraditório, autoriza, inclusive, a inovação na tréplica, e revestida do *status* de soberana, o que, como tal, lhe confere o poder de, salvo se manifestamente contrária à prova dos autos, não ser passível de revisão judicial, que, se, for o caso, poderá apenas determinar novo julgamento pelo próprio júri, o art. 492, Inc. I, “e”, do Código de Processo Penal, ao determinar que a pena igual ou superior a 15 (quinze) anos, ainda porque fruto da vontade popular, exteriorizada através de seus representantes eleitos na Lei 13964/2019, não está a se ressentir de qualquer afronta ao Texto Constitucional.

Há, portanto, tão somente legítima opção, considerando a soberania dos veredictos, que nada mais é do que, no caso dos crimes dolosos contra a vida, da reiteração da regra de que todo o *Poder emana do Povo*, de que pessoas condenadas por júri popular iniciem, de pronto, o cumprimento da pena se essa for igual ou superior a 15 anos de reclusão.

## 6. REFERÊNCIAS

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 538.491/PE, da 6ª Turma, Rel.: Min. Nefi Cordeiro, 15.12.2020. Disponível em: < [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br) > Acesso em: 2.mar.2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 623107/PA, da 6ª Turma, Rel.: Min. Nefi Cordeiro. Brasília, 15.12.2020. Disponível em: < [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br) > Acesso em: 29.mar.2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC's 43, 44 e 54, do Tribunal Pleno, Rel.: Min. Marco Aurélio de Mello. Brasília, 23 e 24.10.2019. Disponível em: < [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br) >. Acesso em: 27.mar.2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 118770, da 1ª Turma, Rel.: Min. Roberto Barroso. Brasília, 7.3.2017. Disponível em: < [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br) > Acesso em: 2.mar.2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 163814, da 2ª Turma, Rel.: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 19.11.2019. Disponível em: < [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br) > Acesso em: 18.mar.2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 170.559, da 1ª Turma, Rel.: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 3.12.2019. Disponível em: < [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br) > Acesso em: 2.mar.2021.

- 
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1.235.340, do Pleno, Rel.: Min. Roberto Barroso, Brasília, 04.5.2020. Disponível em: < [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br) > Acesso 2.mar.2021.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal Comentado*. 2.ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.
- NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 8.ed. São Paulo: Método, 2013.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

## Mineração *versus* espaços especialmente protegidos: atuação estratégica do Ministério Público para prevenção de ameaças a Unidades de Conservação e Sítios Tombados

GISELLE RIBEIRO DE OLIVEIRA<sup>1</sup>

*Promotora de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais*

### JUSTIFICATIVA

1. Na história, a exploração de recursos minerais tem sido considerada importante instrumento na melhoria da qualidade de vida, sendo reconhecida como atividade fundamental para o desenvolvimento econômico e social de muitos países (ONU, 2002). No Brasil, os recursos minerais são bens da União e sua exploração é considerada atividade de utilidade pública, nos termos da alínea “f” do artigo 5º do Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941 (BRASIL, 1941, art. 5º, “f”). O setor minerário é considerado estratégico na economia do Brasil, representando cerca de 2,5% do Produto Interno Bruto (PIB) (BRASIL, 2021).

Não obstante a importância estratégica da atividade, é certo que tem grande potencial degradador. Todos os regimes de aproveitamento dos recursos minerais previstos no Decreto-Lei n. 227, de 1967, atualizado pela Lei n. 9.314, de 1996, - autorização de pesquisa, concessão de lavra, licenciamento, permissão de lavra garimpeira, monopólio - importam em interferência do ecossistema, uso direto e destruição dos recursos naturais causando um quadro de significativa degradação ambiental e paisagística. Segundo a Lei n. 6.938/1981, em seu anexo VIII, a extração de minerais é classificada como atividade potencialmente poluidora de grau alto (BRASIL, 1981).

2. Ocorre que, se por um lado, a Constituição da República garante a possibilidade de mineração, por outro, impõe limites ao exercício das atividades econômicas e deveres para quem as exploram. Nas palavras de Thomé,

(...) a Constituição de 1988, que prevê o modo de produção capitalista e incentiva o crescimento econômico, também determina que seja observada, simultaneamente, a função social da propriedade e a preservação dos recursos naturais, para que haja condições dignas de vida também para as próximas gerações. (THOMÉ, 2011, p.64/65).

No estado de Minas Gerais mostra-se de fundamental importância a atuação ministerial no sentido de buscar a compatibilização das atividades minerárias com a defesa do meio ambiente, garantindo o respeito aos espaços especialmente protegidos.

---

<sup>1</sup> Promotora de Justiça titular da 12ª promotoria de Justiça Criminal da Comarca de Belo Horizonte. Mestranda do programa Patrimônio Construído e Ambiente Sustentável da Faculdade de Arquitetura da Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Direito, Impacto e Recuperação Ambiental pela Universidade Federal de Ouro Preto – UFOP, Brasil. Especialista em Direito Ambiental e Sustentabilidade pela Escola Superior Dom Helder Câmara, Brasil. Especialista em Direito Sanitário pela Escola de Saúde Pública do Estado de Minas Gerais, Brasil.

---

O meio ambiente – inclusive sua vertente meio ambiente cultural - é direito fundamental de amplitude social, cabendo precipuamente ao Estado implementar medidas, de modo compulsório e efetivo, para sua salvaguarda e afirmação concreta.

É um desdobramento do direito à vida e, correlativamente, à conservação das bases físicas, ecológicas e culturais que a sustentam, o que implicará, como efeito concreto, em um dever de “conformação das atividades sociais, que devem garantir a manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, abster-se da sua deterioração, e construir a melhoria geral das condições de vida na sociedade” (DERRANI, 1998, p.97).

A CF/88 estabeleceu esse direito fundamental e, ainda, a determinação sobre como a atividade econômica de mineração deve com ele se compatibilizar:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

(...)

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

(...)

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei. (BRASIL, 1988)

A Constituição do Estado de Minas Gerais estabelece imperativamente no seu capítulo destinado à ordem econômica:

Art. 249 - A política hídrica e minerária executada pelo Poder Público se destina ao aproveitamento racional, em seus múltiplos usos, e à proteção dos recursos hídricos e minerais, observada a legislação federal.

(...)

Art. 251 - A exploração de recursos hídricos e minerais do Estado não poderá comprometer os patrimônios natural e cultural, sob pena de responsabilidade, na forma da lei. (MINAS GERAIS, 1989)

3. Neste contexto, não se pode perder de vista que alguns espaços territoriais, por possuírem características naturais ou culturais relevantes, não podem comportar atividades minerárias: é o caso das unidades de conservação de proteção integral e dos sítios tombados.

3.1. De fato, o legislador constituinte também determinou que o Poder Público definisse, em todas as unidades da federação, espaços territoriais a serem protegidos.

---

Algumas dessas áreas protegidas são Unidades de Conservação, espaços territoriais e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, “legalmente instituídas pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção” (BRASIL, 2000, artigo 2º, inciso I).

As Unidades de Conservação integrantes do SNUC dividem-se em Unidades de Proteção Integral e Unidades de Uso Sustentável, sendo o grupo das unidades de Proteção Integral composto pelas Estações Ecológicas, Reservas Biológicas, Parques Nacionais, Monumentos Naturais e Refúgios de Vida Silvestre.

Por determinação expressa na mencionada Lei, nas Unidades de Conservação de Proteção Integral somente é permitido o “uso indireto dos seus atributos naturais”, pois a proteção integral busca a “manutenção dos ecossistemas livres de alterações causadas por interferência humana” (artigo 2º, VI, Lei n. 9.985/2000), definindo-se uso indireto como “aquele que não envolve consumo, coleta, dano ou destruição dos recursos naturais” (artigo 2º, IX, Lei n. 9.985/2000).

Nesse sentido, de acordo com o artigo 28 da Lei n. 9.985/2000,

São proibidas, nas unidades de conservação, quaisquer alterações, atividades ou modalidades de utilização em desacordo com os seus objetivos, o seu Plano de Manejo e seus regulamentos.

Parágrafo único. Até que seja elaborado o Plano de Manejo, todas as atividades e obras desenvolvidas nas unidades de conservação de proteção integral devem se limitar àquelas destinadas a garantir a integridade dos recursos que a unidade objetiva proteger, assegurando-se às populações tradicionais porventura residentes na área as condições e os meios necessários para a satisfação de suas necessidades materiais, sociais e culturais. (BRASIL, 2000)

Dessa forma, sendo a mineração atividade de elevado grau de degradação e sendo as Unidades de Conservação de Proteção Integral espaços territoriais onde são vedados tanto o dano quanto a destruição dos recursos naturais, é de clareza solar a vedação das atividades de mineração nessas Unidades.

Tal posicionamento é corroborado pela Procuradoria Federal Especializada do Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM, no Parecer/PROGE nº 145/2006-CCE-JMO, emitido nos autos do procedimento administrativo 48400.000.000788/2006-47 daquela Autarquia Minerária, aprovado por seu Diretor-Geral.

Se é vedada execução de qualquer atividade minerária em Unidades de Conservação de Proteção Integral, é ilegal a outorga ou a subsistência de direitos minerários nessas áreas, ainda que somente para fins de pesquisa, devendo ser indeferidos todos os requerimentos de direito minerário, incluindo requerimentos de pesquisa, registro de licença, de permissão de lavra garimpeira e de registro de extração, bem como anulados os eventuais títulos outorgados, nos termos do artigo 68 do Código de Mineração.

### 3.2. Outrossim, não é cabível qualquer regime de exploração minerária em áreas naturais protegidas pelo tombamento.

Disciplinado pelo Decreto-Lei n. 25/37, a finalidade do tombamento é a conservação da integralidade dos bens sobre os quais recaia um interesse público de proteção de suas características especiais.

Embora o Decreto-lei n. 25/37 traga uma visão tradicional de patrimônio, valorizando, sobretudo, bens móveis e imóveis a que fosse atribuída notável relevância artística, histórica e arquitetônica, prevê também que “equiparam-se aos bens a que se refere o presente artigo e são também sujeitos a tombamento os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana” (BRASIL, 1937, artigo 1o). Patente, portanto, especialmente considerando a necessária releitura constitucional do decreto, que o instituto do tombamento é aplicável a bens materiais naturais.

O ato de tombamento pode ser considerado como de repercussão jurídica dúplice ou mista, uma vez que implica em efeito declaratório (declara o valor cultural do bem, valor este que antecede o ato de proteção e o justifica) e também em efeitos constitutivos, uma vez que submete o bem tombado a um regime jurídico especial

---

criando obrigações para o proprietário da coisa, para os proprietários dos imóveis vizinhos, para o ente tombador e mesmo efeitos que se operam *erga omnes*, atingindo a todos.

O Decreto-Lei n. 25/37 (Lei do Tombamento) estabelece:

Art. 17. As coisas tombadas não poderão, em caso nenhum ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de cinquenta por cento do dano causado.

Parágrafo único. Tratando-se de bens pertencentes à União, aos Estados ou aos municípios, a autoridade responsável pela infração do presente artigo incorrerá pessoalmente na multa.

Art. 18. Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso a multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto.

Art. 20. As coisas tombadas ficam sujeitas à vigilância permanente do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que poderá inspecioná-los sempre que for julgado conveniente, não podendo os respectivos proprietários ou responsáveis criar obstáculos à inspeção, sob pena de multa de cem mil réis, elevada ao dobro em caso de reincidência. (BRASIL, 1937)

Analisando-se o regime estatuído no Decreto-lei n. 25/1937, percebe-se que o objetivo precípua do tombamento consiste em preservar o estado físico de bens que se revestem de importância do ponto de vista da cultura, bem como garantir que se possa a eles ter acesso. Desse modo, a preservação da integridade física de tais bens constitui verdadeira condição para a realização do dever estatal de garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso a fontes de cultura nacional, consoante art. 215 da Carta de 1988.

Embora o tombamento não imponha uso determinado do bem, impede que a superveniência de uso divorciado da razoabilidade possa acarretar mutilação ou modificação dos caracteres para os quais se volta a proteção jurídica. Merece alusão literal o magistério da autora Sônia Rabello de Castro:

Ainda que se tombe o imóvel, não poderá a autoridade tomar o seu uso, uma vez que o uso não é objeto móvel ou imóvel. Com relação ao aspecto do uso, o que pode acontecer é que, em função da conservação do bem, ela possa ser adequada ou inadequada. Assim se determinado imóvel acha-se tombado sua conservação se impõe; em função disto é que se pode coibir formas de utilização da coisa que, comprovadamente, lhe causam danos, gerando sua descaracterização. Nesse caso, poder-se-ia impedir o uso danoso ao bem tombado, não para determinar um uso específico, mas para impedir o uso inadequado. (CASTRO, 1991, p.108).

No caso de atividades minerárias, no entanto, é impossível compatibilizar o uso exploratório dos recursos minerais com a manutenção da integridade física e respeito à paisagem natural tombada.

Considerando-se que permitir a mineração em áreas tombadas (e, por consequência, a manutenção de títulos minerários) importará na destruição e mutilação de patrimônio ambiental e cultural ímpar e; considerando-se, ainda, que o dano imposto ao patrimônio paisagístico em questão é inaceitável, deve ser vedada a exploração de recurso mineral que comprometa o patrimônio cultural (art. 251 da Constituição Estadual e art. 17 do Decreto-Lei n. 25/37).

4. Em sendo a exploração minerária incompatível com a preservação preconizada pela instituição de unidades conservação de proteção integral e pelo tombamento, torna-se cogente a declaração de nulidade e/ou caducidade de todos os títulos minerários existentes sobre a área, bem como o impedimento da concessão de novos títulos.

---

Isto porque a subsistência de direitos minerários consiste em ameaça a esses espaços especialmente protegidos, uma vez que gera expectativas de direitos para os titulares. De fato, em razão da rigidez locacional das jazidas, muitos empreendedores tendem a pressionar o Estado para desproteção das áreas, com a finalidade de exploração econômica. É o que se observou nos casos da Estação Ecológica de Aredes, em Itabirito, em que foram aprovadas leis para modificação dos limites da UC, viabilizando a mineração no local (autos do processo 1010613-16.2018.4.01.380); na Serra do Curral, em Belo Horizonte, onde vários empreendimentos minerários pretendem se instalar (autos do processo 1013555-21.2018.4.01.3800) e no caso da Serra do Moeda, em Brumadinho, onde a empresa Gerdau tem proposto a modificação dos limites da unidade, para viabilizar sua atividade (PAAF MPMG 002416001673-9).

5. O MPMG pode, então, agir inovadora e estrategicamente para diminuir a expectativa de exploração mineral, eliminando fatores de pressão para a desproteção das áreas especialmente protegidas.

Nesse intuito, o MPMG pode atuar, extrajudicial ou judicialmente, inclusive conjuntamente com o MPF, em face da Agência Nacional de Mineração, para exigir que a autarquia adote todos os atos de sua competência para:

realizar o bloqueio das áreas inseridas no perímetro de tombamento ou em unidades de conservação de proteção integral;

indeferir todos os requerimentos de novos direitos minerários (requerimentos de autorização de pesquisa, de registro de licenciamento, de permissão de lavra garimpeira e de registro de extração), assim como praticar todos os atos de sua competência para fins de indeferimento dos requerimentos de concessão de lavra, que visem a onerar áreas inseridas no perímetro previsto na área especialmente protegida coincidente com os limites de unidade de conservação de proteção integral ou áreas inseridas no perímetro de tombamento;

suspender os títulos que conferem direitos minerários (autorizações de pesquisa, registros de licenciamento, permissões de lavra garimpeira, registros de extração, assim como concessões de lavra) em áreas inseridas no perímetro de tombamento ou unidades de conservação de proteção integral;

por fim, anular e/ou declarar a caducidade dos títulos que conferem direitos minerários (autorizações de pesquisa, registros de licenciamento, permissões de lavra garimpeira, registros de extração, assim como concessões de lavra) que onerem áreas inseridas no perímetro de tombamento ou em unidades de conservação de proteção integral.

## CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENUNCIADO

Em uma atuação estratégica e preventiva, na defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado, o Ministério Público pode agir, judicial ou extrajudicialmente, para que não haja incidência de títulos minerários sobre os perímetros de unidades de conservação de proteção integral ou de tombamento de áreas naturais, a fim de diminuir fatores de pressão para a desproteção dessas áreas especialmente protegidas.

## CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENUNCIADO MODIFICADO

Em uma atuação estratégica e preventiva, na defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado, o Ministério Público **brasileiro** pode agir, judicial ou extrajudicialmente, para que não haja incidência de títulos minerários sobre os perímetros de unidades de conservação de proteção integral ou de tombamento de áreas naturais, a fim de diminuir fatores de pressão para a desproteção dessas áreas especialmente protegidas.

---

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.
- \_\_\_\_\_. **Decreto-Lei 25** de 20 de novembro de 1937. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3365.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3365.htm)>. Acesso em: 21 jan. 2019.
- \_\_\_\_\_. **Decreto-Lei 3.365**, de 21 de junho de 1941. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3365.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3365.htm)>. Acesso em: 21 jan. 2019.
- \_\_\_\_\_. **Lei n. 6.938**, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm). Acesso em 26 de junho de 2017.
- \_\_\_\_\_. **Lei n. 9.985**, de 18 de julho de 2000. Regulamenta o art. 225, § 1o, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9985.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9985.htm). Acesso em 09 de janeiro de 2019.
- \_\_\_\_\_. O setor minerário é considerado estratégico na economia do Brasil, representando cerca de 2,5% do Produto Interno Bruto. **Site do Governo Federal**. Publicado em 19/2/2021. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias>. Acesso em: 17 fev.2022.
- CASTRO, S. R. de. **O Estado na preservação dos bens culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.
- DERANI, C. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: direito fundamental e princípio da atividade econômica. In: FIGUEIREDO, G. J. P. **Temas de Direito Ambiental e Urbanístico**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, 1998.
- MINAS GERAIS. **Constituição do Estado de Minas Gerais (1989)**. 28 ed. Belo Horizonte, Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2021.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento Rio+10. **Plano de implementação**. 2002. Disponível em: <http://www.onu.org.br>. Acesso em: 21 ago.2018.
- THOMÉ, R. **Manual de Direito Ambiental**. Salvador: Editora Jus Podium, 2011.

## “A decretação de indisponibilidade de bens por meio da Central Nacional de Indisponibilidade de Bens - CNIB, a fim de garantir a satisfação do crédito e efetividade à tutela jurisdicional”

**GUILHERME DE SÁ MENEGHIN**

*Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais  
Titular da 1ª Promotoria de Mariana*

### SÍNTESE DOGMÁTICA DA PROPOSIÇÃO

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) instituiu em 2014 um instrumento célere para localizar bens de devedores e permitir a satisfação dos credores em processos judiciais. Assim, nasceu a Central Nacional de Indisponibilidade de Bens (CNIB). Contudo, interpretações doutrinárias e jurisprudenciais vêm limitando o alcance desse mecanismo, no sentido de vedar a busca e o bloqueio de bens pelo CNIB. Por isso, faz-se necessário defender a viabilidade de empregar a referida central para localizar e indisponibilizar bens dos devedores, sobretudo para garantir a efetividade da tutela jurisdicional na fase executiva.

### PALAVRAS-CHAVE

Áreas Cível e Especializadas. Indisponibilidade de bens. Central Nacional de Indisponibilidade de Bens – CNIB. Possibilidade.

### SUMÁRIO

1 - Introdução; 2 - CNIB como instrumento de localização de bens e satisfação do credor; 3 - Conclusão objetiva e proposta de enunciado

### EXPOSIÇÃO OU JUSTIFICATIVA

#### 1 - INTRODUÇÃO

O processo civil tem como finalidade proporcionar acesso à ordem jurídica justa, deduzida do princípio constitucional de que nenhuma lesão ou ameaça de lesão será excluída do exame judicial (inafastabilidade jurisdicional). A respeito, José Afonso da Silva assinala o profundo conteúdo do art. 5º, XXXV, da Constituição da República:

[...]. O *princípio da proteção judiciária*, também chamado “princípio da inafastabilidade do

---

controle jurisdicional”, constitui, em verdade, a principal garantia dos direitos subjetivos. Mas ele, por seu turno, fundamenta-se no princípio da Separação de Poderes, reconhecido pela doutrina como garantia das garantias constitucionais. Aí se junta uma constelação de garantias: as da independência e imparcialidade do juiz, a do juiz natural ou constitucional, a do direito de ação e de defesa. Tudo ínsito nas regras do art. 5º, XXXV, LIV e LV. Garante-se, no texto, o *processo*, que envolve o direito de ação, o contraditório, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais.<sup>1</sup>

Na legislação infraconstitucional, o autor Daniel Amorim Assumpção Neves assevera que, para tornar efetiva a tutela jurisdicional preconizada na Constituição, é importante que as normas processuais eficientemente abarquem a fase satisfativa (execução), sob pena de gerar o inaceitável “ganhou, mas não levou”:

[...] O que significa dizer que nenhuma lesão ou ameaça a direito deixará de ser tutelada jurisdicionalmente? Trata-se da ideia de “acesso à ordem jurídica justa”, ou, como preferem alguns, “acesso à tutela jurisdicional adequada”. Segundo lição corrente na doutrina, essa nova visão do princípio da inafastabilidade encontra-se fundada em quatro ideias principais, verdadeiras vigas mestras do entendimento.

[...]

Por fim, de nada adiantará ampliar o acesso, permitir ampla participação e proferir decisão com justiça, se tal decisão se mostrar, no caso concreto, ineficaz. O famoso “ganhou, mas não levou” é inadmissível dentro do ideal de acesso à ordem jurídica justa.<sup>2</sup>

Todavia, é justamente na fase executiva que chicanas processuais, medidas dilatórias e os maiores laivos jurídicos são criados com a finalidade de impedir a satisfação do autor. Logo, um dos objetivos declarados do Código de Processo Civil (CPC) de 2015 foi de superar os entraves associados à excessiva burocracia do CPC de 1973. Consta inclusive da exposição de motivos do novel estatuto processual:

Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito.

Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo.

[...]

O novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo.<sup>3</sup>

Atendendo a esse reclame, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) organizou uma série de inovações na ordem jurídica, de maneira a permitir a utilização de instrumentos aptos para a busca de bens. Nesse contexto, surgiu o SISBAJUD (antigo BACENJUD), o RENAJUD e a CNIB.

O Provimento nº 39/2014 do CNJ instituiu a Central Nacional de Indisponibilidade de Bens (CNIB), contemplando a recepção e divulgação das ordens de indisponibilidade sobre patrimônio imobiliário indistinto:

---

<sup>1</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Malheiros Editores, 2009, p. 131, *grifos no original*.

<sup>2</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – volume único*. 9. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017, p. 91-93.

<sup>3</sup> BRASIL. *Código de processo civil e normas correlatas*. 9ª ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas: 2016, p. 26/27.. Disponível em: < [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/517855/CPC\\_9ed\\_2016.pdf](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/517855/CPC_9ed_2016.pdf) >. Acesso em: 1º jun. 2022.

---

Art. 1º. Fica instituída a Central Nacional de Indisponibilidade de Bens - CNIB que funcionará no Portal publicado sob o domínio [http:// www.indisponibilidade.org.br](http://www.indisponibilidade.org.br) , desenvolvido, mantido e operado pela Associação dos Registradores Imobiliários de São Paulo (ARISP), com a cooperação do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (IRIB), e funcionará sob o acompanhamento e a fiscalização da Corregedoria Nacional da Justiça, das Corregedorias Gerais da Justiça e das Corregedorias Permanentes, nos âmbitos de suas respectivas competências.

Art. 2º. A Central Nacional de Indisponibilidade terá por finalidade a recepção e divulgação, aos usuários do sistema, das ordens de indisponibilidade que atinjam patrimônio imobiliário indistinto, assim como direitos sobre imóveis indistintos, e a recepção de comunicações de levantamento das ordens de indisponibilidades nela cadastrada.<sup>4</sup>

Porém, decisões recentes vêm restringindo o uso do CNIB, nomeadamente no âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG). Em síntese, o fundamento exposto para esse entendimento é de que o CNIB serviria apenas para “registrar as indisponibilidades”. Eis um exemplo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO - PESQUISA CNIB - BENS DO EXECUTADO - IMPOSSIBILIDADE. A Central Nacional de Indisponibilidade não se destina à realização de pesquisa de patrimônio de pessoas que sofrem processo de execução, mas apenas à organização e publicação das indisponibilidades decretadas sobre imóveis. V.V. Cabível a decretação de indisponibilidade do patrimônio imobiliário do devedor por meio da Central Nacional de Indisponibilidade de Bens (CNIB), a fim de garantir a satisfação do crédito e efetividade à tutela jurisdicional.<sup>5</sup>

Entretanto, essa interpretação é inadmissível, por afrontar diretamente a própria essência do CNIB e as regras consagradas no novo CPC, que autorizam meios atípicos de execução e prestigiam a tutela jurisdicional satisfativa e meritória.

Dessa maneira, a presente tese tem por meta demonstrar que é perfeitamente viável juridicamente o uso do CNIB para localizar e tornar indisponíveis bens da parte executada.

## 2 - CNIB COMO INSTRUMENTO DE LOCALIZAÇÃO DE BENS E SATISFAÇÃO DO CREDOR

O CPC prevê medidas típicas para execução, especialmente em relação aos bens arrolados no art. 835. Não obstante, admite-se medidas executivas atípicas, ou seja, não previstas expressamente no estatuto processual. Assim, atendido o princípio da proporcionalidade, podem ser decretadas judicialmente providências não elencadas no CPC para compelir o devedor a pagar, conforme permissão contida no art. 139, IV, *in verbis*:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

[...]

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

---

<sup>4</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. *Provimento nº 39/2014*. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2049>>. Acesso em: 1º jun. 2022.

<sup>5</sup> BRASIL. TJMG. Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.21.145181-0/001, Relator(a): Des.(a) Evangelina Castilho Duarte, 14ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 02/12/2021, publicação da súmula em 07/12/2021. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=2&totalLinhas=92&paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&palavras=cnib%20indisponibilidade%20bens&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>>. Acesso em: 1º jun. 2022.

---

Eis um precedente do Superior Tribunal de Justiça (STJ) aplicando tal entendimento:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. CONTRATO DE LOCAÇÃO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO CONFIGURADA. MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS. ART. 139, IV, DO CPC/2015. SUSPENSÃO DE CNH E BLOQUEIO DE CARTÃO DE CRÉDITO. INDEFERIMENTO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. NECESSIDADE DE ANÁLISE DA VIABILIDADE DA ADOÇÃO DAS MEDIDAS, À LUZ DAS DIRETRIZES DELINEADAS PELA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. DETERMINAÇÃO DE RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. A atual jurisprudência perfilhada pelas Turmas de Direito Privado do STJ considera, em tese, lícita e possível a adoção de medidas executivas indiretas, desde que exauridos previamente os meios típicos de satisfação do crédito exequendo, bem como que a medida se afigure adequada, necessária e razoável para efetivar a tutela do direito do credor em face de devedor que, demonstrando possuir patrimônio apto a saldar o débito em cobrança, intente frustrar injustificadamente o processo executivo 2. No caso, o acórdão recorrido rechaçou a adoção das medidas executivas discutidas nos autos, em abstrato e de modo geral, sem levar em consideração todas as diretrizes delineadas pela jurisprudência desta Corte para a aplicação das medidas diante das especificidades da hipótese concreta. 3. Tendo em vista que as circunstâncias apontadas pelo Colegiado de origem, isoladamente, não se coadunam com o entendimento propugnado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, impõe-se o retorno dos autos ao Tribunal local para que proceda à análise da adoção das medidas executivas atípicas, à luz das diretrizes delineadas pela jurisprudência desta Corte. 4. Agravo interno desprovido.<sup>6</sup>

Em razão da frequente e desmedida dificuldade de localizar bens de executados, o CNIB surgiu para, dentre outras funções, proporcionar condições à tutela jurisdicional justa, assegurando a localização de bens dos executados.

Deveras, pela regra basilar de boa-fé objetiva, caberia à parte executada, independentemente dos esforços do exequente, pagar a dívida espontaneamente e, caso não tivesse condições, apresentar os bens disponíveis para satisfação do crédito (art. 5º do CPC).

Conjugando a possibilidade de medidas executivas atípicas com a omissão da parte executada, conclui-se que é da essência do CNIB cumprir a missão de localizar bens e tornar possível a indisponibilidade, nomeadamente na fase de cumprimento de sentença.

Ora, perante a omissão proposital da parte executada, que não paga nem oferece bens à penhora, deve-se abrir ao credor a possibilidade de empear o CNIB para encontrar o patrimônio ocultado pelo polo passivo.

Com efeito, decisões do próprio Sodalício Mineiro ratificaram a possibilidade de pesquisar e restringir bens por meio do CNIB:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - TENTATIVAS INFRUTÍFERAS DE LOCALIZAÇÃO DE BENS DOS EXECUTADOS - DECRETAÇÃO DE INDISPONIBILIDADE DE BENS - SISTEMA CNIB - POSSIBILIDADE - SATISFAÇÃO DO CRÉDITO. A Central Nacional de Indisponibilidade de Bens - CNIB foi instituída pelo Provimento nº 39/2014 do CNJ e tem auxiliado na localização e no bloqueio de imóveis na esfera patrimonial dos executados, representando mais um instrumento destinado à satisfação do crédito em execução. Diante da inércia dos executados e das tentativas infrutíferas em encontrar patrimônio passível de constrição, cabível a decretação de indisponibilidade de bens por meio da CNIB, a fim de garantir a satisfação do crédito e efetividade à tutela jurisdicional. V.v. AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO

---

<sup>6</sup> BRASIL. STJ. AgInt no REsp n. 1.930.022/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 22/6/2021, DJe de 25/6/2021. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202100916725&dt\\_publicacao=25/06/2021](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100916725&dt_publicacao=25/06/2021)>. Acesso em: 1º jun. 2022.

---

- PESQUISA CNIB - BENS DO EXECUTADO - IMPOSSIBILIDADE. A Central Nacional de Indisponibilidade não se destina à realização de pesquisa de patrimônio de pessoas que sofrem processo de execução, mas apenas à organização e publicação das indisponibilidades decretadas sobre imóveis.<sup>7</sup>

Noutros tribunais, há praticamente consenso nessa possibilidade e são raras as decisões que negam a pesquisa e indisponibilidade de bens via CNIB. Para ilustrar, vale destacar um acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP):

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Cumprimento de sentença – Decisão que indefere pedido de indisponibilidade de bens pelo sistema CNIB (Central Nacional de Indisponibilidade de Bens) – À falta de bens passíveis de penhora, é a emissão de ordem de indisponibilidade de bens, mesmo que não individualizados, na CNIB, criada pelo Provimento 39/2014 da c. Corregedoria Nacional de Justiça do CNJ, medida eficaz para se conferir efetividade à execução, já que seu objetivo é rastrear todos os imóveis que a parte executada possua ou venha a possuir em território nacional, de modo a evitar a dilapidação do patrimônio em detrimento do direito do credor – Precedentes desta c. Câmara e Egrégio Tribunal – Pedido deferido – Decisão reformada - Recurso provido.<sup>8</sup>

Porém, as decisões contraditórias no TJMG provocam o caos processual e, assim, o Ministério Público pode contribuir para a segurança jurídica e garantia da ordem jurídica justa defendendo o que, a nosso ver, é o óbvio: a possibilidade de usar o CNIB para perscrutar bens do executado e os vincular à satisfação do crédito exequendo.

### 3 - CONCLUSÃO OBJETIVA E PROPOSTA DE ENUNCIADO

Face ao exposto, propõe-se o seguinte enunciado: “É cabível a decretação de indisponibilidade de bens por meio da Central Nacional de Indisponibilidade de Bens - CNIB, a fim de garantir a satisfação do crédito e efetividade à tutela jurisdicional”. Eis a tese que se submete ao XIV Congresso Estadual do Ministério Público de Minas Gerais.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Código de processo civil e normas correlatas*. 9ª ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas: 2016, p. 26/27. Disponível em: < [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/517855/CPC\\_9ed\\_2016.pdf](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/517855/CPC_9ed_2016.pdf)>. Acesso em: 1º jun. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. *Provimento nº 39/2014*. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2049>>. Acesso em: 1º jun. 2022.

BRASIL. TJMG. Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.21.145181-0/001, Relator(a): Des.(a) Evangelina Castilho Duarte, 14ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 02/12/2021, publicação da súmula em 07/12/2021. Disponível em: < <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=2&totalLinhas=92&paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&palavras=cnib%20indisponibilidade%20bens&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>>. Acesso em: 1º jun. 2022.

---

<sup>7</sup> BRASIL. TJMG. Agravo de Instrumento-Cv 1.0604.06.001567-3/005, Relator(a): Des.(a) Marco Aurelio Ferenzini, 14ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 22/04/2021, publicação da súmula em 23/04/2021. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0604.06.001567-3%2F005&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 1º jun. 2022.

<sup>8</sup> BRASIL. TJSP. Agravo de Instrumento 2116709-21.2022.8.26.0000; Relator (a): José Wagner de Oliveira Melatto Peixoto; Órgão Julgador: 37ª Câmara de Direito Privado; Foro de Jaboticabal - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 02/06/2022; Data de Registro: 02/06/2022. Disponível em: < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=15730705&cdForo=0>>. Acesso em: 3 jun. 2022.

---

BRASIL. TJMG. Agravo de Instrumento-Cv 1.0604.06.001567-3/005, Relator(a): Des.(a) Marco Aurelio Ferenzini , 14ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 22/04/2021, publicação da súmula em 23/04/2021. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0604.06.001567-3%2F005&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 1º jun. 2022.

BRASIL. TJSP. Agravo de Instrumento 2116709-21.2022.8.26.0000; Relator (a): José Wagner de Oliveira Melatto Peixoto; Órgão Julgador: 37ª Câmara de Direito Privado; Foro de Jaboticabal - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 02/06/2022; Data de Registro: 02/06/2022. Disponível em: < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=15730705&cdForo=0>>. Acesso em: 3 jun. 2022.

BRASIL. STJ. AgInt no REsp n. 1.930.022/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 22/6/2021, DJe de 25/6/2021. Disponível em: < [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202100916725&dt\\_publicacao=25/06/2021](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100916725&dt_publicacao=25/06/2021)>. Acesso em: 1º jun. 2022.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – volume único*. 9. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017, p. 91-93.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Malheiros Editores, 2009. 1027p.

## “O emprego de arma branca justifica o aumento de Pena-Base para o crime de roubo praticado até o advento da Lei N° 13.964/2019”

**GUILHERME DE SÁ MENEGHIN**

*Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais*

*Titular da 1ª Promotoria de Mariana*

### SÍNTESE DOGMÁTICA DA PROPOSIÇÃO

No ano de 2018, a pretexto de reprimir o crime de roubo praticado com arma de fogo, foi promulgada a Lei nº 13.654/2018. Paradoxalmente, a mesma lei não incluiu o emprego de arma branca no preceito, ao mesmo tempo que revogou totalmente a redação original do inciso I, do §2º, do art. 157 do Código Penal (CP), que previa o aumento de pena sempre que fosse empregada arma, independente da natureza do instrumento. A Lei nº 13.964/2019 reformulou o art. 157 do CP para corrigir a incongruência legislativa, mas muitos crimes foram praticados até o saneamento legal. Assim, perante a redação anterior do art. 157, §2º, I, do CP, a controvérsia foi levada ao extremo, ramificando-se em duas posições: uns defendendo a inaplicabilidade de qualquer interpretação que pudesse acarretar situação desfavorável ao réu quando utiliza arma branca para executar o roubo, outros acolhendo a tese que pode justificar a majoração da pena-base. Decerto, com o objeto de escutar a polêmica e apresentar uma solução, a presente tese aponta para a preponderância do emprego de arma branca como circunstância judicial desfavorável ao réu.

#### PALAVRAS-CHAVE

**Área criminal. Roubo. Arma branca. Dosimetria. Pena-base. Circunstância judicial desfavorável. Leis 13.654/2018 e 13.964/2019.**

#### SUMÁRIO

**1 - Introdução; 2 - Caracterização da controvérsia; 3 - Conclusão objetiva e proposta de enunciado**

#### EXPOSIÇÃO OU JUSTIFICATIVA

### 1 - INTRODUÇÃO

No âmbito do sistema penal brasileiro, a profusão de leis é desconcertante, pois anualmente são criadas dezenas de novas regras penais e processuais penais. Essa prática, a despeito das propaladas boas intenções, esbarra nas frequentes carências técnicas e éticas dos mandatários políticos.

---

Seja como for, a doutrina não pode ser engessada pela deficiência legiferante e tampouco o Ministério Público deve cingir-se a dogmas anacrônicos, posto que pode valer-se da exegese para atingir os fins da Constituição calcados pela sociedade. Aliás, esse é o principal papel jurista, conforme clássica lição de Nelson Hungria:

[...] O monopólio legal do direito repressivo não podia oferecer ou assegurar a mirífica perfeição dos textos da lei, para reduzir a função do juiz a um puro automatismo na aplicação literal dêles. Mesmo os textos aparentemente mais claros não estão isentos da necessidade de explicação, pois o seu verdadeiro alcance pode ficar aquém ou além das letras. *Scire leges non est verba earum, sed vim ac potestatem tenere*. O *interpretatio cessat in claris* é um conceito superficial, que, na realidade da vida jurídica, a cada passo se desacredita. Não foi reservado ao legislador o condão da impecável justeza da expressão. As fórmulas da lei apresentam, freqüentemente, defeitos de redação, ambigüidades, obscuridades, contradições (reais ou aparentes), *lapsus calami vel mentis*, equívocos, divergências entre a sua letra e o seu espírito. *Fatta la legge, trovato l'ingano* – dizem os italianos. [...]<sup>1</sup>

A partir dessas premissas, propõe-se uma acurada interpretação para os efeitos jurídicos do uso de arma branca nos crimes de roubo praticados até a promulgação da Lei nº 13.964/2019, em vista das modificações embutidas pela Lei nº 13.654/2018 no Código Penal (CP).

## 2 - CARACTERIZAÇÃO DA CONTROVÉRSIA

A Lei nº 13.654/2018 alterou o CP, introduzindo a majoração da causa de aumento de pena para o roubo executado com arma de fogo. Porém, a mesma norma revogou o dispositivo anterior, que justificava a incidência de causa de aumento de pena para o referido delito pelo uso de arma, sem qualquer diferenciação quanto ao tipo de instrumento.

Não obstante a correção do problema com a Lei nº 13.964/2019, uma brecha nasceu em relação aos crimes de roubo com arma branca praticados até o saneamento legislativo. Assim, vários julgados entenderam pela impossibilidade de suprir a lacuna em prejuízo do réu. Noutras palavras, passaram a desconsiderar como fator negativo o uso de arma branca no roubo.

Logo instaurou-se a controvérsia, resumida na seguinte indagação: o uso de arma branca no roubo tornou-se um indiferente penal ou pode fundamentar o aumento da pena-base relativamente aos delitos praticados até a Lei nº 13.964/2019?

Inicialmente, é importante destacar que as lacunas legais são apenas aparentes. Norberto Bobbio ressalta os 3 aspectos do ordenamento jurídico a serem considerados por todos que operam o direito: unidade, coerência e completude. Sobre a este último, o autor explica:

Examinamos nos dois capítulos anteriores dois aspectos do ordenamento jurídico: a unidade e a coerência. Falta-nos considerar uma terceira característica que lhe é normalmente atribuída: a *completude*. Por “completude” entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso. Uma vez que a falta de uma norma se chama geralmente “lacuna” (num dos sentidos do termo “lacuna”), “completude” significa “falta de lacunas”. Em outras palavras, um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma tirada do sistema. Para dar uma definição mais técnica de completude, podemos dizer que um ordenamento é completo quando jamais se verifica o caso de que a ele não se podem demonstrar pertencentes *nem* uma certa norma *nem* a norma contraditória. Especificando melhor, a incompletude con-

---

<sup>1</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. 3ª edição. Volume I. Tomo 1º. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955, p. 50/52.

---

siste no fato de que o sistema não compreende nem a norma que proíbe um certo comportamento nem a norma que o permite. De fato, se se pode demonstrar que nem a proibição nem a permissão de um certo comportamento são dedutíveis do sistema, da forma que foi colocado, é preciso dizer que o sistema é incompleto e que o ordenamento jurídico tem uma lacuna.<sup>2</sup>

Desse modo, tendo por base a completude do sistema jurídico-penal, cabe ao intérprete, nomeadamente o juiz, encontrar no próprio ordenamento a solução para o caso concreto.

No tocante ao uso da arma branca, conforme salientado, após o advento da Lei nº 13.654/2018 surgiram entendimentos de que não podem mais justificar qualquer majoração da pena<sup>3</sup>, por constituir *novatio legis in mellius*. Nesse sentido, os seguintes acórdãos:

APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA BRANCA - AUTORIA E MATERIALIDADE INCONTESTES - ABSOLVIÇÃO POR ALEGADA INIMPUTABILIDADE - IMPOSSIBILIDADE - MAJORANTE PREVISTA NO INCISO I DO §2º DO ARTIGO 157 DO CÓDIGO PENAL - DECOTE DE OFÍCIO - NECESSIDADE - ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL - ADEQUABILIDADE - PRINCÍPIO DA AMPLA DEVOLUTIVIDADE. A imputabilidade do agente é presumida com a maioridade, sendo excepcionalmente afastada quando houver prova em sentido contrário, revelando a presença de doença mental ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, aliado ao reconhecimento de que, por esse motivo, o agente não tinha, ao tempo da conduta, capacidade para entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. A adoção do critério normativo biopsicológico pelo Código Penal impõe a necessidade de prévia instauração de incidente de insanidade mental e do respectivo exame médico-legal nele previsto, para que seja possível afastar a presunção *iuris tantum* de imputabilidade. No caso de sucessão de leis penais no tempo, quando o novel instrumento normativo for mais benéfico ao agente, impõe-se a sua aplicação retroativa, nos termos do artigo 5º, XL, da Constituição da República, e artigo 2º do Código Penal. A Lei nº 13.654/2018, ao revogar o inciso I do §2º do artigo 157 do Código Penal, operou verdadeira desclassificação para o tipo penal fundamental (artigo 157, caput, do mesmo diploma legal) nas situações em que o agente, no crime de roubo, exerce a grave ameaça e/ou a violência mediante artefato diverso da arma de fogo (como, por exemplo, arma branca ou arma imprópria). Tratando-se de réu primário, condenado à pena privativa de liberdade não superior a 04 (quatro) anos e sendo as circunstâncias judiciais preponderantemente favoráveis, o regime inicial de cumprimento de pena deve ser abrandado para o aberto, nos termos do artigo 33, §2º, “c”, do Código Penal.<sup>4</sup>

APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO MAJORADO TENTADO - RECONHECIMENTO DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA BRANCA - IMPOSSIBILIDADE - ART. 4º, DA LEI N. 13.654/19 - NOVATIO LEGIS IN MELLIUS - CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO ÓRGÃO ESPECIAL DESTES TRIBUNAL DE JUSTIÇA.b- Com a alteração promovida pelo art. 4º, da Lei 13.654/18 (declarada constitucional pelo Órgão Especial deste Tribunal de Justiça), a causa de aumento de pena do emprego de arma no delito de roubo foi restringida apenas à hipótese do uso de arma de fogo, não sendo mais caracteriza-

---

<sup>2</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Rev. Tec. Cláudio De Cicco. Apres. Tercio Sampaio Ferraz Junior. 10ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999 (Reimpressão 2006), p. 115.

<sup>3</sup> Por tratar-se de norma benéfica ao réu, também deve retroagir para reduzir a pena dos réus condenados pelo roubo com arma branca, gerando a necessidade de recalcular a pena desconsiderando-se o acréscimo que existia no art. 157, §2º, I, do CP.

<sup>4</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais - TJMG. TJMG - Apelação Criminal 1.0707.15.017001-7/001, Relator(a): Des.(a) Henrique Abi-Ackel Torres, 8ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 02/12/2021, publicação da súmula em 07/12/2021. Disponível em: < <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=30&totalLinhas=3298&paginaNumero=30&linhasPorPagina=1&palavras=arma%20branca%20roubo&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 1º jun. 2022.

---

da pelo emprego de violência ou ameaça, mediante a utilização de arma branca/imprópria. Assim, por ser lei penal mais benéfica, deverá ser aplicada, desde a sua entrada em vigor, a fatos pretéritos, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado, em observância ao princípio da *novatio legis in melius*.<sup>5</sup>

Todavia, essa interpretação não se coaduna com os parâmetros do art. 59 do CP e, assim sendo, pode ser superada pela dogmática jurídica.

Com efeito, o art. 59 do CP determina que o magistrado, ao formular a dosimetria da reprimenda, deve observar as finalidades de prevenção e a repressão ao crime, fixando a pena-base por meio das “circunstâncias” do crime, incluindo-se nessa expressão o uso de armas como fator negativo.

Sobre a primeira fase da dosimetria da pena, é consenso entre os juristas que o magistrado deve levar valorar os instrumentos usados na infração. O autor Rogério Sanches Cunha explica o alcance da expressão “circunstâncias” no art. 59 do CP:

Exige do magistrado a análise maior ou menor da gravidade do crime espelhada pelo *modus operandi* do agente. São as condições de tempo e local em que ocorreu o crime, a relação do agente com a vítima, os instrumentos utilizados para a prática delituosa etc.<sup>6</sup>

Decerto, não é preciso fazer profundas elucubrações para deduzir que o emprego de arma branca significa maior periculosidade do agente e, por conseguinte, maior risco para a vítima. Portanto, deve ser traduzida em uma pena-base maior. Sobre armas, vale citar a concisa lição de Julio Fabbrini Mirabete:

Arma é todo instrumento normalmente destinado ao ataque ou defesa (arma *própria*) como qualquer outro idôneo a ser empregado nessas circunstâncias (arma *imprópria*). São próprias as *armas de fogo* (revólveres, pistolas, fuzis etc.), as *armas brancas* (punhais, estiletos etc.) e os *explosivos* (bombas, granadas etc.). São impróprias as facas de cozinha, canivetes, barras de ferro, fios de aço etc. Foram consideradas como “arma”, por exemplo, uma “garrafa empunhada pelo agente” (*RJDTACRIM 10/146*), uma chave de fenda (*RJDTACRIM 21/291*), um caco de vidro (*RT 745/597*) e um gargalo de garrafa quebrada. (*RT 755/648*). Pouco importa, para o Direito Penal, porém, se se trata de arma própria ou imprópria, proibida ou não. Assim, não se distingue para qualificar o roubo uma “faca” de um “estilete” (*RJDTACRIM 11/148*). A lei não define o que é arma, mas em vários tipos penais menciona seu emprego como fator de qualificação do crime (art. 146, §1º, art. 157, §2º, inciso I etc.), caso em que ela serve de instrumento para a prática da conduta típica. Em outros casos, é suficiente que o agente a tenha consigo ou a porte (art. 288, parágrafo único). O emprego de arma não só denota maior periculosidade do agente, como também é uma ameaça maior à incolumidade física da vítima.<sup>7</sup>

Sublinhe-se que o uso de arma qualifica diversos crimes ou constitui causa de aumento de pena. Noutros crimes, como em casos de ameaças exercidas com arma branca, a jurisprudência assentou que fundamenta o aumento a pena-base. Cite-se um acórdão:

---

<sup>5</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG. TJMG - Apelação Criminal 1.0035.18.006127-3/001, Relator(a): Des.(a) Marcos Flávio Lucas Padula, 5ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 22/09/2020, publicação da súmula em 30/09/2020. Disponível em: < [<sup>6</sup> CUNHA, Rogério Sanches. \*Manual de direito penal\*: parte geral \(arts. 1º ao 120\). 6ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 472.](https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=25&totalLinhas=446&paginaNumero=25&linhasPorPagina=1&palavras=arma%20branca%20amea%20aumentado%20pena&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%20ancias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&> . Acesso em: 1º jun. 2022.</a></p></div><div data-bbox=)

<sup>7</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. V. II., p. 54/55.

---

APELAÇÃO CRIMINAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. CRIME DE AMEAÇA. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS EM RELAÇÃO À PRIMEIRA VÍTIMA. RELATOS SEGUROS CORROBORADOS POR TESTEMUNHAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. ABSOLVIÇÃO EM RELAÇÃO AO DELITO CONTRA A SEGUNDA VÍTIMA. NECESSIDADE. PROVA INSUFICIENTE PARA A CONDENAÇÃO. IN DUBIO PRO REO. PENA CORRETAMENTE FIXADA. - Satisfatoriamente comprovadas a materialidade e autoria pelo acusado do crime de ameaça em relação à primeira vítima, pelas palavras seguras e harmônicas desta, corroboradas pelos relatos dos policiais, impossível o atendimento da súplica absolutória. - A fragilidade do acervo probatório acerca da prática do art. 147 do CP em relação à segunda vítima demanda o desfecho absolutório, com espeque no princípio in dubio pro reo. - A ameaça com uma faca dirigida à vítima e ao nascituro (uma vez que a ofendida se encontrava no sexto mês gestacional) configura circunstância negativa do crime que autoriza a fixação da pena-base acima do patamar mínimo legal. - Tratando-se de delito contra sua companheira, em contexto de violência doméstica, deve ser mantida a agravante do art. 61, II, “f”, do CP.<sup>8</sup>

Nesses contornos, o uso de arma branca no crime de roubo praticado até a Lei nº 13.964/2019 afigura-se como circunstância negativa, suficiente para aumentar a pena-base do agente. Vários julgados tem adotado essa interpretação, a exemplo da ementa abaixo transcrita:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO. REFORMATIO IN PEJUS. MANUTENÇÃO DA PENA-BASE. IDONEIDADE. EMPREGO DE ARMA BRANCA. CÔMPUTO DOSIMÉTRICO. RELEVÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Não configura reforma para pior a revisão e alteração dos fundamentos da dosimetria se mantida a pena imposta pela instância antecedente. 2. O emprego de arma branca, embora não configure mais majorante do roubo, pode ser utilizado para exasperar a pena-base 3. Agravo regimental não provido.<sup>9</sup>

De fato, essa é a conclusão que se compatibiliza perfeitamente com o sistema penal brasileiro e deve ser velada pelo Ministério Público, pois é a única que efetivamente conduz às finalidades da pena colimadas pelo CP, ou seja, a repressão e prevenção do crime, especificamente no que concerne ao roubo.

### 3 - CONCLUSÃO OBJETIVA E PROPOSTA DE ENUNCIADO

Face ao exposto, propõe-se o seguinte enunciado: “O emprego de arma branca justifica o aumento de pena-base para os crimes de roubo praticados até a vigência da Lei nº 13.964/2019, em razão da exclusão da causa de aumento de pena operada pela Lei nº 13.654/2018”. Eis a tese que se submete ao XIV Congresso Estadual do Ministério Público de Minas Gerais.

---

<sup>8</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG. TJMG - Apelação Criminal 1.0672.19.004935-9/001, Relator(a): Des.(a) Guilherme de Azeredo Passos, 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 06/08/2020, publicação da súmula em 14/08/2020. Disponível em: < [<sup>9</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. AgRg no REsp n. 1.984.686/MG, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 24/5/2022, DJe de 30/5/2022. Disponível em: < \[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\\_registro=202200392613&dt\\\_publicacao=30/05/2022\]\(https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\_registro=202200392613&dt\_publicacao=30/05/2022\)>. Acesso em: 1º jun. 2022.](https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=6&totalLinhas=39&paginaNumero=6&linhasPorPagina=1&palavras=viol%EAncia%20dom%EAstica%20faca%20amea%EA&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&> . Acesso em: 1º jun. 2022.</a></p></div><div data-bbox=)

---

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Rev. Tec. Cláudio De Cicco. Apres. Tercio Sampaio Ferraz Junior. 10ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999 (Reimpressão 2006).
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. AgRg no REsp n. 1.984.686/MG, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 24/5/2022, DJe de 30/5/2022. Disponível em: < [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202200392613&dt\\_publicacao=30/05/2022](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202200392613&dt_publicacao=30/05/2022)>. Acesso em: 1º jun. 2022.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG. TJMG - Apelação Criminal 1.0035.18.006127-3/001, Relator(a): Des.(a) Marcos Flávio Lucas Padula , 5ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 22/09/2020, publicação da súmula em 30/09/2020. Disponível em: < <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=25&totalLinhas=446&paginaNumero=25&linhasPorPagina=1&palavras=arma%20branca%20amea%20aumentado%20pena&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%20Eancias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 1º jun. 2022.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG. TJMG - Apelação Criminal 1.0672.19.004935-9/001, Relator(a): Des.(a) Guilherme de Azeredo Passos , 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 06/08/2020, publicação da súmula em 14/08/2020. Disponível em: < <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=6&totalLinhas=39&paginaNumero=6&linhasPorPagina=1&palavras=viol%20ancia%20dom%20estica%20faca%20amea%20aumentado%20pena&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%20Eancias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 1º jun. 2022.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais - TJMG. TJMG - Apelação Criminal 1.0707.15.017001-7/001, Relator(a): Des.(a) Henrique Abi-Ackel Torres , 8ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 02/12/2021, publicação da súmula em 07/12/2021. Disponível em: < <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=30&totalLinhas=3298&paginaNumero=30&linhasPorPagina=1&palavras=arma%20branca%20roubo&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%20Eancias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 1º jun. 2022.
- CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte geral* (arts. 1º ao 120). 6ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. 3ª edição. Volume I. Tomo 1º. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955. 515 p.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. V. II.

## ACUMULAÇÃO DE ANIMAIS: A atuação resolutiva do Ministério Público com foco na mudança da realidade da pessoa, dos animais e do meio ambiente

LUCIANA IMACULADA DE PAULA<sup>1</sup>

*Promotora de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais*

CLARICE GOMES MAROTTA<sup>2</sup>

*Analista do Ministério Público de Minas Gerais*

### JUSTIFICATIVA

Nos últimos anos, notadamente durante a pandemia da COVID-19, observou-se um crescimento dos casos de transtorno de acumulação, com recrudescimento dos riscos à saúde pública, ao meio ambiente urbano, sem olvidar dos baixos níveis de bem-estar das pessoas e dos animais envolvidos.

O tema é extremamente relevante no Brasil, país em que há um número de cães e gatos nas casas das famílias superior ao de crianças, segundo revelado pelo IBGE (ARIAS, 2015).

A acumulação de animais é situação complexa e que requer tratamento multidisciplinar, não podendo o seu enfrentamento limitar-se a abordagem parciais e que desconsiderem o suporte à pessoa, as ações de manejo ambiental e o cuidado dos animais.

O presente estudo analisa os riscos que decorrem dos casos de acumulação de animais e propõe estratégias humanitárias de atenção ao indivíduo envolvido que considerem essa complexidade.

### O TRANSTORNO DE ACUMULAÇÃO (TA) COMO PSICOPATOLOGIA HUMANA

De acordo com o Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-5), da Associação Americana de Psiquiatria – APA, o transtorno de acumulação é classificado como “uma dificuldade em desfazer-se de pertences, independentemente de seu valor. Se deve a necessidade pessoal de manter determinado item, associado ao sofrimento pela possibilidade em ter que descartá-lo” (SILVA JÚNIOR et al., 2021, p. 9). Até o ano de 2013, a acumulação de animais era entendida como subtipo do Transtorno Obsessivo Compulsivo – TOC.

A manifestação do transtorno, quando envolve a acumulação de animais (em geral, cães e gatos), é conhecida como “Síndrome de Noé”. Contudo, em alguns casos, observa-se também a acumulação concomitante de animais e de objetos, como itens recicláveis, roupas, mobiliários e alimento. A acumulação compromete a

---

<sup>1</sup> Promotora de Justiça Coordenadora da Coordenadoria Estadual de Defesa Animal. Doutoranda pelo Programa de Ciências Animais da Faculdade de Medicina Veterinária da Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Engenharia Ambiental pela Universidade Federal de Ouro Preto – UFOP, Brasil.

<sup>2</sup> Analista em Direito na Coordenadoria Estadual de Defesa dos Animais – CEDA. Mestre em Direito Ambiental e Sustentabilidade pela Escola Superior Dom Helder Câmara, Brasil.

funcionalidade da casa, resultando em dificuldades no uso normal dos ambientes, como preparar alimentos na cozinha, dormir na cama ou sentar-se no sofá (SILVA JÚNIOR et al., 2021, p. 9-10).

A pessoa em situação de acumulação, em geral, é do sexo feminino (75%), possui mais de 60 anos (50%), leva uma vida solitária e pode sofrer de depressão ou transtorno bipolar. Em geral, a acumulação tem início após um trauma pessoal, como a perda de um ente querido, doença grave ou abuso (SILVA JÚNIOR et al., 2021, p. 12). Os indivíduos nesse perfil psicopatológico podem ser divididos em três grandes grupos, caracterizados no quadro abaixo:

CUIDADOR SOBRECARRREGADO	SALVADOR EM UMA MISSÃO	EXPLORADOR DE ANIMAIS
Tem consciência do problema, minimiza, mas não nega;	Tem forte sensação de missão;	Tipo mais difícil de lidar;
Tenta oferecer cuidados adequados, mas por questões financeiras ou de saúde não consegue;	Acredita ser o único que pode cuidar dos animais;	Não tem empatia pelos animais (usa, por exemplo, os cães para guarda e os gatos para controle de roedores);
Pode haver alterações sociais: depressão, pouca interação com outras pessoas;	Inicialmente pratica o resgate, seguido de adoção;	É articulado e passa confiança;
Os animais são vistos como família;	Tem dificuldade em recusar novos animais;	É indiferente aos danos causados aos animais;
Tem autoestima ligada ao papel de cuidador;	Evita as autoridades e impede o acesso;	Acredita ter conhecimento superior aos demais;
Permite acesso à propriedade e tenta seguir as recomendações;	Tem a morte de animais e opõe-se à eutanásia;	Adquire animais ativamente por necessidades pessoais.
Adquire os animais passivamente (doações) para fornecer abrigo e alimentação.	Adquire animais ativamente para retirá-los das ruas.	

Quadro 1. Tipo de indivíduo em situação de acumulação e suas características (SILVA JÚNIOR et al., 2021, p. 13).

As pessoas inseridas no perfil “salvador com uma missão” ou “cuidador sobrecarregado” podem ser especialmente sensíveis aos animais abandonados, situação que reflete o descomprometimento da sociedade com os preceitos de guarda responsável, mas, sobretudo, a omissão do Poder Público municipal em investir em políticas públicas de controle ético populacional de cães e gatos e guarda responsável, a teor do que determinam a Lei Federal n.º 13.426/2017 e a Lei Estadual de MG n.º 21.970/2016. Destarte, os indivíduos passam a agir em substituição do poder público, motivados por sentimentos de afeto e solidariedade. Apesar de louvável, tal prática se dá às custas de sacrifícios pessoais e não raro propiciam níveis muito baixos de bem-estar aos animais.

Lado outro, o perfil “explorador de animais” pode experimentar o agravamento de sua condição a partir da criação comercial de animais de raça. Ao sabor dos modismos, a sociedade cria uma demanda por determinadas espécies, que é prontamente atendida pelos criadores comerciais – muitas vezes clandestinos e absolutamente descomprometidos com o bem-estar dos animais explorados.

---

Para além da inconveniência de se produzirem mais cães em um país onde já existe um número excessivo deles, essa atividade pode se converter em acumulação se o indivíduo apresenta dificuldades para destinar os animais. Nesses casos não são incomuns os abusos e os maus-tratos extremos, como submissão de fêmeas a reproduções ininterruptas, até seu esgotamento físico, e posterior descarte; ou mesmo a manutenção de animais exclusivamente em gaiolas, sem alimentação adequada ou assistência veterinária.

Essa atividade, em Minas Gerais, depende de obtenção de alvará de localização e de funcionamento junto ao Município, que deve fiscalizar o seu funcionamento, como estabelecem o art. 4º da Lei nº 21.970/2016 e art. 10 da Lei 13.317/1999, sendo ambas as normas estaduais.

A reflexão sobre a omissão do Executivo nessas atividades é pertinente, pois, como já reconhecido pelo Poder Judiciário, a contumácia do poder público resulta em responsabilidade no acolhimento de animais abandonados nas ruas (MARANHÃO, 2020), mantidos em abrigos irregulares (BRASIL, 2022) e em situação de acumulação (MINAS GERAIS, 2020). Veja-se trecho abaixo:

Nesse sentido, é evidente a obrigação do Município de prestar o serviço, de natureza pública, o qual vem sendo prestado pelos agravantes com todos os méritos. Uma vez que estes se incumbiram da função pública de recolher animais abandonados pelas ruas, dando a eles carinho, comida e cuidados necessários para preservação destes.

Dessa forma, inegável a obrigação do Município de prestar o serviço que, até então, vinha sendo praticado pelos agravantes.

Decorrência lógica de tal obrigação é o direito dos autores de repassar ao Município os animais que mantêm sob sua guarda, porquanto de natureza pública é o serviço que vem voluntariamente prestando, em razão da omissão da Administração Municipal. (fls. 112 e 113)

Desse modo, não se trata, como asserido na decisão increpada, de simplesmente repassar ao Poder Público local o plantel de cães dos agravantes (fl. 22), mas sim de **fazer com que a Municipalidade cumpra o seu papel legal e constitucional de velar pelos mesmos**, ademais do que, no caso concreto, mercê de decisão judicial.

Trata-se, a bem da verdade, de **devolver ao Município um munus que sempre foi seu**, mas que, por algum tempo, por omissão sua, os agravantes altruisticamente exerceram, ainda que de forma inadequada em relação aos vizinhos (SANTA CATARINA, 2010, grifos acrescidos).

Em alerta, registre-se que os casos de transtorno de acumulação não se confundem com os abrigos para proteção de animais pois nestes últimos existe um fluxo de entrada e saída de animais, dentro das limitações características das adoções, ao passo que nos primeiros o indivíduo não consegue desapegar do animal ou objeto, sendo esta a característica mais marcante do transtorno.

## ESTRATÉGIAS DE ATENÇÃO AO INDIVÍDUO EM SITUAÇÃO DE ACUMULAÇÃO

As estratégias de atenção ao indivíduo em situação de acumulação devem considerar o preconizado pelo conceito de saúde única, que estabelece a interconectividade entre a saúde humana, dos demais seres vivos e do meio ambiente. O termo original “One Health” propõe a abordagem multidisciplinar, incluindo áreas da medicina, da medicina veterinária e de outras áreas da saúde, trabalhando em nível local, nacional ou global, com o objetivo de se alcançar altos níveis de qualidade à saúde humana, animal e ambiental (*American Veterinary Medical Association*, 2016) (GOMES, 2016).

Como se vê, essa concepção faz todo sentido no enfrentamento dos casos que envolvem transtorno de acumulação, nos quais a abordagem multidisciplinar se apresenta como ferramenta efetiva, a partir das intervenções que favorecem a melhora do meio ambiente impactado, dos níveis de bem-estar dos animais e a saúde do indivíduo e sua reinserção na família e na comunidade.

PATRONEK (2001), contudo, destaca as adversidades dessa atuação, pontuando que se trata de “uma tarefa difícil, longa e cara, uma vez que a problemática é ampla e diz respeito a várias jurisdições como, saúde mental,

saúde pública, zoneamento, proteção dos animais e agências responsáveis pelo bem-estar infantil, do adulto e do idoso (OLIVEIRA, 2020, p. 35).

Destarte, a ação articulada do Poder Público, da sociedade civil organizada e dos familiares é imprescindível para a evolução da precária situação de saúde em que se encontra o indivíduo, assim como para coibir prejuízos sanitários à coletividade local e os maus-tratos aos animais.

Antes de tudo, é recomendável um diagnóstico do local que poderá ser feito pelo executivo local ou por perito designado pelo Ministério Público.

Em seguida, cumpre estabelecer um elo com a pessoa em situação de acumulação, por meio de alguém que seja de sua confiança, podendo ser um parente, um psicólogo, assistente social ou até mesmo um médico veterinário. Feito isso, define-se a estratégia de atenção a partir da caracterização do indivíduo em um ou mais tipos mencionados no quadro 1, a saber, o cuidador sobrecarregado, o salvador com uma missão e o explorador de animais. Veja-se o quadro abaixo:

ESTRATÉGIA	CLASSIFICAÇÃO DO TIPO DE ACUMULADOR*		
	Cuidador sobrecarregado	Salvador com uma missão	Explorador de Animais
Diálogo e orientação, comunicação verbal	Bem provável ser receptivo a reduzir o número de animais	Pode ser suficiente para reduzir a probabilidade de recidiva	Frequentemente desnecessário e pode ser contraprodutivo
Ameaça de ação legal	Improvável, ao menos nos estágios iniciais	A aplicação de advertência deve reduzir a quantidade de animais	Pode ser necessária ação legal quando a ameaça falhar
Processo	Refratário - Tratar como denúncia	Possivelmente não será intimidado	Provavelmente essencial

Quadro 2. Estratégias de intervenção de acordo com a classificação do tipo dos indivíduos em situação de acumulação de animais (SILVA JÚNIOR et al., 2021, p. 24).

No próximo passo, o serviço municipal executa a limpeza do local, dando-se destino ambientalmente correto aos materiais arrecadados, conforme sua classificação. Idealmente o serviço será executado em acordo com o responsável pelo imóvel ou, caso não seja possível, por determinação judicial. Eventualmente podem ser recomendadas medidas de recuperação do solo ou da água, quando constatadas alterações adversas.

A atenção aos animais pode ser bastante desafiadora, especialmente por serem raras as estruturas oficiais aptas a acolher e cuidar de animais domésticos. Assim, deve ser considerada a opção de se realizar o manejo dos animais na própria residência do indivíduo, levado a efeito pelo município em parceria entidades de proteção aos animais, família e vizinhos. No quadro a seguir são apontadas as ações necessárias em situações de acumulação de animais e seus objetivos:

AÇÃO	OBJETIVO
Atendimento veterinário	Realizar o atendimento aos animais com problemas de saúde. Realizado por parceiros e/ou contratados pelas prefeituras.
Aplicação do Protocolo de Perícia em Bem-Estar animal (PPBEA)	Estimar o grau de bem-estar dos animais para avaliar a necessidade de remoção imediata. Adaptado a partir do documento elaborado pelo Laboratório de Bem-Estar Animal da Universidade Federal do Paraná (LABEA/UFPR), disponível no ANEXO B.
Cadastramento dos animais	Identificar o ingresso de novos animais no local e o acompanhamento desses animais em situação de acumulação.
Esterilização dos animais	Interromper o crescimento populacional dos animais realizada preferencialmente pelos Centros de Controle de Zoonoses (CCZs) ou órgãos similares..
Vacinação antirrábica, exame de LVC e avaliar ocorrência de esporotricose	Prevenir e controlar as zoonoses endêmicas na região. Realizados pelo Serviço de Controle de Zoonoses.
Controle de ectoparasitas	Garantir a saúde dos animais resgatados. Realizado pelas prefeituras com auxílio das Organizações da Sociedade Civil (OSC's), incluindo as Escolas de Veterinária e os Hospitais Veterinários parceiros.
Vacinação (polivalente) e vermifugação	
Adoção	

Quadro 3. Ações necessárias em situações de acumulação de animais e seus respectivos objetivos (SILVA JÚNIOR et al., 2021, p. 26).

É inaceitável que os animais sejam simplesmente retirados de onde vivem e liberados nas ruas, sob pena de o Estado incidir na prática do crime de maus-tratos, por abandono de animais, bem como por questões sanitárias. Salvo condições específicas, também não se recomenda o encaminhamento dos animais aos Centros de Controle de Zoonoses, tendo em vista as funções singulares desse órgão descritas na Portaria 1.138/2014, do Ministério da Saúde.

Sempre que possível, o indivíduo deve participar da execução das estratégias, inclusive contribuindo com a decisão de serem colocados os animais em adoção, depois de cuidados e castrados, salvo quanto àqueles sobre os quais a pessoa direcione especial estima e tenha condições de mantê-los.

Convém lembrar que as ações em prol dos animais devem ter como premissa a senciência<sup>3</sup> e o princípio da dignidade animal, garantindo-se a preservação de seus interesses fundamentais, ligados à garantia de seu bem-estar, cujo conceito requer conhecimentos multidisciplinares.

Para sistematizar a questão e resguardar aspectos mínimos de bem-estar, trabalha-se com a ideia de cinco liberdades, conceito que vem sendo aprimorado desde a sua criação, em documento intitulado Relatório Brambell, destinado ao bem-estar de animais de produção na Inglaterra. De acordo com essa construção técnica, o bem-estar animal depende de: Liberdade nutricional (viver livre de fome e sede); Liberdade psicológica (viver livre de estresse, medo ou sentimentos negativos); Liberdade ambiental (viver em ambiente limpo, adequado e condizente com as necessidades de sua espécie); Liberdade comportamental (poder expressar comportamento natural de sua espécie); e Liberdade sanitária (viver livre de dores, lesões e doenças) (PULZ, 2013, p. 78; SOUZA, 2006; e BROOM, 2004, p. 3).

<sup>3</sup> A senciência dos animais encontra-se sedimentada no documento científico conhecido como Declaração de Cambridge sobre a consciência em animais humanos e não humanos, de 7/07/2012, foi admitida no Supremo Tribunal Federal – STF (ADInº 4.983/CE) e no Superior Tribunal de Justiça – STJ (REsp nº 1.797.175) e encontra previsão em algumas leis, como a Lei Estadual de MG nº 22.231/2016, que prevê no art. 1º, parágrafo único que, “para os fins desta lei, os animais são reconhecidos como **seres sencientes**, sujeitos de direito despersonalizados, **fazendo jus a tutela jurisdicional em caso de violação de seus direitos**, ressalvadas as exceções previstas na legislação específica” (MINAS GERAIS, 2016, grifos acrescidos).

---

A Lei Estadual de MG n.º 22.231/2016, em seu art. 1º, traz alguns exemplos de condutas que podem ser consideradas como maus-tratos contra animais, sendo especialmente aplicáveis à acumulação as seguintes: privar o animal das suas necessidades básicas (inciso I); criar, manter ou expor animal em recinto desprovido de segurança, limpeza e desinfecção (inciso V); deixar de propiciar morte rápida e indolor a animal cuja eutanásia seja necessária e recomendada por médico veterinário (VIII); e promover distúrbio psicológico e comportamental em animal (X) (MINAS GERAIS, 2016).

A definição do bem-estar animal auxilia na identificação das ações e omissões que se categorizam como maus-tratos, funcionando como ponte entre a noção de que os animais são seres sencientes e a atuação jurídica voltada à proteção animal, pautada no princípio da dignidade. Sendo assim, as condutas incompatíveis e que inviabilizam as liberdades elencadas geram repercussões administrativas, penais e cíveis (em atenção à tríple responsabilidade).

E, como seres sencientes, os animais são tutelados no ordenamento jurídico brasileiro, destacando-se a regra da vedação à crueldade e o princípio da dignidade animal, ambos residentes no art. 225, §1º, inciso VII, da CR/88, como norma autônoma de Direito Animal.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

(...)

VII - **proteger a fauna** e a flora, **vedadas**, na forma da lei, **as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade** (BRASIL, 1988, grifos acrescidos).

A regra da vedação à crueldade, trazida pela CR/88, foi regulamentada pela Lei de Crimes Ambientais, a Lei n.º 9.605/1998, alçando-a à condição de crime (art. 32). E, em face da ocorrência de infração ambiental, seja na esfera criminal, seja na esfera administrativa, incumbe ao Poder Público o dever de fazer cessar a prática delitativa, por meio da retirada do animal da condição lesiva aos seus interesses, a teor do que disciplina o art. 25 da Lei de Crimes Ambientais, *in verbis*:

Art. 25. Verificada a infração, serão apreendidos seus produtos e instrumentos, lavrando-se os respectivos autos.

§ 1º Os animais serão prioritariamente libertados em seu *habitat* ou, sendo tal medida inviável ou não recomendável por questões sanitárias, entregues a jardins zoológicos, fundações ou entidades assemelhadas, para guarda e cuidados sob a responsabilidade de técnicos habilitados.

§ 2º Até que os animais sejam entregues às instituições mencionadas no § 1º deste artigo, o órgão autuante **zelará para que eles sejam mantidos em condições adequadas de acondicionamento e transporte que garantam o seu bem-estar físico**. (BRASIL, 1998, grifo acrescido).

É preferível que essas estratégias sejam construídas com a participação de todos os agentes envolvidos, devidamente previstas em termo de compromisso de ajustamento de conduta (art. 5º da Lei nº 7.347/1985), cujo cumprimento deve ser demonstrado por meio da apresentação de relatórios periódicos. Não se mostrando possível a resolução autocompositiva, a propositura da ação civil pública se impõe.

A adoção de medidas criminais mostra-se necessária quando o indivíduo em situação de acumulação demonstra a vontade livre e consciente de cometer atos de abusos ou de maus-tratos contra os animais sob sua tutela, ainda que por omissão. Dúvidas acerca da integridade mental do indivíduo podem motivar a instauração do incidente de insanidade mental, de acordo com o previsto no art. 150 do Código de Processo Penal e seguintes.

---

Convém apontar que o elemento subjetivo é mais facilmente constatado nos casos em que o indivíduo é caracterizado como do tipo “explorador de animais”, que, não raro, apresenta insensibilidade com o sofrimento e o destino dos animais que tutela. Nos demais casos, o que se vê, em geral, são animais humanos e não humanos em situação de vulnerabilidade partilhando sua miséria e seu desamparo.

Portanto, considerando-se a complexidade da questão que envolve a acumulação de animais, a ciência, dignidade e bem-estar animal e a multiplicidade de riscos, bem como a responsabilidade do Município pela tutela dos animais domésticos e da saúde, entende-se que a simples atuação sancionatória, no âmbito criminal e administrativo, envolvendo inclusive a retirada dos animais, não tem o condão de interromper o ciclo de sofrimento que acompanha a acumulação. Pelo contrário, atuação inovadora e estratégica envolve o engajamento do Poder Público Municipal (por meio das Secretarias de Meio Ambiente e Saúde), de voluntários e associações de proteção animal local e de familiares e amigos do indivíduo em situação de acumulação.

Dessa forma, atende-se a um novo perfil de atuação do Ministério Público, que busca concretizar os valores constitucionais e promover uma sociedade mais justa e igualitária, conforme esclarece Gregório Assagra:

Assim, entendemos que, das concepções sobre a natureza institucional do Ministério Público, a que melhor explica a sua postura institucional é a que o desloca da sociedade política, como órgão repressivo do Estado, para a sociedade civil, como legítimo e autêntico defensor da sociedade. Esse deslocamento se justificaria por três razões fundamentais. A primeira seria a social, que originou com a vocação do Ministério Público para a defesa da sociedade: ele assumiu paulatinamente um compromisso com a sociedade no transcorrer de sua evolução histórica. A segunda seria a política, que foi surgindo com a vocação da instituição para a defesa da democracia e das instituições democráticas. A terceira seria a jurídica, que se efetivou com a Constituição de 1988, que lhe concedeu autogestão administrativa, orçamentária e funcional e lhe conferiu várias atribuições para a defesa dos interesses primaciais da sociedade (ALMEIDA, 2008, p. 12).

## CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENUNCIADO

A atuação do Ministério Público em atenção às pessoas em situação de acumulação deve ter por baliza o exercício de seu papel de promoção da cidadania e, considerando a complexidade do tema, estimular o envolvimento de setores do executivo municipal, da sociedade civil e da família do indivíduo, com vistas a que ele possa superar esta condição, garantindo, de forma concomitante, a dignidade dos animais e a restauração do meio ambiente atingido.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. **Revista Jurídica do Ministério Público do Mato Grosso**, v. 3, n. 5 p. 1-43, 2008. Disponível em: <https://www.unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistajuridicafafibe/sumario/5/14042010170607.pdf>. Acesso em 5 de julho de 2022.

ARIAS, Juan. Lares brasileiros já têm mais animais que crianças. **El País**. Opinião. 10 de junho de 2015. Disponível em [https://brasil.elpais.com/brasil/2015/06/09/opinion/1433885904\\_043289.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2015/06/09/opinion/1433885904_043289.html). Acesso em 3 de junho de 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

- 
- \_\_\_\_\_. **Decreto-Lei 25** de 20 de novembro de 1937. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3365.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3365.htm)>. Acesso em: 21 jan. 2019.
- \_\_\_\_\_. **Lei n. 9.605**, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm). Acesso em 5 de julho de 2022.
- \_\_\_\_\_. **Lei n. 13.426**, de 30 de março de 2017. Dispõe sobre a política de controle da natalidade de cães e gatos e dá outras providências. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13426.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13426.htm). Acesso em 5 de julho de 2022.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça – STJ. **AREsp 202498**. São Paulo. Relator Ministro Og Fernandes, julgado em 14 de junho de 2022. Disponível em [https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=AREsp+2.024.982](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=AREsp+2.024.982). Acesso em 5 de julho de 2022.
- BROOM, Donald Maurice; MOLENTO, Carla Forte Maiolino. Bem-estar animal: conceito e questões relacionadas – revisão. **Archives of Veterinary Science**, v. 9, n. 2, p. 1-11, 2004. <Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/veterinary/article/download/4057/3287>>. Acesso em 31 de março de 2022.
- GOMES, Laiza Bonela; LANZETTA, Virgínia Aguiar Sorice; NUNES, Vania de Fátima Plaza; SILVA, Sara Clemente Paulino Ferreira e. Belo Horizonte. Saúde única e atuação do médico veterinário do Núcleo de Apoio a Saúde da Família (NASF). **Revista Médico Veterinária – UFMG**. n. 83. Dezembro de 2016. P.70-77. Disponível em: <https://vet.ufmg.br/ARQUIVOS/FCK/file/ct83.pdf>. Acesso em: 31 de março de 2020.
- MARANHÃO. Tribunal de Justiça – TJMA. **Ação Civil Pública n.º 0807190-32.2017.8.10.0001**, Município de São Luís. Sentença Juiz Douglas de Melo Martins, em 3 de junho de 2020. Disponível em <https://animaiscomdireitos.ufpr.br/wp-content/uploads/2020/06/sentenca-praca-dos-gatos.pdf>. Acesso em 5 de julho de 2022.
- MINAS GERAIS. **Lei n. 21.970**, de 15 de janeiro de 2016. Dispõe sobre a proteção, a identificação e o controle populacional de cães e gatos. Disponível em <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=326475>. Acesso em 5 de julho de 2022.
- \_\_\_\_\_. **Lei n. 22.231**, de 21 de julho de 2016. Dispõe sobre a definição de maus-tratos contra animais no Estado e dá outras providências. Disponível em <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=21970&comp&ano=2016>. Acesso em 5 de julho de 2022.
- \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça – TJMG. **Ação Civil Pública n.º 5000698-45.2020.8.13.0045**, Município de Caeté. Sentença Juíza Graziela Maria de Queiroz Franco Peixoto, em 29 de julho de 2020. Disponível em <https://animaiscomdireitos.ufpr.br/wp-content/uploads/2020/08/decisao-caete-idosa-transtorno-de-acumulacao.pdf>. Acesso em 5 de julho de 2022.
- OLIVEIRA, Betejane de; SANTOS, Nátaly Leandro dos; SANTOS, Patrícia Oliveira Meira. Acumulação de animais: a importância de uma abordagem multidisciplinar. **A subsistência da medicina veterinária e sua preservação**. Org. Alécio Matos Pereira, Sara Silva Reis, Wesklen Marcelo Rocha Pereira. – Ponta Grossa - PR: Atena, 2020, capítulo 6, p. 32-44. Disponível em: <<https://www.atenaeditora.com.br/post-artigo/41605>>. Acesso em: 17 mar. 2021.
- PATRONEK, Gary J., VMD, PhD and the Hoarding of Animals Research Consortium. The Problem of Animal Hoarding. **Researchgate**. Reprinted with permission from Municipal Lawyer May/June 2001, pages 6-9, 19. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/profile/Arnold-Arluke/publication/237439562\\_The\\_Problem\\_of\\_Animal\\_Hoarding/links/53f1da0b0cf26b9b7dd10371/The-Problem-of-Animal-Hoarding.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Arnold-Arluke/publication/237439562_The_Problem_of_Animal_Hoarding/links/53f1da0b0cf26b9b7dd10371/The-Problem-of-Animal-Hoarding.pdf)>. Acesso em: 17 mar. 2021.
- PULZ, Renato Silviano. **Ética e bem-estar animal**. Canoas: Ulbra, 2013, p. 78.

---

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça – TJSC. **Agravo de Instrumento n. 2010.031714-0**, da Capital, rel. João Henrique Blasi, Segunda Câmara de Direito Público, julgado em 26 de outubro de 2010. Disponível em [https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado\\_ancora](https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora). Acesso em 5 de julho de 2022.

SILVA, Joana Angélica Macedo Costa; SOARES, Danielle Ferreira de Magalhães; TEIXEIRA, Glendalesse Nunes Rocha de Faria. Belo Horizonte. Acumuladores de Animais. **Revista Médico Veterinária – UFMG**. n. 83. Dezembro de 2016. Disponível em: <https://vet.ufmg.br/ARQUIVOS/FCK/file/ct83.pdf>. Acesso em: 31 de março de 2022.

SILVA JUNIOR Antônio Barbosa da; GOMES, Laiza Bonela; OLIVEIRA, Camila Stefanie Fonseca de; PAIVA, Marcelo Teixeira; SOARES, Danielle Ferreira de Magalhães; TEOTÔNIO, Helena de Castro; XAULIM, Gustavo de Moraes Donancio Rodrigues; CANESSO, Gustavo. Belo Horizonte. **Blog Defesa da Fauna – Coordenadoria Estadual de Defesa dos Animais/ CEDA MPMG**. Atenção aos acumuladores de animais, leishmaniose visceral canina e esporotricose zoonótica. 2021. Disponível em: <https://defesadafauna.blog.br/>. Acesso: 5 de julho de 2022.

## Aprensão, reabilitação e destinação de animais silvestres vítimas de crimes

LUCIANA IMACULADA DE PAULA<sup>1</sup>

*Promotora de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais*

CLARICE GOMES MAROTTA<sup>2</sup>

*Analista do Ministério Público de Minas Gerais*

### JUSTIFICATIVA

A diversidade faunística do território brasileiro desponta como uma das mais ricas, sendo que o país ocupa o primeiro lugar em número total de espécies (RENCTAS, 2001). Apesar dos números expressivos, a retirada de animais silvestres de seu *habitat* natural para fins de comercialização e domesticação, sem a devida autorização do órgão competente, torna-se grande ameaça ao equilíbrio ecossistêmico e afeta diretamente o bem-estar do indivíduo que é privado de sua liberdade inata.

Não é sem razão que a retirada de animais silvestres da natureza seja prática expressamente vedada em nosso ordenamento jurídico há longa data, conforme disposto na Lei de Proteção à Fauna:

Art. 1º. Os animais de quaisquer espécies, em qualquer fase do seu desenvolvimento e que vivem naturalmente fora do cativeiro, constituindo a fauna silvestre, bem como seus ninhos, abrigos e criadouros naturais são propriedades do Estado, sendo proibida a sua utilização, perseguição, destruição, caça ou apanha (BRASIL, 1967).

O artigo 29, § 1º, III da Lei nº. 9.605/1998 preconiza ser crime a conduta consistente em ter em cativeiro ou depósito, espécimes da fauna silvestre não autorizados ou sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, cuja pena varia de seis meses a um ano e multa. É conhecido como **crime de cativeiro irregular**.

Mister salientar que a configuração do ilícito não depende da finalidade mercantil e nem se atrela à quantidade de animais em cativeiro.

Nesse viés, para não incorrer na prática do referido crime, o indivíduo que pretenda ter em cativeiro ou depósito, larvas ou espécimes da fauna silvestre – ainda que de forma amadorística, por diletantismo – deverá requerer licença ou autorização do órgão competente. Esclareça-se que o órgão ambiental competente para autorizar tal atividade no Estado de Minas Gerais é o **Instituto Estadual de Florestas - IEF**, conforme determinado pela Lei Estadual nº 21.972, de 21 de janeiro de 2016, em seu art. 10, inciso IX.

---

<sup>1</sup> Promotora de Justiça Coordenadora da Coordenadoria Estadual de Defesa Animal. Doutoranda do Programa de Ciências Animais da Faculdade de Medicina Veterinária da Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Engenharia Ambiental pela Universidade Federal de Ouro Preto – UFOP.

<sup>2</sup> Analista em Direito na Coordenadoria Estadual de Defesa dos Animais – CEDA. Mestra em Direito Ambiental e Sustentabilidade pela Escola Superior Dom Helder Câmara, Brasil.

---

Também não é raro que animais em cativeiro irregular sejam vítimas, de forma concomitante, do **crime de maus-tratos**, previsto no art. 32 da Lei de Crimes Ambientais, o que deve ser avaliado no caso concreto.

Não se deve olvidar que a Constituição Federal de 1988 incumbe ao Poder Público, conforme disposto no artigo 225, §1º, inciso VII, o dever de proteção da fauna, a fim de salvaguardar suas funções ecológicas e proteger a sua dignidade intrínseca.

A vedação da crueldade contra animais reconhece a capacidade desses seres vivos de experimentar sensações positivas e negativas e, portanto, de sofrer. O reconhecimento desta capacidade, denominada **senciência**, possui respaldo científico, consolidado através da Declaração de Cambridge sobre a Consciência Animal, publicada em 07 de julho de 2012. Com efeito, neurocientistas e neurofisiologistas, após diversas pesquisas, reconheceram a existência de circuitos cerebrais similares entre homens, mamíferos e aves, por exemplo, capazes de gerar consciência, sensações de dor e prazer, assim como a percepção da própria existência.

O Direito, assim, reconhece a existência fática da **senciência** e tutela os animais, especialmente através da regra da vedação à crueldade e do princípio da dignidade animal, que coexistem no art. 225, §1º, inciso VII, da Constituição da República de 1988.

O referido dispositivo constitucional traz norma autônoma de Direito Animal, já que a proteção dos animais contra o sofrimento se volta ao interesse dos próprios seres sencientes, independentemente de suas eventuais funções ecológicas e ecossistêmicas, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, expresso no voto do Min. Barroso em seu voto proferido no julgamento da ADI da vaquejada: “Esse valor moral está na declaração de que o sofrimento animal importa por si só, independentemente do equilíbrio do meio ambiente, da sua função ecológica ou de sua importância para a preservação de sua espécie” (STF, 2016) - ADI nº 4.983/CE, acórdão de 06 de outubro de 2016.

O princípio da dignidade dos animais foi expressamente reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da vaquejada, do qual se destaca o voto da Min. Rosa Weber: “o bem protegido pelo inciso VII do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, ênfase, possui matriz biocêntrica, dado que a Constituição confere valor intrínseco às formas de vidas não humanas (...) em prol do reconhecimento de que os animais possuem dignidade própria que deve ser respeitada” (STF, 2016).

Também o Superior Tribunal de Justiça - STJ reconheceu a dignidade animal, amparada numa visão biocêntrica, fixando a premissa de que os animais devem ser tratados como fins em si mesmos. O acórdão traz com brilhantismo discurso de evolução ética e ampliação dos círculos morais, capaz de mostrar à sociedade um novo caminho jurídico que conduza à solidariedade e à justiça, em consonância com os objetivos constitucionais expressos no art. 3º da CR/88 (STJ, 2019) - REsp nº 1797175, voto do Ministro Relator Og Fernandes, j.20/03/2019.

Saliente-se que, em Minas Gerais, o órgão ministerial deve envidar esforços para garantir a implementação da Lei Estadual n.º 22.231, de 20/07/2016, em especial no que diz respeito ao combate aos maus-tratos contra animais no Estado e ao reconhecimento de que **os animais são seres sencientes, sujeitos de direito despersonificados, fazendo jus a tutela jurisdicional em caso de violação de seus direitos**.

Nesse sentido se encontram as orientações contidas no Ato n.º 2/2021 da Corregedoria-Geral do Ministério Público:

Art. 158. O órgão de execução deverá estimular, integral e efetivamente, a implementação da Lei Estadual n.º 22.231/2016, em especial no que diz respeito ao combate aos maus-tratos contra animais e ao reconhecimento de que são seres sencientes, sujeitos de direito despersonificados, que fazem jus à tutela jurisdicional em caso de violação de seus direitos.

Parágrafo único. Em sua atuação, o órgão de execução deverá:

I - considerar a condição de ser senciente do animal (MPMG, 2021, p. 41).

A partir da construção teórico jurisprudencial do princípio da dignidade animal, os bens jurídicos tutelados nos crimes contra a fauna passam a ser a vida, a liberdade e o bem-estar dos animais, com a superação das concepções de bem jurídico de viés antropocêntrico, designadamente a que considera o meio ambiente como objeto jurídico da norma e aquela que incorpora a tese do transbordamento moral para considerar que o fim último da figura delitiva é a prevenção da violência entre seres humanos. Concebe-se então a proteção penal do ser vivo senciente *per se*.

---

Portanto, ao se olhar para o animal como ser senciente e dotado de dignidade, percebe-se que não se trata mais de objeto do crime, mas de **sujeito passivo, vítima do delito**, que sofre a ação que lhe causa sofrimento. Novamente se recorre ao Ato n.º 2/2021 da Corregedoria-Geral do Ministério Público:

Art. 158 [...]

Parágrafo único. Em sua atuação, o órgão de execução deverá:

[...]

IX - reconhecer a condição de vítima do animal nos casos de maus-tratos ou de atos ilícitos que representem violência injustificada, o que repercute na ação civil, em que se deve buscar prioritariamente a reparação do dano para o animal, com previsão para que o agressor arque com custos veterinários, acolhimento por ONGs e/ou lares temporários e medida compensatória de caráter punitivo/pedagógico a ser revertida em favor do próprio animal (MINAS GERAIS, 2021, p. 41).

Para resguardar os interesses fundamentais dos animais, faz-se necessário um olhar cuidadoso para a promoção de seu bem-estar. Não se pode descobrir o interesse de um animal silvestre simplesmente colocando-se em seu lugar, sob pena de se antropomorfizar o animal e suas necessidades. Faz-se necessário verificar o melhor interesse de cada espécie na ciência do bem-estar animal.

A proposta concebida pelas cinco liberdades, firmada através de conhecimentos multidisciplinares, auxilia na definição de parâmetros mínimos de bem-estar. São elas: a) liberdade nutricional; b) liberdade psicológica; c) liberdade ambiental; d) liberdade comportamental; e e) liberdade sanitária.

É diante da conceituação das cinco liberdades que se mostra insuficiente a tese normalmente sustentada pelos infratores de que os animais são bem cuidados. O animal silvestre que se encontra em cativeiro está desprovido de bem-estar (liberdade de exercer seu comportamento natural em vida livre), em desrespeito a sua dignidade constitucionalmente tutelada.

Lilian Marotta diferencia o tipo de proteção que silvestres e domésticos normalmente necessitam, eis que os que dependem mais do ser humano demandam mais institutos protetivos ligados à garantia de seu bem-estar, ao passo que os silvestres requerem maiores salvaguardas do meio e dos recursos que necessitam para sua sobrevivência:

A interdependência dos animais em relação ao homem determina o tipo de proteção jurídica atribuída, sendo que, como dito alhures, os animais mais próximos ao homem demandam um maior número de institutos protetivos relacionados à garantia de seu bem-estar e ao controle de abusos e crueldades. Por outro lado, quanto mais integrados ao meio natural, maiores as salvaguardas relativas à preservação dos habitats e ao controle do equilíbrio dos ecossistemas (MOREIRA, 2015, p. 35).

É importante notar que o fato de um animal conviver longo tempo em ambiente doméstico não faz dele um animal domesticado.

O fato de um animal silvestre passar parte do seu período de vida em ambiente de cativeiro domiciliar não caracteriza a domesticação do exemplar. Caso haja condições mínimas para que possa interagir com outros de sua espécie e expressar seu comportamento natural, ele certamente o fará. Assim, a princípio, todos os animais silvestres apreendidos devem ser recolhidos e encaminhados para programas de reabilitação e, caso sejam considerados aptos, devem retornar à natureza (VILELA; LOPES, 2018, p. 70).

Ao Direito Animal aplica-se, no que couber, a construção teórica e jurisprudencial do Direito Ambiental. Portanto, não é viável sustentar direito adquirido a causar danos em razão do decurso do tempo e nem mesmo em fato consumado, entendimento que se encontra inclusive sumulado no enunciado n.º 613 do STJ.

---

Considerando-se, assim, que os animais apreendidos, vítimas de crimes, a despeito dos anos de convivência em ambiente doméstico, permanecem como animais silvestres, bem como que são dotados de dignidade, entende-se que a sua manutenção em depósito com o infrator não se mostra a melhor solução.

Isso porque, conforme visto, a dignidade do ser senciente, juridicamente reconhecida, conduz à necessidade de se recorrer à ciência do bem-estar. Apesar de cada espécie possuir necessidades específicas para que se possa considerar como atendidos os parâmetros de bem-estar de um indivíduo a ela pertencente, pode-se afirmar, de forma geral, que a qualquer espécime silvestre deve ser resguardado o interesse à vida, à integridade física, à liberdade (não intervenção prejudicial humana) e a manifestar comportamentos próprios de sua espécie.

De fato, animais silvestres possuem interesse em uma vida livre e o mais próxima possível das condições naturais, sendo a promoção de sua dignidade pautada na não intervenção do ser humano. Nessa linha, Vicente de Paula Ataíde Júnior defende o princípio da primazia da liberdade natural.

Esse princípio é aplicável, sobretudo, aos animais silvestres, os quais têm direito à vida e direito à liberdade natural. O estado de coisas a ser promovido por esse princípio é a integridade das comunidades de animais silvestres, colocando-as a salvo de intervenções humanas destrutivas [...] (ATAÍDE JR., 2020, p. 127).

E o autor complementa que

[...] é o interesse animal, não o interesse humano, que deve preponderar na decisão sobre a destinação do animal cativo. Por essas razões, e pelo princípio em questão, devem ser melhor refletidas as decisões judiciais que permitem que animais silvestres, como papagaios, por estarem, por longos períodos na convivência doméstica humana, como verdadeiros pets, permaneçam nessa reclusão, com a perda das suas chances de convivência natural com outros membros de sua espécie, ainda que em cativeiro regularmente estabelecido (ATAÍDE JR., 2020, p. 127).

Relata-se, a título de exemplo, o caso da espécie papagaio verdadeiro (*Amazona Aestiva*), que tem como característica manter vínculos fortes de relacionamento social com outros de sua espécie. Por conta disso, quando inseridas em um ambiente doméstico, as aves não possuem oportunidades de socialização adequadas (QUEIROZ, 2014).

A reintrodução do animal silvestre ao *habitat* natural deve ser realizada após o período de reabilitação junto aos Centros de Triagem e Reabilitação de Animais Silvestres (CETRAS). A priorização da reintrodução do animal tem por razão os seus grandes efeitos benéficos:

1. Reforço populacional de espécies que sofrem a contínua pressão de captura pelo tráfico.
2. Retorno de processos ecológicos (polinização, dispersão, controle de pragas, etc.) comprometidos pela retirada da fauna local.
3. Desenvolvimento de conhecimento técnico para os futuros projetos de reintrodução com espécies ameaçadas de extinção.
4. Recuperação de diversidade genética.
5. Respeito aos preceitos éticos. É dever do estado brasileiro oferecer aos animais silvestres o seu direito à vida e à liberdade, dentro de parâmetros não apenas antropocêntricos
6. Efeitos sinérgicos. Os projetos de soltura possibilitam não apenas a sobrevivência e o restabelecimento dos animais, mas um conjunto de benefícios (maior proteção de áreas, restauração de processos ecológicos, educação ambiental, sensibilização para a problemática do tráfico, geração de conhecimento, pesquisa, etc.) que contribuem decisivamente para a conservação ambiental como um todo (VILELA; LOPES, 2018).

---

VILELA e LOPES, ao analisarem as formas de destinação de animais apreendidos e, mais especificamente, procederem ao estudo de caso do Projeto Voar – Reabilitação, soltura e monitoramento de papagaio-verdadeiro (*Amazona aestiva*), obtiveram resultados muito favoráveis. “Ao final dos treze meses de monitoramento [...] apenas 10% tiveram o óbito confirmado nesse período, dois deles por predação, o que constitui um processo ecológico natural”. (VILELA; LOPES, 2018, P. 70).

Portanto, a tese de inviabilidade de reintrodução do animal na natureza não encontra respaldo na experiência prática, eis que “os resultados desse projeto demonstraram que os papagaios criados há anos em cativeiro são altamente capazes de se adaptar, reproduzir e sobreviver em vida livre em seu *habitat* natural” (VILELA; LOPES, 2018, p. 76). Os autores acrescentam que o sucesso nos resultados de soltura neste projeto não é exceção. De acordo com informe da União Internacional para a Conservação da Natureza - IUCN, de 308 projetos avaliados, a maioria foi considerada como bem-sucedida.

As orientações contidas no Ato n.º 2/2021 da Corregedoria-Geral do Ministério Público apontam para a necessidade de o órgão de execução buscar o melhor interesse do animal e o combate ao tráfico de animais silvestres, sendo a reabilitação e soltura as medidas que melhor atendem às mencionadas diretrizes de atuação:

Art. 158. [...] Parágrafo único [...]

II - adotar medidas que levem em consideração a dignidade e o melhor interesse do animal, além de promover a tutela de seus interesses individuais fundamentais.

[...]

VIII - fomentar o combate ao tráfico de animais silvestres, por meio de atuação integrada com outros órgãos de fiscalização e controle (MINAS GERAIS, 2021).

O depósito com o autor do fato, então, além de inviabilizar o direito de o animal se ver livre, alçar vôo, procriar e relacionar-se socialmente com outros indivíduos da mesma espécie, premia o infrator e compactua com a cultura de manutenção de animais silvestres em cativeiro. Percebe-se, portanto, que a manutenção do animal silvestre em ambiente domiciliar afronta seu interesse fundamental em ser livre e, conseqüentemente, seu bem-estar, valor protegido constitucionalmente.

**Além dos prejuízos ao animal vítima, a crime de manutenção irregular em cativeiro gera dano ambiental e à saúde única.**

A retirada de apenas um espécime de seu ambiente natural provoca **danos ambientais em cascata**, uma vez que impossibilita a ocorrência de relevantes funções ecológicas, contribuindo para o desequilíbrio ambiental. Isto se dá em consonância com a primeira das quatro leis informais da ecologia: tudo se conecta com tudo; tudo vem de algum lugar; tudo evolui para algum lugar e a natureza tem sempre razão (COMMONER, 1992).

Não se pode olvidar, ainda, que, a conduta de manter animal silvestre em cativeiro irregular **financia a atividade do tráfico ilícito**, que prejudica de forma substancial a biodiversidade, sendo a terceira modalidade mais lucrativa de tráfico. A cada **um** animal que sobrevive em condições de ser vendido, outros **nove** falecem no processo de captura, transporte, cativeiro (RODRIGUES, 2020).

Portanto, a manutenção de um único espécime em cativeiro, além de contribuir para a morte de outros tantos, impede o nascimento em vida livre dos descendentes daquele animal. Isso sem levar em consideração os danos incidentes sobre a sua ausência na natureza, que podem estar ligados, por exemplo, à dispersão de sementes (serviço de provisão) e/ou ao turismo de natureza (serviço cultural).

Ademais, é necessário ressaltar que a manutenção de animais silvestres em cativeiro, sua manipulação descuidada e contato com público, gera **risco à saúde pública**.

Atualmente, é necessário se trabalhar com o conceito de **saúde única**, que estabelece a interconectividade entre a saúde humana, dos demais seres vivos e do ambiente. Segundo Laiza Gomes, Virgínia Lanzetta, Vania Nunes e Sara Silva:

O conceito de “One Health” (em português: Saúde Única) pode ser definido como a abordagem multidisciplinar, incluindo áreas da medicina, da medicina veterinária e de outras áreas

---

da saúde, trabalhando em nível local, nacional ou global, com o objetivo de se alcançar altos níveis de qualidade à saúde humana, animal e ambiental (American Veterinary Medical Association, 2016) (GOMES et al., 2016).

Nesta esteira, a decisão de se manter o animal em depósito com o infrator não se mostra adequada. O animal silvestre vítima de crime deve ficar sob a responsabilidade do IEF, para que seja promovida a sua reabilitação e soltura na natureza.

Conforme exposto, a retirada do animal silvestre de seu *habitat* natural (e a sua manutenção em cativeiro, quando poderia ser reabilitado), provoca uma miríade de efeitos: prejuízo ao equilíbrio ambiental, funções ecológicas, serviços ecossistêmicos, biodiversidade; sofrimento individual do animal, como ser senciente; contribuição ao crime de tráfico de animais, a terceira forma mais lucrativa de tráfico e, portanto, atentatória à segurança pública; e risco à saúde pública.

Além disso, contraria a solução prioritária preconizada no §1º do art. 25 da Lei nº 9.605/1998 – **libertação em seu *habitat***:

Art. 25. Verificada a infração, serão apreendidos seus produtos e instrumentos, lavrando-se os respectivos autos.

§ 1º Os animais serão prioritariamente libertados em seu habitat ou, sendo tal medida inviável ou não recomendável por questões sanitárias, entregues a jardins zoológicos, fundações ou entidades assemelhadas, para guarda e cuidados sob a responsabilidade de técnicos habilitados (grifo acrescido).

E não se pode perder de vista que é **obrigação do Estado**, até que os animais sejam adequadamente destinados, zelar para que eles sejam mantidos em condições adequadas de acondicionamento e transporte que garantam o seu bem-estar físico (§2º do dispositivo acima citado).

É importante ressaltar que não há previsão legal para regularizar a situação de animais silvestres adquiridos ou mantidos em desacordo com a norma ambiental, tendo em vista a dicção expressa do art. 25 da Lei de Crimes Ambientais. Em reforço, veja-se informação extraída no sítio eletrônico do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis:

Pássaros não registrados nos plantéis virtuais de criadores autorizados pelo órgão ambiental competente não são passíveis de regularização e registro no SisPass, nestes casos devem ser entregues nos centros de triagem de animais silvestres do órgão ambiental federal ou estadual da localidade de onde encontrados ou retirados, sob pena de responsabilização por danos ao meio ambiente e autuação do órgão ambiental (IBAMA, 2019).

Sobre a necessária devolução do animal silvestre a seu *habitat*, o TJSP possui julgado afirmando que o animal silvestre “deve estar em seu “habitat” natural, respeitando sua identidade e características” (TJSP, 2022).

A permanência do animal na residência do infrator promove a continuidade de atividade comprovadamente criminoso (art. 29, III, da Lei n.º 9.605/98), com manifesto perigo de dano para o animal e para o meio ambiente. Daí a necessidade de se acionar o Estado para que recolha, reabilite e promova a destinação adequada dos animais silvestres vítimas de crimes.

A Lei Complementar nº 140/2011 fixou normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes da preservação da fauna e estabeleceu um novo cenário de distribuição de competências, sendo certo que a União (atuando por meio do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA) teve sua competência definida para casos específicos, de âmbito verdadeiramente nacional, previstas no art. 7º.

Neste contexto, com competência residual, o Estado permanece responsável pela maioria das questões relacionadas com a fauna, exercida pelo Instituto Estadual de Florestas (IEF).

---

Assim, desde o advento da Lei Complementar nº 140/2011, IBAMA, Estado de Minas Gerais e IEF, firmaram um Acordo de Cooperação Técnica (ACT) para a gestão compartilhada da fauna, bem como um Plano de Trabalho.

No ACT, fica evidenciada a competência conjunta do IBAMA, SEMAD e IEF em recolher e providenciar o devido atendimento e destinação para os animais silvestres que se encontram em situação de risco ou mediante solicitação de terceiros. Já no Plano de trabalho fica estabelecido que o IEF poderá compartilhar as estruturas do IBAMA (CRAS e CETAS), mas que todas as despesas inerentes aos animais recebidos de agentes, instituições ou ações estaduais deverão ser custeadas pelo próprio Estado. Caso não queira compartilhar das estruturas, deverá encaminhar os animais apreendidos para estruturas próprias ou indicadas. A partir do mês 15 após a assinatura do ACT (04/06/2013), todas as apreensões originadas por agentes ou instituições estaduais deverão ser encaminhadas para as novas estruturas. Por sua vez, a partir do mês 31 após a assinatura do ACT, o IEF deverá disponibilizar em condições de funcionamento 04 (quatro) novas unidades a serem administradas integralmente pelo Estado, sendo 02 (dois) CETAS e 02 (dois) CRAS.

Ademais, conforme disposto na Instrução de Serviço nº 02/2019 da Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável - SEMAD e IEF, a partir da inteligência do art. 89 do Decreto nº 47.383, de 2018, serão **apreendidos** os animais nas seguintes situações: a) com marcação irregular; b) encontrados sem prova de origem; c) Partes e produtos de animais sem prova de origem; d) com notas sem validade (“frias”); e) fora do plantel do criador; f) expostos em estabelecimentos comerciais sem autorização da autoridade competente; g) Espécimes de espécies não permitidas na AM; h) reproduzidos sem autorização da autoridade competente; i) Gaiolas, armadilhas e demais instrumentos utilizados para infração ambiental (MINAS GERAIS, 2019, p. 24).

Portanto, em qualquer caso de cativo irregular a IS n.º 02/2019 fala em apreensão do animal. Além disso, a norma complementa que a destinação dos animais silvestres apreendidos deve se dar em consonância com o art. 97 do Decreto Estadual de MG n.º 47.383, de 2/3/2018, ou seja, prioritariamente, em seu habitat natural. A norma ainda prevê a soltura sumária, observados os critérios: a) houver indícios de que o espécime foi capturado recentemente; b) a espécie ocorrer naturalmente no local; c) o espécime não apresentar problemas que impeçam sua sobrevivência ou adaptação em vida livre; d) o espécime não apresentar enfermidades ou alterações morfológicas que impeçam sua sobrevivência ou adaptação em vida livre (MINAS GERAIS, 2018, inciso I). Também ao chegar no CETAS, a prioridade é pela soltura sumária, se houver condições (MINAS GERAIS, 2018, inciso II).

Extrai-se do referido art. 97 que, **ou** o animal é devolvido imediatamente à natureza (quando reúne as condições necessárias previstas no inciso I), **ou** é encaminhado ao CETAS, também com o objetivo de devolução à natureza, sumariamente ou após reabilitação, a depender do caso.

Os Centros de Triagem de Animais Silvestres (Cetas) do Ibama são unidades responsáveis pelo manejo dos animais silvestres que são recebidos de ação fiscalizatória, resgate ou entrega voluntária de particulares. Os Cetas possuem a finalidade de receber, identificar, marcar, triar, avaliar, recuperar, reabilitar e destinar esses animais silvestres, com o objetivo maior de devolvê-los à natureza, além de realizar e subsidiar pesquisas científicas, ensino e extensão. A solicitação de pesquisa deverá ser formalizada na Superintendência do Ibama” (IBAMA, 2021).

Pode acontecer, contudo, de as condições necessárias para a reabilitação e soltura **nunca se implementarem**, como nas hipóteses de o animal apresentar problemas que impeçam sua sobrevivência ou adaptação em vida livre; ou apresentar enfermidades ou alterações morfológicas que impeçam sua sobrevivência ou adaptação em vida livre. Mesmo nestes casos, a indicação é que sejam recolhidos e destinados a jardins zoológicos, fundações ou entidades assemelhadas, para guarda e cuidados sob a responsabilidade de técnicos habilitados, que garantam uma **vida o mais próximo possível às condições naturais**, como santuários (é o que se extrai do §1º do art. 25 da Lei de Crimes Ambientais).

Portanto, apenas **provisoriamente**, até que seja possível a destinação adequada, poderá ser confiado o animal apreendido a depositário fiel. Ou seja, **não se trata de forma autônoma de destinação**, mas de solução paliativa, que deve ser utilizada tão somente quando: não for possível a soltura imediata, de acordo com os critérios do inciso I; não for possível conduzir ao CETAS; não for possível a destinação para instituições de proteção

---

à fauna silvestre, em caso de impossibilidade física de soltura. E, por ser medida de exceção, para que seja adotada no caso concreto, deve ser devidamente fundamentada.

Ainda assim, ao deixar o animal com o infrator em depósito, o Estado não pode se eximir de sua obrigação de zelar pelo bem-estar do ser senciente apreendido (§2º do art. 25 da LCA), garantindo-lhe o bem-estar e a segurança. Ademais, deve garantir também a saúde pública e a segurança da população, bem como a proteção do ecossistema e a prevenção de invasões biológicas (art. 97, §2º, do Decreto Estadual n.º 47.383/2018).

Sobre o caráter absolutamente subsidiário da possibilidade de manter o animal em depósito com o infrator:

MANDADO DE SEGURANÇA. AIA nº 2020125013535-1 de 5-12-2019. Manter em cativeiro espécimes da fauna nativa. Papagaio verdadeiro. Apreensão da ave. Multa. – 1. Depósito. Pássaro. O depósito ou guarda do pássaro poderia ser deferido à autora caso demonstrada a impossibilidade das destinações previstas no § 1º do art. 25 da LF nº 9.605/98 (*habitat* natural, jardins zoológicos, fundações ou entidades assemelhadas, para a guarda e cuidado sob a responsabilidade de técnicos habilitados) (Resolução CONAMA nº 457/13 de 25-6-2013, que dispõe sobre a guarda e depósito provisórios de animais silvestres apreendidos ou resgatados pelos órgãos ambientais), demonstração aqui inexistente. – 2. Depósito. Pássaro. São duas questões a considerar. Uma, os papagaios são animais silvestres que conservam essa natureza, apesar dos vários anos vivendo na residência; ‘são aves inteligentes e precisam de atenção e atividade. Na natureza passam grande parte do dia procurando alimento, voando longas distâncias, alimentando-se na copa das árvores e interagindo umas com as outras. Em cativeiro esta possibilidade de interagir com o meio ambiente e com membros do bando não existe, tornando a vida do animal um permanente tédio’. Outra, a origem da ave é desconhecida e são as pessoas de boa vontade como o autor que indiretamente sustentam o tráfico de animais silvestres, o terceiro comércio ilegal mais rentável no mundo, e isso não pode ser ignorado. – 3. Valor prevalente. Cabe ao juiz decidir se o valor relevante é o bem-estar do autor, que se respeita, ou o bem estar do papagaio, que deve ser devolvido ao convívio com os de sua espécie para que volte a ser, digamos assim, papagaio, e não a companhia de humanos. Nos termos da lei e da vivência de uma Câmara especializada como esta, há que prevalecer o interesse maior da fauna silvestre; somente a demonstração da inadequação da entidade de destino, que não foi demonstrada, ou do sofrimento da ave no novo ambiente, que só será entrevisto depois da entrega, poderia levar a outra solução [...] (SÃO PAULO, 2021, grifos acrescentados).

Contudo, embora inconveniente, no momento da autuação administrativa ou penal, não raro a apreensão do animal pode não ser possível, seja por dificuldades de seu manejo e destinação imediata, seja por inexistência de estrutura oficial que possa recebê-lo, restando como opção a nomeação do infrator ou terceiro como depositário.

Em casos tais, considerando o teor do art. 25 da Lei de Crimes Ambientais, a entrega do animal pode proposta oportunamente ao infrator na composição civil do dano ambiental (art. 27 da Lei 9.605/1998 c/c art. 76 da Lei nº 9.099/1996), na suspensão condicional do processo (art. 28 da Lei 9.605/1998 c/c art. 89 da Lei nº 9.099/1996) ou no acordo de não persecução penal (art. 28-A do Código de Processo Penal), ou buscada no bojo de ação cível ou criminal. Havendo houver recusa do Estado em receber o animal, medidas judiciais devem ser manejadas pelos fundamentos técnicos e jurídicos expostos neste estudo.

## CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENUNCIADO

É exemplo de atuação estratégica do Ministério Público em prol do meio ambiente equilibrado zelar pela reabilitação e reintrodução de animais silvestres vítimas de crime ambiental. Se no momento da infração o agente deixar o animal em depósito temporário, o órgão de execução adotará as providências em face do infrator ou do Poder Público para assegurar sua apreensão, reabilitação e reintrodução ao ambiente natural.

---

## REFERÊNCIAS

- ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. Princípios do Direito Animal Brasileiro. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, v. 30, n. 01, p. 106-136, jan.-jun. 2020.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.
- \_\_\_\_\_. **Lei n. 5.197**, de 3 de janeiro de 1967. Dispõe sobre a proteção à fauna e dá outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5197.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5197.htm). Acesso em 8 de julho de 2022.
- \_\_\_\_\_. **Lei n. 9.605**, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm). Acesso em 8 de julho de 2022.
- \_\_\_\_\_. Instituto Brasileiro de Recursos Naturais Renováveis - IBAMA. Pergunta 2. Como regularizar um pássaro que adquiri ou ganhei. **IBAMA**. 2019. Disponível em <https://www.ibama.gov.br/fauna-silvestre/passaros-silvestres/perguntas-frequentes>. Acesso em 11 de julho de 2022.
- \_\_\_\_\_. IBAMA. 2019. Disponível em <https://www.gov.br/ibama/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/o-que-sao-os-cetas>. Acesso em 10 de julho de 2022.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.983/CE**, de 06 de outubro de 2016. Relator Ministro Luís Roberto Barroso.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.797.175**, de 20 de março de 2019. Relator Ministro Og Fernandes.
- COMMONER, B. **Em Paz com el Planeta**. Tradução Mireia Carol. Barcelona: Crítica, 1992 apud DUPAS, Gilberto (org.). Meio ambiente e crescimento econômico: tensões estruturais. São Paulo: Editora Unesp, 2008.
- GOMES, Laiza Bonela; LANZETTA, Virgínia Aguiar Sorice; NUNES, Vania de Fátima Plaza; SILVA, Sara Clemente Paulino Ferreira e. Belo Horizonte. 7. Saúde única e atuação do médico veterinário do Núcleo de Apoio a Saúde da Família (NASF). **Revista Médico Veterinária - UFMG**. n.83. Dezembro de 2016. p.70-77. Disponível em: <https://vet.ufmg.br/ARQUIVOS/FCK/file/ct83.pdf>. Acesso em: 5 de março de 2022.
- MINAS GERAIS. **Lei n.º 22.231**, de 21 de julho de 2016. Dispõe sobre a definição de maus-tratos contra animais no Estado e dá outras providências. Disponível em <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=21970&comp&ano=2016>. Acesso em 5 de julho de 2022.
- \_\_\_\_\_. **Decreto Estadual n.º 47.383**, de 2 de março de 2018. Estabelece normas para licenciamento ambiental, tipifica e classifica infrações às normas de proteção ao meio ambiente e aos recursos hídricos e estabelece procedimentos administrativos de fiscalização e aplicação das penalidades. Disponível em <http://www.siam.mg.gov.br/sla/download.pdf?idNorma=45918>. Acesso em 4 de julho de 2022.
- \_\_\_\_\_. Ministério Público. **Ato n.º 2/2021** da Corregedoria-Geral. Disponível em <https://www.mpmg.mp.br/files/diariooficial/DO-20210416.PDF>, Edição de 16/04/2021.
- \_\_\_\_\_. Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável - SEMAD e Instituto Estadual de Florestas - IEF. **Instrução de Serviço - IS n.º 2**, de 21 de março de 2019. Estabelece procedimentos para a fiscalização, o recebimento e a destinação da fauna silvestre. Belo Horizonte. Disponível em [http://www.meioambiente.mg.gov.br/images/stories/2019/PADRONIZACAO\\_PROCEDIMENTOS/IS\\_02\\_2019\\_-\\_Fiscaliza%C3%A7%C3%A3o\\_de\\_Fauna\\_Silvestre.pdf](http://www.meioambiente.mg.gov.br/images/stories/2019/PADRONIZACAO_PROCEDIMENTOS/IS_02_2019_-_Fiscaliza%C3%A7%C3%A3o_de_Fauna_Silvestre.pdf). Acesso em 12 de julho de 2022.
- MOREIRA, Lilian Maria Ferreira Marotta. **Proteção jurídica da fauna silvestre no Brasil: fundamentação filosófica e deveres constitucionais**. Belo Horizonte: Dom Helder, 2015.

---

QUEIROZ, Carla Martins. Análise Comportamental de Papagaios-Verdadeiros (Amazona Aestiva) submetidos a diferentes alojamentos e condições sociais em cativeiro. Dissertação de Mestrado. 2014.

REDE NACIONAL DE COMBATE AO TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRES - RENCTAS. 1º Relatório Nacional sobre o Tráfico de Fauna Silvestre. **RENCTAS**. 2001. Disponível em [http://www.renctas.org.br/wp-content/uploads/2014/02/REL\\_RENCTAS\\_pt\\_final.pdf](http://www.renctas.org.br/wp-content/uploads/2014/02/REL_RENCTAS_pt_final.pdf). Acesso em 8 de julho de 2022.

RODRIGUES, Paula. A máfia dos bichos. **ECO.A**. 11 de maio de 2020. Disponível em <https://www.uol.com.br/ecoa/reportagens-especiais/trafico-no-brasil-tira-por-ano-35-milhoes-de-animais-da-floresta-e-gira-r-3-bilhoes/#page13>. Acesso em 13 de julho de 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Remessa Necessária Cível 1010897-13.2020.8.26.0053, de 31 de março de 2021. Relator Torres de Carvalho. 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente. Foro Central. Fazenda Pública/Acidentes. 16ª Vara da Fazenda Pública.

\_\_\_\_\_. **Apelação Cível 1004648-98.2019.8.26.0047**, de 27 de janeiro de 2022. Relator Paulo Ayrosa. 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente. Foro de Assis. Vara da Fazenda Pública.

VILELA, Daniel; LOPES, Alice. Destinação de animais silvestres: a reintrodução como melhor alternativa. In LARCHER, Marta Alves (Org). **Anais do I Encontro Interinstitucional do Poder Judiciário e do Ministério Público em proteção ao meio ambiente**: implementando os ditames constitucionais, 12 de abril de 2018. Belo Horizonte: Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, 2018. p. 69-84. Disponível em: <https://defesadafauna.blog.br/wp-content/uploads/2021/05/Destinacao-de-Animais-Silvestres-A-reintroducao-como-melhor-alternativa.pdf>. Acesso em: 04 set. 2021.

## A atenção primária como prioridade institucional para a atuação do Ministério Público em defesa da saúde

**LUCIANO MOREIRA DE OLIVEIRA**

*Doutor em Direito Público, Universidade de Coimbra, Portugal*  
*Mestre em Saúde Pública, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte/MG, Brasil*  
*Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Belo Horizonte/MG, Brasil*  
*Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte/MG, Brasil*  
*lucianooliveira@mpmg.mp.br*

### 1 - INTRODUÇÃO

O Ministério Público brasileiro, ao longo dos últimos 30 anos do século XX, passou por profundas mudanças que o transformaram, progressivamente, da condição de órgão defensor dos interesses do Estado e competente para, em juízo, efetivar a pretensão punitiva, para uma instituição independente e responsável, de forma ampla, por efetivar o acesso à Justiça<sup>1</sup>, proteger direitos coletivos e individuais indisponíveis e velar pelos interesses públicos. No bojo dessas mudanças, o Ministério Público, progressivamente, assumiu protagonismo na proteção do direito à saúde, seja como interesse coletivo ou individual, em juízo ou fora dele.<sup>2</sup>

O Código de Processo Civil, de 1973, previa a intervenção do Ministério Público, como *custos legis*, em todas as causas em que houvesse “interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte” (art. 82). Em 1981, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente previu a legitimidade do Ministério Público para propor ações de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente. No mesmo ano, a Lei complementar nº 40/1981 conferiu ao Ministério Público a titularidade da ação civil pública. Por sua vez, a Lei nº 7347/85 atribuiu legitimidade ao Ministério Público para a propositura da ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Esses instrumentos normativos ampliaram as perspectivas para a atuação do Ministério Público brasileiro, de forma a lhe conferir singularidade no cenário internacional.<sup>3,4</sup>

Embora seja inegável a importância das leis já referidas, a consolidação do Ministério Público como instituição essencial à Justiça, responsável pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis ocorreu com a promulgação da Constituição de 1988. Para além da atividade típica de promover, privativamente, a ação penal pública, atribuiu-se ao Ministério Público, os deveres de proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III).

---

<sup>1</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. *O Ministério Público e o Direito em épocas extraordinárias*. Disponível em: <<https://ammp.org.br/o-ministerio-publico-e-o-direito-em-epocas-extraordinarias/>>. Acesso em: 05 jul. 2022.

<sup>2</sup> OLIVEIRA, Luciano Moreira de. *Ministério Público e políticas de saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

<sup>3</sup> VIGLIAR, José Marcelo Menezes. A participação do Ministério Público no Processo Civil. In.: FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo (Org.). *Ministério Público: Instituição e Processo*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1999, pp. 162-210.

<sup>4</sup> PROENÇA, Luis Roberto. Participação do Ministério Público no Processo Civil nos Estados Unidos da América. In.: FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo (Org.). *Ministério Público: Instituição e Processo*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1999, pp. 211-228.

---

Na área da saúde, a Constituição de 1988 efetivou um conjunto de mudanças apresentadas durante a 8ª Conferência Nacional de Saúde, em 1986. O evento, considerado um marco na história da Reforma Sanitária Brasileira, teve a ousadia de defender a saúde como um direito fundamental, integrante do *status* de cidadania de todos os brasileiros, devendo ser assegurado a todos, com equidade, independente da capacidade de pagamento, o acesso integral a ações e serviços de saúde.<sup>5</sup>

Dessa forma, a Constituição de 1988 previu a saúde como direito fundamental, dentre os direitos sociais (art. 6º). Entre os artigos 196 a 200, disciplinou, em linhas gerais, a atuação do Estado para a promoção de políticas públicas necessárias para a efetivação desse direito. Assim, estabeleceu como princípios a universalidade, a integralidade, a equidade, a prioridade para as ações de prevenção, a descentralização e a participação da comunidade. No art. 197, o constituinte conferiu relevância pública às ações e serviços públicos de saúde, sejam eles públicos ou privados. Mais adiante, no art. 199, a par de admitir a assistência privada à saúde, estabeleceu que, ao participar de forma complementar do Sistema Único de Saúde – SUS, a iniciativa privada deve seguir as diretrizes do sistema.

Ao tempo em que se caminha para o encerramento desta breve introdução, registra-se que, de forma definitiva, o constituinte incumbiu ao Ministério Público a missão de ser uma das garantias institucionais do direito à saúde. Isso porque, no art. 129, II, estabeleceu que a instituição deve se responsabilizar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias para a sua garantia (art. 129, II).

Assim, neste XIV Congresso Estadual do Ministério Público, cabe-nos, uma vez mais, revisitar o tema neste momento “pós-pandemia” de COVID-19, a fim de discutirmos e propormos caminhos para uma atuação cada vez mais eficiente para a proteção do direito à saúde.

## 2 - DA ATENÇÃO PRIMÁRIA À SAÚDE – APS – COMO ESTRATÉGIA PRIORITÁRIA PARA A REALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

### 2.1 CONCEITO DE SAÚDE E DIREITO À SAÚDE

Antes de ser socialmente valorada e alcançar o *status* de bem jurídico constitucionalmente tutelado, a saúde é um fenômeno da realidade, analisado e estudado desde os mais remotos tempos. Em breves linhas e naquilo que comporta este espaço, é conveniente lembrar que, na antiguidade, os gregos, afastando-se de concepções místicas da saúde, consideravam-na a partir da relação entre o homem e o ambiente. A saúde era vista como um estado de equilíbrio da pessoa e desta com o meio, ao passo que a doença era considerada como desequilíbrio. Os escritos de Hipócrates, considerado pai da Medicina, trazem considerações sobre as enfermidades endêmicas e epidêmicas.<sup>6,7</sup>

No período romano, pode-se destacar a importância das intervenções realizadas no ambiente, em especial a drenagem de pântanos, vistos como propagadores de doenças, ainda que desconhecidos os agentes causais específicos. Também, convém destacar a importância das ações realizadas para a canalização e suprimento de água para as cidades.<sup>8</sup>

Na Idade Média, o protagonismo do poder da Igreja influenciou os estudos sobre a saúde e a doença<sup>9</sup>. Nesse contexto, as explicações místicas voltaram a ser invocadas, sendo que doença e pecado, saúde e virtude, passaram a ser noções correlacionadas. O doente podia ser visto como alguém castigado por Deus e a doença uma possessão ou feitiçaria praticada por inimigos.<sup>10</sup>

---

<sup>5</sup> OLIVEIRA, Luciano Moreira de. *Teoria Jurídica da Atenção Primária à Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

<sup>6</sup> BARATA, Rita de Cássia Barradas. A historicidade do conceito de causa. In ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM SAÚDE COLETIVA; ESCOLA NACIONAL DE SAÚDE PÚBLICA. *Textos de apoio: epidemiologia*. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Saúde Pública, 1985, pp. 14-15.

<sup>7</sup> SCLIAR, Moacyr. *Do mágico ao social: trajetória da saúde pública*. 2ª Ed. São Paulo: SENAC, 2005, pp. 21-22.

<sup>8</sup> ROSEN, George. *Uma história da saúde pública*. Trad. Marcos Fernandes da Silva Moreira e José Ruben de Alcântara Bonfim. 3ª Ed. São Paulo: Hucitec, 2006, p. 40.

<sup>9</sup> SEVALHO, Gil. Uma Abordagem Histórica das Representações Sociais de Saúde e Doença. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 9, n. 3, (jul./set.), pp. 349-363. Disponível em <<https://www.scielosp.org/pdf/csp/1993.v9n3/349-363/pt>>. Acesso 06 jun. 2020, p. 354.

<sup>10</sup> ROSEN, George. *Uma história da saúde pública*, cit., pp. 52-53.

O período do Renascimento foi novamente favorável para o desenvolvimento dos estudos sobre a saúde. Entretanto, o pensamento científico emergente convivia com práticas místicas.<sup>11</sup> Assim como nas artes, prevaleceu na saúde a visão humanística, centrada nos indivíduos e se destacaram os estudos sobre o corpo humano, em especial, as observações anatômicas.<sup>12,13,14</sup>

Na sequência, do século XVI ao século XVIII, destaca-se, inicialmente, no contexto da afirmação dos estados nacionais, de caráter absolutista, o avanço de uma visão da saúde como medida de Estado, conferindo respaldo à autoridade nacional. Assim, no território da atual Alemanha, a polícia médica, a par de promover importantes medidas para a saúde pública, tinha forte conteúdo normalizador e limitador de liberdades individuais.<sup>15</sup> No entanto, esse período também foi próspero em contribuir para a implementação de registros sobre vida, morte e estado de saúde das pessoas.<sup>16</sup>

No século XIX, o olhar para o processo saúde-doença voltou-se, novamente, para o ambiente. Porém, o ambiente já não se limitava aos aspectos físicos e biológicos. Se, por um lado, a teoria miasmática imputava às emanações pútridas do solo e das águas a ocorrência de doenças<sup>17</sup>, por outro lado, as condições de vida e trabalho também ganharam destaque em um contexto de precariedade e insalubridade das moradias, dos locais de trabalho e das cidades em geral.<sup>18</sup> Rudolf Virchow, atuante nesse período, ficou conhecido como um dos fundadores da medicina social. Esse importante cientista “procurou estabelecer um nexos entre epidemias e desigualdades sociais”.<sup>19</sup>

No entanto, a partir do final do século XIX e início do século XX, as descobertas dos agentes causadores de doenças infecciosas, como a tuberculose, por Koch, foram responsáveis por uma profunda mudança na compreensão do processo saúde-doença. Com efeito, da causalidade complexa da medicina social e abstrata da teoria miasmática, passou-se à compreensão de que cada doença possui um agente etiológico por ela responsável. Trata-se do modelo unicausal e do paradigma bacteriológico, que teve um importante papel para o avanço da medicina. Assim, enquanto à luz da medicina social e do paradigma miasmático, a prevenção de doenças dependia de intervenções sobre o ambiente como a drenagem de pântanos, da melhoria das condições de salubridade nos ambientes de trabalho e de moradia, com o advento do paradigma bacteriológico as principais intervenções para prevenção e tratamento das doenças passaram a ser as vacinas e os antibióticos. De fato, experimentou-se um importante avanço no manejo das doenças infecciosas, com benefícios para a prevenção de mortes evitáveis e o aumento das expectativas de vida.<sup>20</sup>

Contudo, por ser reducionista e afastar da apreciação do campo da saúde as condições de vida e de trabalho, com o tempo o paradigma bacteriológico revelou suas limitações. Assim, se por um lado o modelo funciona bem para explicar e propor o manejo de doenças infecciosas, por outro, não consegue esclarecer as causas das doenças crônicas, como as doenças do sistema vascular, os diversos tipos de câncer e os transtornos mentais, por exemplo, cuja ocorrência nos indivíduos e populações precisa ser atribuída a diversos fatores, ou seja, são agravos multicausais. Na realidade, mesmo para as doenças infecciosas, o paradigma bacteriológico, ao desprezar considerações sobre o ambiente e reduzir o ser humano à sua dimensão biológica, não atende, em especial, à necessidade de promoção de medidas que possam beneficiar a saúde coletiva.<sup>21</sup>

Em sintonia com a noção de que a saúde e o bem-estar dependem de um conjunto amplo de fatores, por um lado, a Organização Mundial da Saúde – OMS, no preâmbulo de sua Constituição, considera que “a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”<sup>22</sup> e, por outro, a Declaração Universal dos Direitos Humanos prevê que “todo ser humano tem direito

<sup>11</sup> SCLIAR, Moacyr. *Do mágico ao social: trajetória da saúde pública*, cit., p. 39

<sup>12</sup> SCLIAR, Moacyr. *Do mágico ao social: trajetória da saúde pública*, cit., p. 44.

<sup>13</sup> ROSEN, George. *Uma história da saúde pública*, cit., p. 62.

<sup>14</sup> PINTO JÚNIOR, Vitor Laerte. Introdução ao Pensamento Epidemiológico. *Revista de Medicina e Saúde de Brasília*, v. 7, n.1, (2018), p. 163.

<sup>15</sup> SCLIAR, Moacyr. *Do mágico ao social: trajetória da saúde pública*, cit., pp. 49 e 52-53

<sup>16</sup> SUSSER, Mervyn; SUSSER, Ezra. Choosing a Future for Epidemiology: I. Eras and Paradigms. *American Journal of Public Health*, v. 86, n. 5, (May 1996), p. 668.

<sup>17</sup> SUSSER, Mervyn; SUSSER, Ezra. Choosing a Future for Epidemiology: I. Eras and Paradigms, cit., p. 669.

<sup>18</sup> NUNES, Everardo Duarte. Saúde coletiva: uma história recente de um passado remoto. In CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa et al. *Tratado de saúde coletiva*. 2ª Ed. São Paulo: Hucitec Editora, 2014, p. 18.

<sup>19</sup> SCLIAR, Moacyr. *Do mágico ao social: trajetória da saúde pública*, cit., p. 67.

<sup>20</sup> ROSEN, George. *Uma história da saúde pública*, cit., pp. 221-222.

<sup>21</sup> SUSSER, Mervyn; SUSSER, Ezra. Choosing a Future for Epidemiology: I. Eras and Paradigms, cit., p. 670.

<sup>22</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Constituição da Organização Mundial da Saúde. Assembleia-Geral das Nações Unidas, 22 de julho de 1.946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 07 jun. 2.020.

---

a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive *alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança* em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle”<sup>23</sup>

Portanto, nos dias atuais, é necessário reconhecer que a manutenção da saúde e a ocorrência de doenças são eventos complexos, dependentes de múltiplos fatores individuais – biológicos e psicológicos – e coletivos, abrangendo o ambiente natural e as condições de vida e trabalho, isto é, fatores determinantes sociais.<sup>24</sup> Não é possível considerar a ocorrência de doenças sob perspectiva estritamente biológica, em um plano a-histórico, desvinculando o indivíduo de seu meio. Essa perspectiva é incapaz de dar conta da complexidade da vida e apresentar respostas, em especial, aos problemas coletivos da saúde pública.

Por outro lado, a consciência sobre a importância da saúde para as pessoas, os impactos das doenças para as vidas dos indivíduos e de suas famílias e sobre a diversidade de fatores que influenciam os modos de vida das pessoas contribuíram bastante para que o tema passasse a ter relevância para o direito e, mais adiante, pudesse ser considerado um direito.<sup>25</sup> Com efeito, pouco a pouco as sociedades perceberam que a saúde não pode ser tratada como responsabilidade exclusiva do indivíduo e que possui uma clara e importante dimensão coletiva a desafiar a atuação do Estado.

Nesse sentido, já no final do século XIX, Bismarck propôs um seguro social de doença, baseado em contribuições de empregados e empregadores, responsável pela disponibilidade de uma rede de serviços de saúde para seus segurados. É o chamado modelo de seguro social ou bismarckiano, ainda hoje presente na Alemanha.<sup>26</sup> Aliás, a previsão do dever estatal pela promoção de uma rede de serviços de saúde está presente na Constituição alemã de 1919, marco jurídico do advento do Estado Social de Direito.

Após a segunda guerra mundial, com suas populações fortemente impactadas pelas consequências do conflito, os países europeus implementaram políticas públicas voltadas para o fortalecimento da proteção social. Consequentemente, o fortalecimento dos sistemas de saúde acompanhou esse movimento.

Assim, o Reino Unido, de forma pioneira, previu um sistema de saúde universal, *National Health Service* (NHS), responsável por assegurar atenção à saúde a todas as pessoas, conforme sua necessidade, independentemente da capacidade de pagamento. O financiamento do NHS é realizado com a receita de impostos incidentes sobre toda a sociedade. Ainda que tenha passado por reformas, o NHS permanece íntegro em relação às suas premissas e propósitos originais.<sup>27</sup>

A consciência da relevância da saúde, como se vem de expor, conduziu a um movimento de reconhecimento da saúde como direito. Não se trata de um direito a ser saudável, mas de fruir ações e serviços que, individual e coletivamente, contribuam para a promoção da saúde, a prevenção de doenças, o tratamento, reabilitação e cuidados paliativos das pessoas, segundo sua necessidade.

No âmbito internacional, destaca-se, uma vez mais, o preâmbulo da Constituição da OMS, que enuncia que “gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social”<sup>28</sup>

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, já ratificado pelo Brasil (Decreto nº 591/1992) e por diversos outros países, dispõe sobre o direito à saúde:

#### ARTIGO 12

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.
2. As medidas que os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:

---

<sup>23</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Assembleia-Geral das Nações Unidas, 10 de dezembro de 1.948. Disponível em: <[https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf)>. Acesso: 31 mai. 2020.

<sup>24</sup> BUSS, Paulo Marchiori; PELLEGRINI FILHO, Alberto – «A saúde e seus Determinantes Sociais», cit., p. 78.

<sup>25</sup> ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da saúde*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014, p. 10.

<sup>26</sup> LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa; GIOVANELLA, Lígia. Sistemas de saúde: origens, componentes e dinâmica. In GIOVANELLA, Lígia, et al. *Políticas e sistema de saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2009, p. 116.

<sup>27</sup> LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa; GIOVANELLA, Lígia. Sistemas de saúde: origens, componentes e dinâmica, cit., p. 119.

<sup>28</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Constituição da Organização Mundial da Saúde, cit.

- a) A diminuição da mortinatalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças;
- b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente;
- c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças;
- d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.<sup>29</sup>

Tanto o tratamento conferido pelo Pacto Internacional de Direitos, como a disciplina da Constituição de 1988, já referida na introdução, são abrangentes e não permitem uma interpretação que limite o direito a uma visão estreita, biomédica. Aliás, o correspondente dever do Estado previsto no texto constitucional do art. 196 é de *promover “políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”*.

Portanto, é necessário que o operador do direito compreenda que o estado de saúde é influenciado por aspectos individuais e coletivos, biológicos, psicológicos, ambientais, sociais, culturais, econômicos, políticos, entre outros. Ao se tutelar a saúde pelo direito, não é possível reduzi-la a uma dimensão menor e apartada da realidade.

Tratando-se de um estado de extrema relevância e que, em verdade, é pressuposto para o exercício de diversos outros direitos fundamentais<sup>30</sup>, o acesso a ações e serviços de saúde precisa ser garantido de forma universal, com equidade, independentemente da capacidade de pagamento.

Dessa forma, velar pela efetividade do direito à saúde exige do operador do direito a compreensão do fenômeno e de toda a sua complexidade, assim como dos princípios que estão consagrados no texto constitucional e que consubstanciam uma dada concepção de saúde e não qualquer outra ao livre sabor das forças políticas e dos operadores do direito.

## 2.2 ATENÇÃO PRIMÁRIA À SAÚDE - APS

Ainda que outros conceitos de saúde diversos daquele proposto pela OMS possam ser apresentados, é necessário reafirmar que, a partir do estudo das doenças crônicas, não é possível conceber um conceito de saúde que venha a reduzi-la à dimensão biológica individual. Como consequência disso, as políticas públicas e os sistemas de saúde – conjunto de ações e serviços que articulam normas, instituições, recursos materiais e recursos humanos para promover medidas individuais e coletivas de promoção à saúde, prevenção de doenças, tratamento, reabilitação, cuidados paliativos e outros – precisam estabelecer estruturas capazes de satisfazer amplamente às necessidades da população, seja no plano individual ou coletivo, traduzindo em redução da mortalidade, melhoria da expectativa de vida e outros aspectos o impacto de suas ações.

O desafio de implementar sistemas de saúde capazes de conferir acesso a todos, independentemente de sua capacidade financeira, a ações e serviços de saúde abrangentes e capazes de satisfazerem as necessidades individuais e coletivas requer, para além da disponibilidade de fontes suficientes e estáveis de financiamento e o estabelecimento de redes de serviços, a concepção de políticas públicas eficientes e eficazes, custo-efetivas, culturalmente competentes e que estejam próximas das pessoas.

De longa data o tema é objeto de reflexões e de estudos. O Relatório Dawson, proposto ao governo inglês em 1920, já sugeria a organização dos serviços que integram os sistemas de saúde em níveis de atenção diversos, com especialização crescente. Assim, o sistema deveria ter um conjunto de serviços ambulatoriais, de primeiro nível, responsável pelo primeiro contato com os usuários e competente para atender os casos mais comuns. Ademais, os sistemas de saúde deveriam dispor de centros de saúde secundários, serviços domiciliares, serviços

<sup>29</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Assembleia-Geral das Nações Unidas, 19 de dezembro de 1966. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm)>. Acesso: 31 mai. 2020.

<sup>30</sup> VENKATAPURAM, Sridhar. Health, vital goals and human capabilities. *Bioethics*, v. 27, n.5, (2013), p. 272.

---

suplementares e hospitalares. Essa lógica de organização teria o escopo de racionalizar o uso dos serviços especializados, incumbindo ao primeiro nível exercer o papel de filtro das demandas.<sup>31</sup>

Contudo, o grande marco para a sistematização e difusão das práticas da APS foi a Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, realizada em Alma Ata, em 1978. O relatório do encontro exerceu uma grande influência sobre as políticas públicas de diversos países. Isso porque a Declaração de Alma-Ata partiu do pressuposto de que a saúde é um direito fundamental e responsabilidade dos Estados, tendo a atenção primária um papel decisivo para a efetivação desse direito.

A Declaração de Alma-Ata define:

Os cuidados primários de saúde são *cuidados essenciais de saúde* baseados em métodos e tecnologias práticas, *cientificamente bem fundamentadas e socialmente aceitáveis*, colocadas ao *alcance universal* de indivíduos e famílias da comunidade, mediante sua plena participação e a um custo que a comunidade e o país podem manter em cada fase de seu desenvolvimento, no espírito de autoconfiança e autodeterminação. Fazem parte integrante tanto do sistema de saúde do país, do qual constituem a *função central* e o *foco principal*, quanto do desenvolvimento social e econômico global da comunidade. Representam o *primeiro nível de contato* dos indivíduos, da família e da comunidade com o sistema nacional de saúde pelo qual os cuidados de saúde são levados o mais proximamente possível aos lugares onde pessoas vivem e trabalham, e constituem o primeiro elemento de um continuado processo de assistência à saúde.<sup>32</sup> (grifou-se)

Barbara Starfield, principal referência mundial sobre a APS define como seus principais atributos<sup>33</sup>:

- Ser um serviço de primeiro contato;
- Ser uma fonte regular de atenção ao longo do tempo e independentemente da presença de doença ou enfermidade (longitudinalidade);
- Integralidade;
- Coordenação da atenção.

A OMS, em 2008, publicou seu relatório mundial de saúde reafirmando a importância da atenção primária para a efetividade do acesso à saúde.<sup>34</sup> Em 2018, a Conferência de Astana, no marco dos 40 anos da Declaração de Alma-Ata, buscou ratificar os princípios desta última e defender uma APS que:

- (1) empodere as pessoas e as comunidades para que sejam autoras de sua própria saúde, defensoras das políticas que a promovem e a protegem e, ainda, corresponsáveis pela construção da saúde e dos serviços sociais que para ela contribuem;
- (2) abordem os determinantes sociais, econômicos, ambientais e comerciais da saúde através de políticas com base em evidências e ações em todos os setores; e
- (3) assegure uma saúde pública e uma atenção primária fortes ao longo de toda a vida das pessoas, como núcleo fundamental da prestação integrada de serviços.<sup>35</sup>

---

<sup>31</sup> REINO UNIDO. Informe Dawson sobre el futuro de los servicios médicos y afines, 1920. Trad. Oficina Sanitaria Panamericana. Washington: Organización Panamericana de la salud, 1964. Disponível em: <<http://hist.library.paho.org/English/SPUB/42178.pdf>>. Acesso: 07 dez. 2018.

<sup>32</sup> DECLARAÇÃO de Alma-Ata. Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, Alma-Ata, URSS, 6 a 12 de setembro de 1978. Disponível em: <<https://opas.org.br/declaracao-de-alma-ata/>>. Acesso: 30 mai. 2020.

<sup>33</sup> STARFIELD, Barbara. *Atenção primária: equilíbrio entre necessidades de saúde, serviços e tecnologia*. Brasília: UNESCO, Ministério da Saúde, 2002, pp. 62-63. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001308/130805por.pdf>>. Acesso 29 jun. 2016.

<sup>34</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Relatório mundial de saúde 2008. Cuidados de saúde primários: agora mais que nunca*. Trad. Maria Cristina Moniz Pereira, Fátima Hipólito, Paulo Ferrinho. Lisboa: Alto Comissariado da Saúde, 2008. Disponível em <[http://www.who.int/whr/2.008/whr08\\_pr.pdf](http://www.who.int/whr/2.008/whr08_pr.pdf)>. Acesso em: 29 jun. 2016.

<sup>35</sup> DECLARATION of Astana. Global Conference on Primary Health Care, Astana, Cazaquistão, 25 a 26 de outubro de 2018. Disponível em: <<https://www.who.int/docs/default-source/primary-health/declaration/gcphc-declaration.pdf>>. Acesso: 30 dez. 2019.

---

No Brasil, experiências exitosas com a implementação de uma APS robusta e capilarizada nos territórios datam do início da década de 1990. Dos esforços iniciais, voltados para a instituição da função de agentes comunitários de saúde e do desenvolvimento de ações de enfrentamento às doenças infecciosas endêmicas e da mortalidade infantil, avançou-se para uma proposta de APS construída sob o pilar das equipes de saúde família, multidisciplinares e multiprofissionais, abrangentes e com competência para atender às principais necessidades de saúde da população. Diversos estudos apontam o êxito da estratégia de APS brasileira e seu impacto na redução da redução da mortalidade infantil e está associada à redução da mortalidade em adultos por doenças vasculares e cerebrovasculares, à redução das hospitalizações por condições sensíveis à atenção primária e à redução de complicações decorrentes de condições crônicas, com diabetes.<sup>36</sup>

Segundo o art. 11 do Decreto nº 7508/11, cabe a APS ordenar o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de saúde. A Política Nacional de Atenção Básica reconhece a importância dos cuidados primários e propõe sua definição como porta de entrada preferencial do sistema de saúde, responsável por assegurar cuidado integral e continuado para a população, de caráter individual ou coletivo, desde a promoção à saúde e prevenção de doenças, até a assistência, reabilitação e cuidados paliativos, devendo ser resolutiva ao abordar as condições de saúde mais comuns. Estima-se que 80% das necessidades de saúde de uma população podem ser satisfeitas na APS.<sup>37</sup>

### 2.3 O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

No exercício de sua missão constitucional, cabe ao Ministério Público velar pela efetividade do direito à saúde. Agindo como órgão independente aos demais poderes do Estado, no exercício de sua função de controle, deve a instituição velar para que o dever estatal de implementar políticas públicas para o acesso à saúde da população seja cumprido.

Grande motivo de tensão para as relações entre o Ministério Público e os demais poderes é o descompasso entre o direito fundamental previsto na Constituição e disciplinado na legislação sanitária e a realidade do dia a dia. Sem desmerecer todas as conquistas de cidadania protagonizadas pelo SUS ao longo de mais de três décadas e, mais recentemente, a demonstração de força e solidez no enfrentamento a COVID-19, não são raros os casos de denegação de direitos em concreto. Muitos dos constrangimentos, claro, podem ser imputados ao histórico subfinanciamento do sistema e também ao desfinanciamento de que vem sendo alvo desde as reformas implementadas pela EC nº 86 e EC nº 95.

Contudo, cabe ao Ministério Público, no exercício de seus misteres constitucionais, velar pela proteção do direito fundamental à saúde, papel este reconhecido no âmbito do sanitário brasileiro. Nessa linha, o relatório final da IX Conferência Nacional da Saúde propôs a atuação do Ministério Público com rigor em busca do cumprimento da Constituição e da legislação pertinente à seguridade social.

No entanto, a atuação do Ministério Público deve estar ancorada na situação fática que conforma o estado de saúde da população, em uma concepção de saúde abrangente, capaz de lidar com a complexidade de fatores que influenciam o processo saúde-doença e, afinal, com os princípios e regras constitucionais. Assim, mesmo assegurando respeito ao princípio da independência funcional (art. 127, §1º da Constituição), não se pode admitir que seja dado ao membro do Ministério Público, no exercício de suas atribuições sanitárias, promover medidas que sejam dissociadas dos parâmetros constitucionais.

---

<sup>36</sup> “Evidence suggests that the FHS provides better access and quality and results in greater user satisfaction than do traditional health posts and centers or even some private-sector health care facilities. Numerous studies have shown that FHS expansion has resulted in improvements in children’s health, including large and sustained reductions in infant mortality, and in particular, post-neonatal mortality due to diarrhea and respiratory infections. Among adults, FHS expansion has been associated with reduced mortality from cardiovascular and cerebrovascular causes, large reductions in hospitalization rates for ambulatory-care-sensitive conditions, and reduced rates of complications from some chronic conditions such as diabetes. Over the past decade, expansion of the family health program from its initial focus on poorer-than-average municipalities and regions has played an important role in reducing inequities in access to and utilization of care. There is also evidence that the FHS has improved detection of cases of neglected tropical diseases, reduced disparities in oral health, and even enhanced reporting of vital statistics.” Mais adiante, o autor ainda ressalta que a ESF é, aparentemente, extremamente custo-efetiva: “The FHS appears to be extremely cost-effective: Brazil currently spends about \$50 annually per person on the program.” MACINKO, James; HARRIS, Matthew J. Brazil’s Family Health Strategy – Delivering community-based primary care in a universal health system. *The New England Journal of Medicine*, n. 372, (Jun. 2015), pp. 2179-2180. Disponível em: <<http://www.nejm.org/doi/pdf/10.1056/nejmp1501140>>. Acesso: 30 jun. 2015.

<sup>37</sup> SOLLA, Jorge; CHIORO, Arthur. Atenção ambulatorial especializada. In GIOVANELLA, Lígia, et al. *Políticas e Sistemas de Saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2.009, p. 628.

---

A título de orientação, remete-se o leitor para o Plano Nacional de Atuação Ministerial em Defesa da Saúde, elaborado pela Comissão Permanente de Direito à Saúde – COPEDS – do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União, na sua primeira versão, de 2006, e na versão revisada, de 2017.<sup>38</sup> Os documentos propõem que o Ministério Público brasileiro deve priorizar a atuação coletiva na área da saúde e destacar a atenção primária, os cuidados preventivos e a atenção necessária para as populações mais vulneráveis.

Por seu turno, o Conselho Nacional do Ministério Público expediu a Recomendação nº 68/2018, que “sugere parâmetros para a atuação do Ministério Público no dever constitucional de defesa do acesso e da qualidade da Atenção Básica de Saúde e na execução das atividades relacionadas à Ação Nacional da Saúde”.

Em Minas Gerais, o Plano Estratégico do Ministério Público, instrumento integrante de seu planejamento estratégico 2020-2029, estabelece, dentre os objetivos prioritários para a área de atuação de defesa da saúde contribuir para o fortalecimento e expansão da rede de atenção básica em saúde, por meio da promoção de ações para o regular funcionamento dos equipamentos de atenção básica de saúde e da avaliação da composição das equipes de atenção básica de saúde.<sup>39</sup>

Dessa forma, reconhecendo-se as dificuldades de atuação dos membros do Ministério Público na área da saúde, especialmente aqueles sem especialização e que acumulam outras atribuições, e a necessidade de respeito ao princípio da independência funcional, mostra-se necessário, para que a instituição bem se desincumba do dever constitucional de proteção do direito à saúde, conferir prioridade para a promoção de medidas visando a efetivação e a resolutividade da APS, conforme proposta do planejamento estratégico.

### 3 - CONCLUSÃO

Sem prejuízo do respeito à independência funcional, deve o membro do Ministério Público priorizar, no exercício de suas atribuições de proteção do direito à saúde, a promoção de medidas para contribuir para o fortalecimento e expansão da rede de atenção primária à saúde.

### 4 - REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *O Ministério Público e o Direito em épocas extraordinárias*. Disponível em: <<https://ammp.org.br/o-ministerio-publico-e-o-direito-em-epocas-extraordinarias/>>. Acesso em: 05 jul. 2022.

BARATA, Rita de Cássia Barradas. A historicidade do conceito de causa. In ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM SAÚDE COLETIVA; ESCOLA NACIONAL DE SAÚDE PÚBLICA. *Textos de apoio: epidemiologia*. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Saúde Pública, 1.985, pp. 13-27.

DECLARAÇÃO de Alma-Ata. Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, Alma-Ata, URSS, 6 a 12 de setembro de 1.978. Disponível em: <<https://opas.org.br/declaracao-de-alma-ata/>>. Acesso: 30 mai. 2020.

DECLARATION of Astana. Global Conference on Primary Health Care, Astana, Cazaquistão, 25 a 26 de outubro de 2.018. Disponível em: <<https://www.who.int/docs/default-source/primary-health/declaration/gcphc-declaration.pdf>>. Acesso: 30 dez. 2.019.

ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da saúde*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014, p. 10.

---

<sup>38</sup> Disponíveis em: <https://saude.mppr.mp.br/pagina-7.html> e [https://pcd.mppr.mp.br/arquivos/File/Plano\\_Nacional\\_de\\_Atucdo\\_MP\\_na\\_Area\\_da\\_Saude.pdf](https://pcd.mppr.mp.br/arquivos/File/Plano_Nacional_de_Atucdo_MP_na_Area_da_Saude.pdf)

<sup>39</sup> Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/portal/menu/conheca-o-mpmg/planejamento-institucional/planejamento-estrategico.shtml>

- 
- LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa; GIOVANELLA, Lígia. Sistemas de saúde: origens, componentes e dinâmica. In GIOVANELLA, Lígia, et al. *Políticas e sistema de saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2009, p. 116.
- MACINKO, James; HARRIS, Matthew J. Brazil's Family Health Strategy – Delivering community-based primary care in a universal health system. *The New England Journal of Medicine*, n. 372, (Jun. 2015), pp. 2.177-2.181. Disponível em: <<http://www.nejm.org/doi/pdf/10.1056/nejmp1501140>>. Acesso: 30 jun. 2015.
- NUNES, Everardo Duarte. Saúde coletiva: uma história recente de um passado remoto. In CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa et al. *Tratado de saúde coletiva*. 2ª Ed. São Paulo: Hucitec Editora, 2.014, pp. 17-37.
- OLIVEIRA, Luciano Moreira de. *Teoria Jurídica da Atenção Primária à Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.
- OLIVEIRA, Luciano Moreira de. *Ministério Público e políticas de saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Assembleia-Geral das Nações Unidas, 10 de dezembro de 1.948. Disponível em: <[https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf)>. Acesso: 31 mai. 2020.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Assembleia-Geral das Nações Unidas, 19 de dezembro de 1966. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm)>. Acesso: 31 mai. 2020
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Relatório mundial de saúde 2008. Cuidados de saúde primários: agora mais que nunca*. Trad. Maria Cristina Moniz Pereira, Fátima Hipólito, Paulo Ferrinho. Lisboa: Alto Comissariado da Saúde, 2.008. Disponível em <[http://www.who.int/whr/2.008/whr08\\_pr.pdf](http://www.who.int/whr/2.008/whr08_pr.pdf)>. Acesso em: 29 jun. 2016
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Constituição da Organização Mundial da Saúde. Assembleia-Geral das Nações Unidas, 22 de julho de 1.946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 07 jun. 2.020.
- PINTO JÚNIOR, Vítor Laerte – «Introdução ao Pensamento Epidemiológico». *Revista de Medicina e Saúde de Brasília*, v. 7, n.1, (2.018), pp. 159-171.
- PROENÇA, Luis Roberto. Participação do Ministério Público no Processo Civil nos Estados Unidos da América. In.: FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo (Org.). *Ministério Público: Instituição e Processo*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1999, pp. 211-228
- REINO UNIDO. Informe Dawson sobre el futuro de los servicios médicos y afines, 1920. Trad. Oficina Sanitaria Panamericana. Washington: Organización Panamericana de la salud, 1964. Disponível em: <<http://hist.library.paho.org/English/SPUB/42178.pdf>>. Acesso: 07 dez. 2018.
- ROSEN, George. *Uma história da saúde pública*. Trad. Marcos Fernandes da Silva Moreira e José Ruben de Alcântara Bonfim. 3ª Ed. São Paulo: Hucitec, 2006.
- SCLIAR, Moacyr. *Do mágico ao social: trajetória da saúde pública*. 2ª Ed. São Paulo: SENAC, 2005.
- SEVALHO, Gil. Uma Abordagem Histórica das Representações Sociais de Saúde e Doença. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 9, n. 3, (jul./set.), pp. 349-363. Disponível em <<https://www.scielo.org/pdf/csp/1993.v9n3/349-363/pt>>. Acesso 06 jun. 2020.
- SOLLA, Jorge; CHIORO, Arthur. Atenção ambulatorial especializada. In GIOVANELLA, Lígia, et al. *Políticas e Sistemas de Saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2.009.

---

STARFIELD, Barbara. *Atenção primária: equilíbrio entre necessidades de saúde, serviços e tecnologia*. Brasília: UNESCO, Ministério da Saúde, 2002, pp. 62-63. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001308/130805por.pdf>>. Acesso 29 jun. 2016.

SUSSER, Mervyn; SUSSER, Ezra. Choosing a Future for Epidemiology: I. Eras and Paradigms. *American Journal of Public Health*, v. 86, n. 5, (May 1.996), p. 668.

VENKATAPURAM, Sridhar. Health, vital goals and human capabilities. *Bioethics*, v. 27, n.5, (2013), pp. 271-279.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. A participação do Ministério Público no Processo Civil. In.: FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo (Org.). *Ministério Público: Instituição e Processo*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1999, pp. 162-210.

## Do reconhecimento judicial de filiação socioafetiva e registro dos filhos havidos por inseminação artificial caseira

MARCELO AUGUSTO RODRIGUES MENDES<sup>1</sup>

*Promotor de Justiça da Comarca de Juiz de Fora*

### SUMÁRIO

- 1 - SÍNTESE DOGMÁTICA DA PROPOSIÇÃO
- 2 - CONSIDERAÇÕES FINAIS
- 3 - PROPOSTA DE ENUNCIADO
- 4 - REFERÊNCIAS

### I - SÍNTESE DOGMÁTICA DA PROPOSIÇÃO

Nos tempos atuais, a família contemporânea vem passando por alterações substanciais na sua formação, podendo ser apontadas como responsáveis por essas mudanças, dentre outras causas, a evolução tecnológica e o progresso da engenharia genética.

Cumprir destacar aqui a chamada família ectogenética: aquela com filhos decorrentes das técnicas de reprodução assistida. Tais técnicas possibilitam que casais inférteis, estéreis ou homossexuais tenham filhos do seu patrimônio genético ou decorrentes de material genético de terceiros. As modalidades podem variar entre inseminações artificiais homólogas (material genético do próprio casal), heteróloga (material genético oriundo de um terceiro) e o útero de substituição (modalidade na qual uma mulher gera em seu útero filho de outra ou para outra, conhecido popularmente como barriga de aluguel).

A denominada inseminação artificial utilizando-se de técnica “caseira” tem-se mostrado um procedimento cada vez mais empregado por casais que não podem engravidar e que consiste na recepção de esperma doado, introduzido por meio de seringa, sem qualquer contato físico entre doador e receptora.

Tal prática surge como uma resposta imediata aos custos elevados da reprodução medicamente assistida e se tornou uma via alternativa para casais homoafetivos que demandariam a doação de gametas para execução de seu projeto parental. Referida modalidade é também executada por pessoas solteiras ou viúvas, que optam pela realização de projetos monoparentais, ou, ainda, por casais heteroafetivos com dificuldades biológicas para a procriação.

No Brasil, a doação de material germinativo é permitida e disciplinada deontologicamente pela Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, a qual determina que seja mantido o anonimato do doador, de modo que o procedimento assistido seja executado por profissionais especializados, com o aparato de uma clínica responsável pela captação dos gametas, por um diagnóstico dos mesmos e pela posterior implantação.

---

<sup>1</sup> Promotor de Justiça titular da 4ª Promotoria de Justiça da Comarca de Juiz de Fora, Mestrando em Direitos Humanos – UFRJ.

---

Na inseminação artificial em casais heterossexuais, independente da técnica utilizada, a possibilidade de o registro da criança ser realizado diretamente, em nome do casal proponente do projeto parental, já se mostra pacificada. Contudo, no que concerne os casais homoafetivos, fazia-se necessária a busca da via judicial para obtenção de autorização para efetivação do registro da criança em nome do casal solicitante. Vale destacar que para essa situação o Provimento 63/2017 do CNJ fixou as regras para o registro de filhos de casais homoafetivos nascidos pela técnica de reprodução assistida, tornando dispensável a via judicial.

Ocorre que ainda resta ausente de regulamentação a dupla maternidade em nascimento de criança gerada por autoinseminação, vulgarmente conhecida como inseminação caseira, que se verifica quando duas mulheres decidem ter um filho com material genético masculino de um doador (anônimo ou não), introduzindo referido material no útero de uma delas, que será a parturiente, cujo nome constará da Declaração de Nascido Vivo (DNV) fornecida pelo hospital. Em verdade, nesta hipótese, como a inseminação foi efetuada de forma caseira, elas não terão a declaração, com firma reconhecida, do médico diretor da clínica onde teria sido realizado o procedimento, documento esse constante do rol determinado pelo art. 17 do Provimento 63/2017 CNJ. Desse modo, somente através de uma determinação judicial revela-se possível implementar o registro de nascimento da criança em nome das duas mães, autoras daquele projeto parental.

Desde logo, impõe-se advertir que a constituição de família ultrapassa questões meramente biológicas de conservação da espécie, assim não podendo ser analisadas apenas à luz das propriedades reprodutivas pertinentes ao gênero humano.

Lado outro, não há qualquer norma que proíba a inserção de duas mães no registro de nascimento de uma criança, sendo possível tal fato baseado na socioafetividade e no princípio da igualdade.

Com efeito, a reprodução assistida e a filiação socioafetiva constituem novas bases fáticas para incidência do preceito “ou outra origem”, assim previsto no artigo 1.593 do Código Civil Brasileiro.

A respeito dessa matéria, inclusive, o Supremo Tribunal Federal<sup>2</sup>, em sede de Repercussão Geral ao julgar o mérito do RE 898.060/SC, sob a relatoria do min. Luiz Fux, assentou que

a compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais, (ii) pela descendência biológica ou (iii) pela afetividade”, incluindo no polo de discussões as questões da parentalidade socioafetiva e da reprodução assistida.

Nesse contexto, a denominada dupla maternidade espelha a concretização do princípio da igualdade e a inclusão social de uma parcela da sociedade marginalizada, com o resgate da dignidade de todos, na medida em que se asseguram à prole oriunda destas unidades familiares todos os direitos já concedidos àquelas provenientes da família constituída por um casal heteroafetivo.

De fato, o registro de nascimento da criança deverá retratar a sua realidade social, o que, na hipótese ora sustentada, significa consagrar no papel a situação fática de que a prole foi desejada, amada e criada por duas mães que idealizaram o projeto parental.

Ademais, ostentar a condição de pai ou mãe, nos padrões atuais, não é apenas o estado decorrente de um vínculo biológico, mas o exercício de um papel familiar humanizado, focado na instrução, amparo, carinho, proteção e educação das crianças e adolescentes.

Negar à prole advinda dessas unidades familiares o direito ao registro representaria uma afronta aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, na medida em que o mesmo direito já é concedido àquela proveniente da família constituída por um homem e uma mulher.

Vale lembrar que o caput do artigo 226 da Constituição Federal de 1988 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado, não limitando sua formação a casais heteroafetivos nem condicionando-a a qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa.

---

<sup>2</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 898.060/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 21/09/2016, Plenário, DJe de 24/08/2017.

---

Por fim, impõe-se ressaltar que o deferimento do registro de duas mães no assento de nascimento da criança não obstaculizará eventual discussão judicial sobre a paternidade biológica desta, já que o estado de filiação consiste em direito personalíssimo, indisponível e imprescritível.

O Provimento 63/2017 do CNJ possibilitou o reconhecimento extrajudicial das filiações socioafetivas e o consequente registro dos filhos havidos por métodos de reprodução assistida, mas não tratou da autoinseminação. Todavia, a inexistência de legislação regulamentando os efeitos jurídicos das inseminações ditas como “caseiras” não obsta a inclusão do nome de duas genitoras no registro de nascimento da criança, estando referida inserção fundada nos princípios da igualdade e da socioafetividade para que a constituição familiar receba a devida tutela do Estado.

Sobre o tema, ensina Maria Berenice Dias<sup>3</sup>:

É cada vez mais comum casais homossexuais fazerem uso de bancos de material reprodutivo, firmando ambos termo de consentimento informado. Gays utilizam o sêmen de um ou de ambos para fecundar uma mulher. Lésbicas extraem o óvulo de uma, que fertilizado in vitro, é implantado no útero da outra, que vem a dar à luz. Não reconhecer que o filho tem dois pais ou duas mães é se deixar levar pelo preconceito. Não cabe tentar encontrar justificativa para afastar a criança de seu lar e da companhia de quem considera seus pais. Tais posturas, além de infringirem o princípio do melhor interesse da criança, que tem direito à convivência familiar, afrontam cânones consagrados constitucionalmente: o direito à liberdade e o respeito à dignidade humana. De outro lado, permitir que exclusivamente o pai biológico tenha um vínculo jurídico com o filho assim gestado é olvidar tudo que vem a justiça construindo através de uma visão mais ampliada da estrutura da família. O Conselho Federal de Medicina expressamente autoriza o uso das modernas técnicas de reprodução assistida aos casais homoafetivos. Como a decisão de ter filhos é do casal, é necessário assegurar, quer aos gays, quer às lésbicas, o direito de proceder ao registro dos filhos no nome do casal. A justiça vem admitindo o duplo registro, mas ainda, e injustificadamente, aguarda o nascimento para deferir o pedido, o que afeta o direito à identidade de quem chega ao mundo.

Lado outro, não se pode olvidar que os vínculos de família são relações de afeto sem distinção de gênero, sendo certo que situações como a ora debatida aqui reclamam uma interpretação mais alinhada com a realidade social.

Diante da contemporaneidade do conceito de entidade familiar, surge a multiparentalidade, como a possibilidade jurídica de constar no registro civil de uma pessoa mais de um pai ou mãe. Ressalta-se que anteriormente a filiação levava em conta tão somente o vínculo biológico, dito legítimo, de modo que apenas os filhos biológicos nascidos no casamento, mereciam a proteção jurídica estatal. No entanto, o artigo 227, § 6º da Constituição equiparou em direitos e qualificações todos os filhos, biológicos ou não, havidos ou não em relação de casamento, vedando qualquer discriminação.

Assim, a multiplicidade de entidades familiares admissíveis viabiliza a constituição de núcleos com mais de uma figura paterna ou materna, não necessariamente biológica, mas afetiva. Acrescente-se ainda que tal vínculo pode gerar nos envolvidos o desejo de expressar afeto formalmente, isto é, registrando esse filho com outros pais ou mães, ensejando a filiação multiparental.

Acerca dessa temática, ensina Maria Goreth Macedo Valadares<sup>4</sup>:

Defende-se sempre que possível a multiparentalidade deve ser reconhecida também nas famílias homoafetivas, representando tais famílias um terreno fértil para a multiparentalidade, quando houver um terceiro envolvido. Ao que tudo indica, o Poder Judiciário conseguiu romper, nessas situações fáticas, o paradigma da biparentalidade heteróloga, no quesito masculino e feminino. Uma dupla de mãe ou uma dupla de pais é algo palpável e real no mundo jurídico.

---

<sup>3</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 10ª edição revista, atualizada e ampliada., São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 408/409.

<sup>4</sup> VALADARES, Maria Goreth Macedo - Multiparentalidade e as novas relações parentais - Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris - 2016 - p.187.

---

Nesse mesmo sentido, colhe-se da jurisprudência do Tribunal da Justiça de Minas Gerais<sup>5</sup>:

EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES - FAMÍLIA - JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA - UNIÃO HOMOAFETIVA - AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO DE DUPLA MATERNIDADE - POSSIBILIDADE - REPRODUÇÃO ASSISTIDA - OBJETIVO FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL - CONSTRUÇÃO DE UMA SOCIEDADE LIVRE JUSTA E SOLIDÁRIA, SEM PRECONCEITO DE QUALQUER NATUREZA - MODERNIZAÇÃO DA CONCEPÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA - RESGATE DA MARGINALIZAÇÃO E INCLUSÃO LEGAL DE GRUPOS DE CONVIVÊNCIA ALTERNATIVA - FATO SUPERVENIENTE - SEPARAÇÃO DO CASAL - IRRELEVÂNCIA. 1 - Dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º) está a construção de uma sociedade livre justa e solidária, com a promoção do bem de todos, sem preconceitos de sexo ou quaisquer outras formas de discriminação; 2 - Não há como negar iguais direitos sociais quanto a filiação tanto nas relações homoafetivas como aquelas dispensadas às uniões heteroafetivas; 3 - De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, foi reconhecida a união homoafetiva, equiparando-a às relações heteroafetivas no que se refere aos direitos sócias de proteção da entidade familiar sob todos os aspectos; 4 - Deve ser assegurado o exercício em igualdade de condições da paternidade/maternidade por ambas as pessoas que constituem a entidade familiar independente de gênero ou sexo; 5- Na reprodução assistida deve ser assegurado a ambos os sujeitos da relação homoafetiva o exercício em igualdade de condições dos direitos advindos da paternidade/maternidade; 6 - À luz da melhor interpretação constitucional, visando tanto a proteção dos interesses dos ascendentes como dos descendentes, assegurados os interesses do infante, consagrados no artigo 100, inciso IV, da Lei nº. 8.069/90, impõe-se o reconhecimento do registro de nascimento para conferir a todos interessados a proteção jurídica, como meio de consagração legal do status desfrutado pelos filhos advindos da entidade familiar; 7- A evolução na interpretação jurídica da concepção da entidade familiar evita a discriminação e marginalização social de grupos de convivência alternativa, tomando em conta o conceito tradicional de entidade familiar; 8 - Ocorrendo a separação do casal homoafetivo, tal fato não interfere na questão da filiação pretendida pelas partes, em pedido de alvará de registro de filiação, sendo que essa questão não pode ser discutida em sede de embargos infringentes, aviados pelas partes, face ao caráter de jurisdição voluntária do pedido. (TJMG - Embargos Infringentes 1.0024.14.313870-9/002, Relator(a): Des.(a) Renato Dresch, 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 21/08/2017, publicação da súmula em 23/08/2017).

Noutro giro, sob a ótica do nascituro envolvido, impõe-se reconhecer seu direito fundamental à identidade, consolidado na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e que pode ainda ser extraído da dicção do artigo 2º do Código Civil pátrio, segundo a qual: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”, sendo lícito asseverar que é do melhor interesse do nascituro ter sua ascendência registrada com o nome das duas mães que poderão prover-lhe os cuidados necessários independentemente do vínculo genético.

Ao fim e ao cabo, negar o direito ao infante de ter seu registro de nascimento com o nome da mãe biológica e da mãe socioafetiva, pelo simples fato de se estar diante de uma inseminação artificial caseira, seria desrespeitar o princípio basilar da dignidade humana.

---

<sup>5</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Embargos Infringentes nº 1.0024.14.313870-9/002, Rel. Desembargador Renato Dresch, 4ª Câmara Cível, julgamento em 21/08/2017, publicação da súmula em 23/08/2017.

---

## II - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pese a falta de regulamentação normativa, a inseminação artificial caseira não se mostra ilícita, devendo-se advertir que a aludida prática genética só se torna ilegal se o sêmen for comprado — uma vez que tanto o Conselho Federal de Medicina (CFM) quanto a Lei de Transplante de Órgãos proíbem a comercialização de gametas.

No plano democrático, é fundamental reconhecer cada vez mais direitos e anseios de todas pessoas, sem contingenciamentos relacionados às condições socioeconômicas ou a orientações sexuais. A regra há de ser o fomento ao exercício da plena liberdade reprodutiva, reconhecida em âmbito constitucional e regulamentada por lei <https://www.migalhas.com.br/coluna/direito-e-bioetica/337129/breves-consideracoes-etico-juridicas-sobre-a-pratica-da-inseminacao-caseira>

De fato, todo ser humano ostenta o direito a ser tratado com igualdade no precioso campo da filiação, entendida como direito personalíssimo, indisponível e imprescritível a teor do disposto no artigo 27 da Lei nº 8.069/90.

Desse modo, sustentamos que o propósito de constituição da família pode sim ser alcançado com a utilização das técnicas de reprodução assistida, inclusive sob a modalidade caseira, não cabendo ao Estado interferir nessa seara da intimidade pessoal para ditar de que forma os filhos serão concebidos, haja vista que o projeto parental é individual e integrativo do conteúdo da personalidade humana.

## III - PROPOSTA DE ENUNCIADO:

“É juridicamente possível o registro civil determinado por sentença judicial de dupla maternidade decorrente de inseminação artificial caseira.”

## IV - REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Embargos Infringentes nº 1.0024.14.313870-9/002, Rel. Desembargador Renato Dresch, 4ª Câmara Cível, julgamento em 21/08/2017, p BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 898.060/SC, Rel. **Ministro Luiz Fux, julgado em 21/09/2016, Plenário, DJe de 24/08/2017** publicação da súmula em 23/08/2017.

DIAS. Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10ª edição revista, atualizada e ampliada., São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 408/409.

PIOVESAN, Flávia **Temas de direitos humanos**. 11ª Edição. Editora Saraiva Educação, 2018, p. 555.

VALADARES. Maria Goreth Macedo - **Multiparentalidade e as novas relações parentais** - Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris - 2016 - p.187.

## SERVIÇOS E POLÍTICAS PÚBLICAS INEFICIENTES: Reflexões sobre o controle dos atos administrativos planejadores pelo Ministério Público

MARCOS PEREIRA ANJO COUTINHO

*Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais*

### 1 - INTRODUÇÃO

A execução ineficiente de serviços e políticas públicas é traço marcante no Brasil.

Saneamento básico precário, estruturação viciada do quadro de pessoal dos entes públicos e a falta de efetividade das mais variadas atividades estatais encontram ponto convergente no falho planejamento administrativo.

A normatividade do planejamento administrativo, nada obstante, é alvo de reduzida atenção doutrinária e jurisprudencial, o que fomenta a existência de **lacunas argumentativas** e **hiatos instrutórios**, na atividade ministerial de fiscalização de atos administrativos e agentes públicos.

### 2 - QUEBRA DA EFICIÊNCIA ESTATAL E O CONTROLE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

#### 2.1 O DIREITO POSITIVO E AS PECULIARIDADES DO RAMO ADMINISTRATIVO

O direito positivo, mesmo contaminado por simulacros normativos provenientes de causas multifatoriais, tende a refletir, de modo geral, os paradigmas políticos, econômicos e sociais de um determinado Estado. Nesse sentido, a título de exemplo, o direito civil atendeu fielmente aos reclames da burguesia, reproduzindo suas visões de mundo.

Diversamente, o direito administrativo traz nuances assimétricas em sua formação e estrutura. É um mito associar seu surgimento à espontânea subordinação do Estado à legalidade, em superação da estrutura de poder do Antigo Regime (Absolutismo).

A utilização de “categorias especiais” do direito administrativo (*v.g.*, supremacia interesse público, prerrogativas da Administração Pública, insindicabilidade do mérito administrativo *etc.*) já era observada no Antigo Regime, apenas com nomenclaturas diversas, inerentes aos direitos do Rei.

O direito administrativo, notadamente o francês, que influenciou o brasileiro, não tem seu nascimento após a queda do Antigo Regime. Não surgiu da vontade do Legislador, sim do “Conseil d’État” (autovinculação do Executivo), a evidenciar a gênese claramente influenciada por velhos paradigmas.

---

“A associação da gênese do direito administrativo ao advento do Estado de direito e do princípio da separação dos poderes na França pós-revolucionária caracteriza erro histórico e reprodução acrítica de um discurso de embotamento da realidade [...]” (BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 11).

## 2.2 O DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO E SEU DISTANCIAMENTO DA CIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO

Somando-se à vetusta gênese influenciadora de nossa formação na seara administrativa, que, como visto, remontava ao Antigo Regime, no Brasil, foi observado, além da herança patrimonialista ibérica e da negativa ingerência dos ciclos de pobreza nacionais, a ruptura severa entre esse ramo e a Ciência da Administração.

Atribui-se tal fato à influência da Escola do Método Jurídico, de Otto Mayer, que fomentou o tratamento hermético do Direito Administrativo, em repulsa ao Método Exegético, que homenageava a visão compartilhada da ciência jurídica.

Tais fenômenos facilitam a concretização de olhar superficial para o aprofundamento normativo da gestão pública, da boa administração, potencializando no Brasil os hiatos jurídicos-dogmáticos sobre boa governança e planejamento administrativo, no âmbito do direito administrativo.

## 2.3 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS-ADMINISTRATIVOS. ESTADO DA ARTE

Contrariamente ao que é observado no direito europeu (português, espanhol, francês, italiano e convencional), no direito brasileiro são escassas as abordagens sobre a concepção normativa de boa administração (governança) no setor público e, conseqüentemente, ao planejamento administrativo, entre outras diretrizes.

O tratamento pulverizado e pouco sistemático das normas jurídicas constitucionais brasileiras se opõe à opção metodológica europeia, que a partir da normatização expressa do direito fundamental à boa administração (ou boa governança), no **art. 41 da Carta dos Direitos Fundamentais - Carta de Nice**, ingressou no exame de seus princípios decorrentes.

No Brasil, foi verificado efeito inverso na Constituição de 1988: foram esmiuçados princípios administrativos constitucionais de variados matizes e não se priorizou a análise sistêmica do alicerce teórico da Administração Pública democrática, notadamente em nossos Manuais que formam os bacharéis em Direito.

## 2.4 O DIREITO AO PLANEJAMENTO

O planejamento administrativo pode ser definido como **norma jurídica constitucional** não expressa, mas reconhecida, que decorre do feixe normativo do direito fundamental à governança, **impositiva da atuação planejadora geral, intermediária e detalhada do Estado**.

Num de seus ângulos, o planejamento administrativo é norma jurídica, sem olvidar que, tal como a governança, possui outros significados, como o de técnica gerencial, método da governança corporativa e função administrativa, no âmbito da Ciência da Administração.

O significado de planejamento administrativo não se limita ao dever jurídico estatal de realizar programas amplos e diferidos no tempo, o que se aproxima da concepção do **planejamento estratégico**, com conteúdo genérico e amplo.

Trata, igualmente, do modo como se dá a divisão das atividades estatais, a desconcentração, descentralização, terceirização, repartição de competências, estruturação orgânica e funcional (ligados ao **planejamento tático**, com conteúdo menos genérico e relativamente detalhado).

Também, compreende a própria atividade administrativa ordinária, como filtro antecedente de atos e negócios jurídicos administrativos (**planejamento operacional**, de conteúdo detalhado).

---

A importância do direito ao planejamento, identificado pela doutrina europeia como diretriz próxima ao denominado **princípio da eficácia**, exterioriza-se no seu liame com a organização da máquina pública, a execução das atividades estatais e a destinação dos finitos recursos, funcionando como antecedente lógico direto da eficiência administrativa, outro fator a confirmar a raiz normativa ora defendida. **Argumentos favoráveis à normatividade do planejamento administrativo:** 1) A própria Constituição da República de 1988 tem dimensão jurídica fundamental planejadora. O **art. 3º** é um exemplo. **Art. 5º, § 2º**, contextualizado, permite o mesmo raciocínio. 2) **Diálogo das fontes**. O diálogo entre os ramos do Direito e a legislação infraconstitucional brasileira consolidam o direito ao planejamento em grande número de diplomas, cabendo menção especial à Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, Lei dos Orçamentos; à Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, Lei de Responsabilidade Fiscal, e ao Decreto Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que, ao tratar da organização da Administração Pública federal, trouxe menção expressa a determinadas espécies de planejamento. Planejamento financeiro, planejamento ambiental, planejamento urbanístico. 3) Lacunas provenientes do exame analítico das **funções administrativas do Estado (ângulo negativo)**. A doutrina majoritária decompõe as **funções administrativas ordinárias** em: a) poder de polícia; b) poder de editar regras, produzir decisões e executar a lei; c) serviço público (função prestacional); d) controle; e) fomento estatal e regulação. Observa-se o simulacro que se torna o princípio da eficiência, na medida e que não se trabalha a ideia da **função planejadora estatal. Planejamento vincula e orienta a autoridade pública**. Esse hiato expõe a fraca interdisciplinaridade na seara jurídica administrativa, além de indicar ideia ultrapassada de governo x administração pública (sendo esta responsável pela aplicação mecânica da lei). 4) **Poder discricionário x vinculado**. Na medida em que o intérprete e o texto normativo não mais se encaixam perfeitamente na estrutura sujeito-objeto, o modelo de subsunção (fato-tipo) sofre abalo estrutural, repercutindo nos significados e no próprio binômio ato vinculado/poder discricionário. A ideia do mecanicismo dos atos vinculados, nesse diapasão, é questionada na atualidade. Desde o giro linguístico-pragmático, se fortalece a compreensão de que é indispensável a atuação do intérprete, mesmo no ato vinculado – seja em face da indeterminação de conceitos normativos, seja porque está submetido não apenas aos ditames da lei, mas ao ordenamento jurídico globalmente considerado.

## 2.5. A INSTRUÇÃO DOS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS INVESTIGATÓRIOS NAS INEFICIENTES PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS E POLÍTICAS PÚBLICAS.

A tese fixada não abrange apenas um **incremento da argumentação jurídica**, com a inclusão da ideia de **ofensa ao planejamento administrativo**, nas hipóteses de **atuação estatal ineficiente**.

Assim, não se propõe, apenas, que, num inquérito civil ou procedimento investigatório da prestação deficiente de serviço público (em espectro ambiental, urbanístico, de patrimônio público, infância, saúde ou de qualquer outra seara), seja examinada, além das ofensas aos dispositivos normativos do respectivo microsistema, a lesão ao dever jurídico de planejar.

Propõe-se, também, **delimitar**, no caderno probatório, os **elementos de convicção** indicativos da quebra do planejamento administrativo. Desse modo, ganha relevância a **requisição**, no curso do expediente, de todos os **atos administrativos planejadores (estratégicos, táticos ou operacionais)** do serviço público ou da política pública, **com fundamento no art. 26, I, “b”, da Lei nº 8.625/93**.

Esse complemento instrutório, em acréscimo às ordinárias medidas de coleta de provas, contribui por **desnudar e desvelar a má governança pública**, enriquecendo e qualificando a formação do convencimento do ilícito, omissivo ou comissivo, perpetrado pela Administração Pública ineficiente.

---

### 3 - CONCLUSÕES (TESES)

- 1) O **planejamento administrativo** tem lastro normativo na ordem jurídica brasileira e corresponde a **dever jurídico constitucional do Estado**.
- 2) É recomendável ao **Ministério Público**, na instrução de procedimentos administrativos apuratórios de **serviços ou políticas** pública ineficientes, complementar seu convencimento com a **requisição** ao Poder Público de informações e documentos comprobatórios dos **atos administrativos planejadores** das atividades públicas examinadas, com fundamento no art. 26, I, “b”, da Lei nº 8.625/93.
- 3) É recomendável ao **Ministério Público**, ao fiscalizar atividade administrativa ineficiente, impor a realização de **obrigações de fazer**, consubstanciadas na **estruturação e realização de atos administrativos planejadores** completos, destinados à **satisfação integral** dos direitos violados.

### BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Alberto Carlos. **A cabeça do brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.
- BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. A Teoria Discursiva do Direito e o Constitucionalismo Brasileiro. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Org.). **Constitucionalismo Discursivo**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. Cap. 1, p. 1-14.
- BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. Dimensões Paradoxais da Jurisdição Constitucional. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. 1ª Parte. Cap. 3, p. 153-167.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.
- COSTIN, Claudia. **Administração Pública**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- COUTINHO, Marcos Pereira Anjo. A Administração Pública Democrática e o Controle pelo Ministério Público. **De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 6, jan./jun. 2006.
- COUTINHO, Marcos Pereira Anjo. Ministério Público e o Enfrentamento dos Ciclos de Pobreza. In: MACÊDO, Marcus Paulo Queiroz; MARTELETO FILHO, Wagner (Orgs.). **Temas Avançados do Ministério Público**. 2. ed. ampl. Salvador: Jus Podium, 2017.
- COUTINHO, Marcos Pereira Anjo. **Dimensões Normativas da Governança e do Planejamento Administrativo**, 2 ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**. V. I: Teoria do direito administrativo. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- GIUFRIDA, Armando. **Il diritto ad una buona amministrazione pubblica e profili sulla sua giustiziabilità**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012.

- 
- GONÇALVES, Alcindo. O conceito de governança. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 15., 2006, Manaus. **Anais...** [s.l.]: [s.n.], 2006. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/078.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2015.
- HAURIOU, Maurice. **Précis de Droit Administratif et de Droit Public**. 10. ed. Paris: Recueil Sirey, 1921. Disponível em: <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k11626156/f9.image>>. Acesso em: 15 maio 2016.
- MATIAS-PEREIRA, José. **Governança no setor público**. São Paulo: Atlas, 2010.
- MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em evolução**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. Tradução de Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.
- SCHWARTZMAN, Simon. **As causas da pobreza**. Rio de Janeiro: FGV, 2007.
- SLOMSKI, Valmor. **Controladoria e governança na gestão pública**. São Paulo: Atlas, 2014.
- SMITH, Steven Douglas. **The Constitution and the Pride of Reason**. New York: Oxford University Press, 1998.
- SOLÉ, Juli Ponce. El Derecho a buena Administración, la discrecionalidad administrativa y la mejora de la gestión pública. **R. Proc-Geral Mun. Juiz de Fora – RPGMJF**, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 305-321, jan./dez. 2012.
- VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- VELOSO, Juliano Ribeiro Santos. **Direito ao Planejamento**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

## Interface entre o bem-estar animal e o direito à informação do consumidor no mercado de consumo

MONIQUE MOSCA GONÇALVES

MARCELA NUNES DE OLIVEIRA

*Promotoras de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais*

### JUSTIFICATIVA

De um modo geral, o homem sempre se relacionou com o meio ambiente de forma a explorá-lo intensamente, retirando-lhe tudo o que pudesse ser transformado em riqueza. Trata-se, conforme expõe Helly Lopes Meirelles (1999, p. 519-520), do “ímpeto predatório das nações civilizadas, que, em nome do desenvolvimento, devastam florestas, exaurem o solo, exterminam a fauna, poluem as águas e o ar”.

De acordo com Édis Milaré (2015), essa postura humana representa a manifestação da moral tradicional, em consonância com a tendência dos instintos primitivos do homem de se assenhorar das coisas e delas dispor livremente, à sua moda pessoal.

Nesse contexto, insere-se a relação travada entre os homens e os animais, sendo estes ainda classificados como bens semoventes por parte da doutrina brasileira, isto é, coisas suscetíveis de movimento próprio (art. 82, primeira parte, do Código Civil).

Esta compreensão serve aos interesses dos mais diversos segmentos, quais sejam, econômicos, religiosos, esportivos, políticos, científicos, culturais etc., pois muitos de nossos hábitos, desde os mais elementares – como a alimentação, o transporte, o vestuário –, implicam algum tipo de exploração animal.

Não se pode negar, no entanto, que o Direito Animal<sup>1</sup> tem evoluído de forma notável nos últimos anos, tendo como paradigma a alteração da interpretação do preceito constitucional anticrueldade animal (art. 225, §1º, VII<sup>2</sup>), o maior expoente da descoisificação dos animais no Brasil.

A nível de legislação, destaca-se a Lei nº 14.064/2020, que alterou a Lei de Crimes Ambientais e majorou de forma substancial a pena do crime de maus-tratos aos animais, em se tratando de cão ou gato. Na jurisprudência, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná reconheceu, em setembro de 2021, em decisão inédita, a capacidade de cães serem parte em processo<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> O Direito Ambiental ainda parte de uma visão fortemente antropocêntrica, preocupando-se com o equilíbrio do meio ambiente para viabilizar a vida humana e a satisfação das necessidades das gerações presente e futuras, de forma que o animal ainda é instrumentalizado, ou seja, protegido em razão de seu valor instrumental ao ser humano. Prova disso é a norma prevista no art. 3º, §2º, da Lei de Caça, que permite a destruição de animais silvestres considerados nocivos à agricultura ou à saúde pública. Por esse motivo, parte da doutrina, à qual se adere neste trabalho, entende que o Direito Animal consiste em ramo autônomo ao Direito Ambiental, tendo como princípio específico a dignidade animal, do qual decorrem os princípios do universalismo e da primazia da liberdade natural.

<sup>2</sup> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

<sup>3</sup> Notícia disponível em: [https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset\\_publisher/9jZB/content/id/55859528](https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/id/55859528). Acesso em: 14 jul. 2022.

---

Nesse ponto, merece destaque o Projeto de Lei da Câmara nº 27/2018, aprovado pelo Plenário do Senado Federal e em trâmite na Câmara dos Deputados, que visa a acrescentar dispositivo à Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, reconhecendo expressamente que os “os animais não humanos possuem natureza biológica e emocional e são seres sencientes, passíveis de sofrimento”, bem como dispendo sobre a natureza jurídica *sui generis* dos animais não humanos, os quais, enquanto sujeitos de direitos despersonalizados, “devem gozar e obter tutela jurisdicional em caso de violação, vedado o seu tratamento como coisa”.

Essa evolução parte do enfraquecimento da interpretação clássica de matriz antropocêntrica e de cunho ambientalista, enfraquecimento este que se ancora, especialmente, em três antecedentes extrajurídicos.

O primeiro, e mais antigo, é oriundo da filosofia e consiste na alteração do estatuto moral dos animais, antes vistos como máquinas (René Descartes) e desprovidos de dignidade, enquanto atributo exclusivo de seres dotados de racionalidade (Immanuel Kant). A partir dos pensamentos de Peter Singer, Tom Regan, Richard Ryder e outros grandes autores, tem-se sedimentado, há algumas décadas, a tese de que os animais, por serem dotados de capacidade de sentir e, sobretudo, de sofrer, são dignos de consideração moral.

Independentemente das diferentes vertentes formadas (bem-estarismo, abolicionismo, novo bem-estarismo, abolicionismo pragmático etc.), estabelecem-se, desde então, dois conceitos centrais da disciplina jurídica atual: a *senciência*, enquanto fundamento maior do tratamento jurídico, e o *especismo*, enquanto forma de preconceito semelhante ao *sexismo* e ao *racismo*, e, portanto, injustificável a nível ético e científico.

Essa nova compreensão filosófica foi reforçada pela neurociência, a partir da afirmação de capacidades a determinadas espécies, antes atribuídas apenas aos seres humanos, reveladoras de sensibilidade, consciência e inteligência, fenômeno que alcançou o seu ápice em 2012, com a proclamação da Declaração de Cambridge sobre a Consciência Animal, que completou 10 anos no último dia 07 de julho.

O conceito de *senciência* passa a ser compreendido como a capacidade de sentir e de sofrer vinculada a um certo grau de consciência. Da intensa heterogeneidade das espécies, por sua vez, extraem-se diferentes níveis de sofisticação das capacidades cognitivas, sensoriais, conotativas e volitivas, o que agrega complexidade a análise científica, com o desenvolvimento de diferentes métodos de valoração do bem-estar animal.

O terceiro antecedente tem origem sociocultural e decorre da intensificação dos laços de afeto com animais de companhia (leia-se: cães e gatos), o que despertou forte sensibilização pública para a proteção dessas espécies – e, frise-se, exclusivamente delas.

No aspecto positivo, essa nova conformação sociocultural deu origem ao conceito de família multiespécie, com o conseqüente fortalecimento da tese do animal como sujeito de direitos. A posição do animal de estimação, classicamente analisada com base no regime das coisas, passa a receber interpretação análoga à proteção infantojuvenil, transmudando o conceito de propriedade para uma nova relação de guarda.

Já no aspecto crítico, esse modelo de relação evidenciou uma espécie de incoerência moral, vez que semelhante consideração não foi destinada aos demais seres sencientes, o que originou a vertente crítica do *especismo* afetivo. Significa, em síntese, que, não obstante a afirmação da *senciência* enquanto fundamento para a reformulação do tratamento dispensado aos animais, na prática, essa consideração somente é sentida em relação aos animais de companhia, enquanto os demais continuam a ser majoritariamente encarados como coisas, meras mercadorias. Vê-se, no tratamento dispensado aos animais de criação, o maior exemplo dessa hipocrisia.

Com base nos pressupostos extrajurídicos referenciados, verificou-se, notadamente a partir dos anos 2000, a ascensão de uma nova vertente interpretativa do dispositivo constitucional de base da tutela dos animais. Compreende-se que, ao proibir a prática de crueldade, a Constituição da República reconheceu que os animais são seres sencientes e que essa condição especial atrai a noção de valor intrínseco e conseqüente dignidade.

O maior exemplo dessa mudança de paradigma na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é o célebre julgado de inconstitucionalidade da “vaquejada”, que primou por um olhar essencialmente *senciocêntrico* do ordenamento constitucional, com foco na capacidade de sofrer dos animais, em detrimento do juízo de valor negativo sobre a conduta humana que impinge sofrimento, noção que é inerente ao conceito de crueldade, como representação de um senso lúdico perverso.

O voto do Ministro Luís Roberto Barroso, no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.983/CE, é ilustrativo dessa nova vertente, chegando a afirmar expressamente a necessidade de alteração do estatuto civil do animal, diante do paradigma constitucional contemporâneo, bem como a dignidade animal:

---

Ao vedar práticas que submetam animais a crueldade (art. 225, §1º, VII), a Constituição não apenas reconheceu os animais como seres sencientes, mas também reconheceu o interesse que eles têm de não sofrer. A tutela desse interesse não se dá, como uma interpretação restritiva poderia sugerir, tão-somente para a proteção do meio ambiente, da fauna ou para a preservação das espécies. A proteção dos animais contra práticas cruéis constitui norma autônoma, com objeto e valor próprios.

Essa linha de pensamento, que propugna o princípio da dignidade animal, com base no pressuposto da senciência, bem como a emergência do Direito Animal como ramo autônomo, também vem se fortalecendo na doutrina, valendo citar o pensamento de Vicente de Paula Ataíde Júnior (2020, p. 116):

Portanto, para o Direito Animal, o animal não-humano é relevante enquanto indivíduo, portador de valor e dignidade próprios, dada a sua capacidade de sentir dor e experimentar sofrimento, seja físico, seja psíquico. É o fato da senciência animal, valorado pela Constituição, que revela a dignidade animal, incompatível com as equiparações tradicionais entre animais e coisas, animais e bens ou com a consideração dos animais como simples meios para o uso arbitrário desta ou daquela vontade humana. Em outras palavras, o Direito Animal opera com a transmutação do conceito civilista de animal como coisa, para o conceito animalista de animal como sujeito de direitos.

No âmbito da atuação do Ministério Público, o *Parquet* mineiro foi pioneiro ao incorporar essa nova reformulação da matéria, de forma a direcionar sua atuação para a proteção dos interesses fundamentais dos animais, com caráter individual e sem a dependência à tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado, enquanto interesse de natureza difusa.

Essa vertente fica evidente no Ato CGMP n.º 2, de 15 de abril de 2021, que, pela primeira vez, apresentou diretrizes de atuação específicas no Direito Animal:

Do Direito Animal. Diretrizes de atuação.

Art. 158. O órgão de execução deverá estimular, integral e efetivamente, a implementação da Lei Estadual n.º 22.231/2016, em especial no que diz respeito ao combate aos maus-tratos contra animais e ao reconhecimento de que são seres sencientes, sujeitos de direito despersonalizados, que fazem jus à tutela jurisdicional em caso de violação de seus direitos.

Parágrafo único. Em sua atuação, o órgão de execução deverá:

- I - considerar a condição de ser senciente do animal;
- II - adotar medidas que levem em consideração a dignidade e o melhor interesse do animal, além de promover a tutela de seus interesses individuais fundamentais;
- III - verificar a adequação da atuação das polícias e dos órgãos administrativos competentes no que diz respeito à implementação da tutela dos animais;
- IV - promover a conscientização das polícias e dos órgãos administrativos competentes no que diz respeito ao bem-estar animal, especialmente quanto ao preenchimento dos dados relacionados aos maus-tratos nas ocorrências policiais e nos demais registros institucionais;
- V - fomentar a capacitação dos órgãos públicos envolvidos nos setores de fiscalização e responsabilização relacionados ao bem-estar e ao combate aos maus-tratos;
- VI - fomentar a formulação e a implementação de políticas públicas em prol dos animais;
- VII - fomentar a implementação de educação animalista formal e informal;
- VIII - fomentar o combate ao tráfico de animais silvestres, por meio de atuação integrada com outros órgãos de fiscalização e controle;

---

IX - reconhecer a condição de vítima do animal nos casos de maus-tratos ou de atos ilícitos que representem violência injustificada, o que repercuta na ação civil, em que se deve buscar prioritariamente a reparação do dano para o animal, com previsão para que o agressor arque com custos veterinários, acolhimento por ONGs e/ou lares temporários e medida compensatória de caráter punitivo/pedagógico a ser revertida em favor do próprio animal;

X - promover a troca de informações entre os diversos órgãos públicos envolvidos nos setores de fiscalização e responsabilização relacionados à tutela dos animais;

XI - fomentar a criação de fundos de direito e bem-estar animal e de órgãos municipais especializados, como superintendência, coordenadoria ou secretaria de bem-estar animal.

É inegável que o Ministério Público, enquanto instituição vocacionada à defesa dos interesses individuais indisponíveis (art. 127 da CRFB) e responsável por zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição (art. 129, II, da CRFB), deve ocupar o espaço de protagonista na tutela dos direitos fundamentais dos animais, de forma a impulsionar a evolução do Direito Animal.

Nesta condição, é essencial minorar os efeitos do especismo afetivo, de forma a encontrar caminhos para a evolução da tutela jurídica das espécies invisibilizadas pelo sistema, designadamente os animais de exploração econômica.

O desafio é transportar essa noção para o campo das práticas sociais, sobretudo no âmbito do mercado de consumo. Isso porque a proibição da crueldade impacta frontalmente as práticas produtivas adotadas no país, sendo necessário pensar em formas de fazer com que o mercado se torne um ambiente mais ético do ponto de vista animal.

Para tanto, a atuação na área consumerista se revela um poderoso instrumento, na medida em que há uma completa ignorância da população sobre os métodos de produção e os níveis de bem-estar animal em relação aos produtos disponíveis no mercado. É preciso combater a falta de conscientização da população e, em especial, dos consumidores, acerca da importância intrínseca do meio ambiente e do impacto que cada uma de suas ações, por menor que pareça, pode lhe causar.

Falta a percepção de que o simples ato de consumo pode acarretar custos sociais e externalidades negativas de grande amplitude e longa duração, ou mesmo irreparáveis, e que serão sentidos não apenas por essa e por outras gerações humanas, mas também não-humanas.

Por parte dos fornecedores, a prática de *greenwashing*<sup>4</sup> tem se expandido, especialmente através da exposição de imagens de animais em condições incompatíveis com o modelo de produção adotado em relação ao bem-estar animal.

Observa-se também a carência de compromisso político e de uma postura estatal mais eficiente e integrada para que seja dado maior cumprimento às leis e investimentos em políticas ambientais e animalistas.

Uma das principais formas de reverter ou, ao menos, minimizar esse cenário de irresponsabilidade organizada<sup>5</sup> é justamente por meio de uma educação ambiental e animalista bem empregada, mediante a construção de valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para conservação do meio ambiente (Art. 1º, Lei nº 9.795 de 1.999) e para promoção do bem-estar animal.

Nos termos do Ato CGMP n.º 2, art. 158, inciso VII, essa educação pode ser promovida por vias formais, nas instituições de ensino, mas também por processos informais, como, por exemplo, pela informação repassada por fornecedores aos consumidores atinente aos meios de produção dos bens de consumo.

Quanto ao ponto, vale destacar que o déficit informacional do consumidor, decorrente do fato de ele participar tão somente da última etapa do processo produtivo (consumo), é um dos fatores que acentua sua vulnerabilidade na relação de consumo (ANDRADE; MANSON; ANDRADE, 2020, p. 507) e fundamenta o dever de informar, imposto aos fornecedores pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC):

---

<sup>4</sup> Fenômeno que pode ser traduzido como “Lavagem Verde”, também chamado de “Maquiagem Verde” ou “Mentira Verde”. Consiste na estratégia de marketing de induzir o consumidor a consumir um produto ou serviço por acreditar em sua sustentabilidade ecológica, falsamente veiculada em rótulos e propagandas, por exemplo.

<sup>5</sup> Conceito criado por Ulrich Beck para se referir ao desconhecimento, ocultação e despreocupação da sociedade em reconhecer suas culpas e responsabilidades na produção do risco e do dano. Citando Beck, Délton Winter de Carvalho informa “que a irresponsabilidade organizada decorre exatamente do fato de que o crescimento da população e distribuição dos riscos na Sociedade Contemporânea acarreta numa normalização e numa ausência geral de responsibility (general lack of responsibility). Vide CARVALHO, Délton Winter. **Dano Ambiental: Da Assimilação dos Riscos Ecológicos pelo Direito à Formação de Vínculos Jurídicos Intergeracionais.** São Leopoldo, 2006. p. 37.

---

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

Em reforço, prevê o art. 31 do CDC:

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Sobre esse dispositivo, ensina o Ministro Herman Benjamin (2007, p. 189/191) se tratar de rol exemplificativo de informações que devem ser asseguradas aos consumidores:

O art. 31 impõe o dever de informar sobre certos dados do produto ou serviço. Lista-os, “entre outros”. Por conseguinte, o rol apresentado é meramente enumerativo. Caberá ao fornecedor, conhecedor de seu produto ou serviço, informar sobre “outros” dados que, no caso concreto, repete importantes. Se não o fizer voluntariamente, assim o determinará o juiz ou a autoridade administrativa, independentemente da reparação e da repressão (administrativa e penal). (...). Não é só a publicidade que pode ser enganosa (art. 37, § 1º). Na medida em que a embalagem geralmente é veículo de marketing, também ela se presta à enganosidade. (...). Devemos, entretanto, distinguir duas espécies da embalagem: seu design (tamanho e forma) e sua decoração (as palavras e as imagens impressas). Esta última, de certa maneira, confunde-se com o próprio conceito de rótulo. Em ambos é possível a manifestação da enganosidade.

Partindo dos ensinamentos do eminente Ministro, a comunicação publicitária capaz de induzir em erro o consumidor, ou mesmo a omissão em prestar informações essenciais sobre o produto ou serviço disponibilizado no mercado de consumo, inclusive no rótulo, pode configurar prática ilegal consistente em veicular propaganda enganosa<sup>6</sup>, a ensejar, inclusive, responsabilização criminal (art. 66, CDC).

Para o Ministro Humberto Martins, mais do que dever legal, “o dever de informar é uma forma de cooperação, uma necessidade social”. Segundo ele, no Recurso Especial n. 1.364.915/MG:

A autodeterminação do consumidor depende essencialmente da informação que lhe é transmitida, pois esta, a informação, é um dos meios de formar a opinião e produzir a tomada de decisão daquele que consome. Logo, se a informação é adequada, o consumidor age com mais consciência; se a informação é falsa, inexistente ou omissa, retira-se-lhe a liberdade de escolha consciente.

[...]

Nada mais coerente que, na relação de consumo, o polo que detenha pleno conhecimento do produto oferecido - quer por tê-lo produzido, quer por manter vínculo com seu processo de fabricação ou distribuição -, seja também o responsável por prestar ao polo vulnerável (que desconhece todo esse processo) o necessário esclarecimento para que este possa tomar atitude consciente diante do produto posto à venda no mercado: adquiri-lo ou rechaçá-lo.

---

<sup>6</sup> Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

---

Partindo dessa contextualização, o que se propõe é que o Ministério Público de Minas Gerais, por meio das Promotorias de Proteção do Meio Ambiente e de Defesa do Consumidor, das respectivas Coordenadorias e do PROCON, atue de forma a garantir aos consumidores o conhecimento das condições de produção dos bens e serviços disponibilizados no mercado, sobretudo àqueles que tenham origem ou impliquem em exploração animal no seu processo de concepção ou fabricação.

O Ato CGMP n.º 2/2021 não olvidou desta interface entre o Direito Animal e o Direito do Consumidor, ao prever:

Art. 160. O órgão de execução deverá observar a interface entre o Direito Animal e o Direito do Consumidor, atuando de forma a:

I - garantir o direito à informação;

II - combater a propaganda enganosa;

III - fomentar medidas visando à implementação da educação para o consumo sustentável e eticamente responsável de produtos que envolvam a exploração de animais;

IV - estimular o desenvolvimento da rotulagem.

O tema também é abarcado pela Lei de Política de Educação para o Consumo Sustentável (Lei 13.186/2015), segundo a qual deve-se estimular a adoção de práticas de consumo e de técnicas de produção que sejam eticamente sustentáveis, ou seja, aquelas que garantam melhores níveis de bem-estar aos animais explorados. Dentro dos objetivos da Política, destaca-se o incentivo de “mudanças de atitude dos consumidores na escolha de produtos que sejam produzidos com base em processos ecologicamente sustentáveis”.

O que se busca com essa proposta é, além de garantir ao consumidor o direito de exercer, de forma mais ampla e consciente, sua liberdade de escolher, dentre todos os produtos e serviços ofertados, aqueles mais consentâneos aos seus princípios e ideais de vida, fazer com que os fornecedores adotem práticas produtivas mais éticas e comprometidas com o bem-estar animal.

Como exemplo de aplicação prática da orientação prevista no art. 160, inciso VI, do Ato CGMP n.º 2/2021, pode-se citar a necessidade de identificação, em rótulos, do nível de bem-estar apresentado pelos animais explorados na cadeia produtiva de determinado bem de consumo, incentivando, por meio da educação animalista informal, um consumo mais ético do ponto de vista animal.

Não se propõe, portanto, nenhum tipo de radicalismo ou ato revolucionário, mas apenas a aplicação do direito posto – que já assegura o direito a informação do consumidor e, em nível constitucional, proíbe a submissão de animais a crueldade –, enquanto instrumento de regulação da conduta humana, de forma que o consumidor tenha conhecimento das condições a que são submetidos os animais explorados economicamente, seja no que diz respeito aos produtos de origem animal, ou àqueles que implicam algum grau de exploração animal na cadeia produtiva, por exemplo, para experimentação científica.

Pode-se citar a atuação bem-sucedida do Ministério Público do Estado de Minas Gerais<sup>7</sup>, seguindo a vertente ora defendida, quando da celebração de Termo de Ajustamento de Conduta por parte de pessoa jurídica do ramo de supermercados na cidade de Uberaba, por meio do qual assumiu o compromisso de fazer cessar veiculação de propaganda enganosa, sugestiva de que seria adotado método de produção extensivo de ovos (galinhas criadas livres de gaiolas, que garante maior padrão de bem-estar aos animais), situação que não correspondia à realidade do sistema produtivo da referida empresa, que utilizava método convencional, com gaiolas de bateria em alta densidade, além de se valer de práticas altamente agressivas aos animais, como a debicagem. Obrigou-se, ainda, como forma de desfazer o malefício da publicidade enganosa, a destinar, no interior do estabelecimento comercial em questão, local separado e específico, visual e facilmente identificável pelos consumidores, para a venda de ovos decorrentes de sistema de produção livres de gaiolas, com publicidade positiva, indicativa do valor do bem-estar animal.

Vale destacar que essa regulação não importa, necessariamente, em retrocesso econômico. Em verdade, empresas vêm investindo em práticas de desenvolvimento sustentável e bem-estar animal como forma de diminuir os custos de produção e aumentar a cooptação de clientes, majorando, assim, os lucros.

---

<sup>7</sup> Representado, no ato, pela Promotora de Justiça Monique Mosca Gonçalves, autora deste trabalho.

Já se nota algumas iniciativas nesse sentido por parte de fornecedores<sup>8</sup>, que assumiram publicamente o compromisso de não mais comercializar ovos provenientes do sistema de criação convencional de aves (leia-se: de galinhas confinadas em gaiolas), substituindo-o pelo sistema *cage free* (livre de gaiolas)<sup>9</sup>. Tal compromisso, por consequência, impõe aos produtores uma revisão na forma de produção dos “insumos”<sup>10</sup>, mais comprometida com o bem-estar animal, justamente para que não percam espaço no mercado de consumo.

Na Europa, a **Comissão da União Europeia (UE)** aprovou, em 2021, projeto de iniciativa popular de cidadãos comunitários (**European Citizens’ Initiative – ECI**), intitulado “**Fim da Era da Gaiola**”, se comprometendo a conceber um plano de transição para gradual redução da criação animal industrial em gaiolas, até o **banimento** em 2027. A iniciativa faz parte de um projeto de ampla revisão da **legislação de bem-estar animal**, que também contempla outras espécies animais, incluindo porcas, bezerros, coelhos, galinhas poedeiras, frangos, matrizes de frangos de corte, matrizes de galinhas poedeiras, codornas, patos e gansos.<sup>11</sup>

Sobre o assunto, José Renato Nalini (2015, p. 175) ensina que a sustentabilidade, enquanto elemento integrador e unificante, propõe a celebração da unidade entre homem e natureza, pois comuns na origem e destino. Nesse aspecto, arremata que “não há necessidade de se renunciar ao progresso, para a preservação do patrimônio ambiental”.

É possível ir além: não há necessidade de se renunciar ao progresso para que se promova a proteção do consumidor, fornecendo-lhe as informações necessárias para que, fazendo uso de sua liberdade, tenha condições de fazer uma escolha consciente sobre quais produtos e serviços consumir.

Essa dimensão ética do princípio do desenvolvimento sustentável foi primeiramente abordada em um relatório produzido pela *Farm Animal Welfare Committee - FAWC*, que apontou que sustentabilidade não envolve apenas questões ambientais, mas também econômicas e éticas (referidos, do inglês, por 3’Es). E concluiu que uma abordagem sustentável para a produção de alimentos deve abordar não só a segurança alimentar e a proteção do ambiente, mas também o bem-estar animal.

A inclusão da proteção dos animais no conceito de sustentabilidade confere abertura para a utilização de instrumentos de Direito do Ambiente voltados para a promoção do consumo sustentável no âmbito da questão do bem-estar dos animais de produção, especialmente a partir da disposição do art. 170, VII, da CRFB. Significa considerar a defesa dos animais como princípio da ordem econômica, criando-se mecanismos para o tratamento diferenciado dos produtos, conforme o grau de bem-estar animal nos diferentes sistemas de produção, favorecendo a circulação de produtos “amigos dos animais”.

A política de promoção do consumo sustentável aplicada ao setor de produção animal deve partir da avaliação completa dos custos éticos da produção, referentes ao ciclo de vida dos produtos de origem animal, perquirindo como os animais foram criados, transportados e mortos. Os objetivos principais são: 1. garantir que o consumidor receba a informação adequada sobre o custo ético de cada produto, a fim de que possa fazer uma escolha consciente e responsável; 2. sobrecarregar o preço dos produtos oriundos de métodos que causam demasiado sofrimento aos animais, a fim de desestimular o seu consumo; 3. criar instrumentos econômicos para valorizar a produção e a circulação de produtos que não envolvam a exploração de animais (*cruelty-free*) e daqueles oriundos de sistemas de criação que garantam altos padrões de bem-estar animal (*free-range* ou *cage-free*).

É nessa linha que deve avançar a atuação do Ministério Público, a partir do reconhecimento da interface entre o Direito Animal e o Direito do Consumidor, garantindo-se o direito à adequada informação ao consumidor e combatendo a propaganda enganosa através do *greenwashing*, além de atuar como indutor de políticas públicas destinadas à promoção do consumo eticamente responsável e sustentável, através da adoção de instrumen-

<sup>8</sup> Grupo CRM, dono das marcas Copenhagen e Chocolate Brasil Cacau, anunciaram no site oficial da Copenhagen que, a partir de 2025, 100% dos ovos e seus derivados de sua cadeia de suprimentos serão originados de aves criadas livres de gaiolas. Além do Grupo CRM, o Grupo Bimbo, a Bauducco, a Wickbold, Ofner, Amor aos Pedacos, Brunella e Nestlé já adotaram políticas de eliminar o uso de ovos produzidos por galinhas engaioladas em seus produtos. No setor de maioneses, também anunciaram esse compromisso a Unilever (Hellmann’s e Arisco), Cargill (Liza e Maria), Bunge (Primor, Soya e Salada), Hemmer, Kraft Heinz (Heinz e Quero) e Vigor (Vigor e Mesa); assim como a Barilla, McDonald’s, Subway, Burger King, Habib’s, Bob’s, Viena, Frango Assado, Spolletto, Domino’s Pizza, Giraffa’s, BRF, JBS, Divino Fogão, Grilletto, Montana Grill, Croasonho, Starbucks, Casa do Pão de Queijo, Rei do Mate, Megamatte, Fran’s Café, J Macêdo, Aurora, entre outros. Disponível em: <https://defesadafauna.blog.br/grupo-crm-anuncia-que-consumira-ovos-de-aves-livres-de-gaiolas/>. Acesso em: 7 jul. 2022.

<sup>9</sup> <https://www.ufsm.br/midias/arco/7-fatos-sobre-criacao-de-galinhas-livres-de-gaiolas/>

<sup>10</sup> À frente da mineira Mantiqueira, maior granja de ovos do país, o empresário Leandro Pinto acredita que galinhas mais livres – e felizes – são também rentáveis e adequadas ao espírito do tempo. O plano é que, até 2025, um terço da produção de ovos da empresa esteja sob esse modelo. Segundo ele, **esse é também o prazo dado por redes como o McDonald’s para deixar de comprar ovo de galinhas engaioladas**. Disponível em: <https://defesadafauna.blog.br/nantiqueira-as-galinhas-saem-da-gaiola/>. Acesso em: 7 jul. 2022.

<sup>11</sup> Disponível em: <https://defesadafauna.blog.br/uniao-europeia-aprova-fim-gradual-da-criacao-industrial-de-animais-em-gaiolas-ate-2027/>. Acesso em: 7 jul. 2022.

---

tos econômicos (ex.: rotulagem, subsídios para pequenos produtores), da contratação pública sustentável (ex.: compra de ovos de galinhas criadas soltas pelo Município para merenda escolar), da tributação verde (ex.: desconto no IPTU para quem adota animais errantes), e dos demais instrumentos que compõem o chamado modelo de Economia Verde (art. 170, V c/c VI, da CRFB).

Assim agindo, o Ministério Público contribui para garantir o direito do consumidor a informação e, por consequência, estimula a modificação do perfil da demanda no mercado de consumo, impondo, por consequência, uma mudança da forma de produção, mais comprometida com o bem-estar animal.

## CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENUNCIADO

Ao Ministério Público compete agir, extrajudicial e judicialmente, para garantir o direito à informação do consumidor, em especial, quanto ao grau de bem-estar dos animais explorados na cadeia produtiva dos bens de consumo, bem como atuar como indutor de políticas públicas destinadas à promoção do consumo eticamente responsável e sustentável.

## CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENUNCIADO MODIFICADO

Ao Ministério Público compete agir, extrajudicial e judicialmente, para garantir o direito à informação do consumidor, em especial, quanto ao grau de bem-estar dos animais **utilizados** na cadeia produtiva dos bens de consumo, bem como **exigir a adoção das** políticas públicas destinadas à promoção do consumo eticamente responsável e sustentável.

## REFERÊNCIAS

- ANDRANDE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses difusos e coletivos**. 10. ed. São Paulo: GEN; Método, 2020.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.
- ATAÍDE JÚNIOR, Vicente de Paula. Princípio do Direito Animal Brasileiro. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, Salvador, v. 30, jan.-jun. 2020.
- BENJAMIN, Herman. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.364.915/MG**, Rel. Ministro Humberto Martins. Segunda Turma, julgamento em 14/05/2013, publicação em 24/05/2013. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1232887&num\\_registro=201300216370&data=20130524&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1232887&num_registro=201300216370&data=20130524&formato=PDF). Acesso em: 7 jul. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.983/CE**, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 27/07/2003. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>. Acesso em: 7 jul. 2022.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 7 jul. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Estabelece a Política Nacional do Meio Ambiente, Constitui o Sistema Nacional do Meio Ambiente e Institui o Cadastro de Defesa Ambiental. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6938compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938compilada.htm). Acesso em: 7 jul. 2022.

- 
- BRASIL. **Lei nº 8.078, de 08 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm). Acesso em: 7 jul. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm). Acesso em: 7 jul. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 9.795, de 27 de abril de 1999.** Institui a Política Nacional de Educação Ambiental. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9795.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9795.htm). Acesso em: 7 jul. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 5 jul. 2022.
- BRUNDTLAND, Gro Harlem. **Our Common Future: Report of the World Commission on Environment and Development.** 1987. Disponível em: <https://ambiente.files.wordpress.com/2011/03/brundtland-report-our-common-future.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2022.
- CARVALHO, Déilton Winter. **Dano Ambiental: Da Assimilação dos Riscos Ecológicos pelo Direito à Formação de Vínculos Jurídicos Intergeracionais.** São Leopoldo, 2006.
- DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito Ambiental e Conflitos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro.** 14 ed. rev. ampl. e atual. em face da Rio+20 e do novo “Código” Florestal. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GONÇALVES, Monique Mosca. Tutela Jurídica dos Animais de Produção: Sustentabilidade Ética e o Direito/Dever do Consumidor. *Revista Justiça & Sociedade*, Porto Alegre, v. 5, n. 2. 2020.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro.** 21.ed. rev. amp. e atual. São Paulo:Malheiros, 2013.
- MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 24 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente.** 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Ato CGMP n.º 2, de 15 de abril de 2021. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/diariooficial/DO-20210416.PDF>. Acesso em: 8 jul. 2022.
- NALINI, José Renato. **Ética Ambiental.** 4. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MARCHESAN, Ana Maria Moreira. O Princípio da Reparação Natural dos Danos ao Meio Ambiente e sua Aplicação Prática. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 69, mai./ago. 2011. Disponível em: [http://www.amprs.org.br/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1323964117.pdf](http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1323964117.pdf). Acesso em: 7 jul. 2022.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução 37/7, de 28 de outubro de 1982. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/37/a37r007.htm>. Acesso em: 7 jul. 2022.
- SAMPAIO, Rômulo. **Direito Ambiental.** Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2015.
- SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental.** 13 ed. São Paulo:Saraiva, 2015.

## O “Teste de Miller” como vetor de segurança jurídica à constitucionalidade do predicado de valor “obsceno”

PAULO ROBERTO SANTOS ROMERO<sup>1</sup>

*Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais*

**RESUMO:** A presente tese tem por escopo evidenciar que os critérios estabelecidos pela Suprema Corte Norte-Americana, por meio do teste de Miller, vigente desde 1973, podem contribuir, do ponto de vista hermenêutico, ao aperfeiçoamento da jurisprudência brasileira, porquanto conferem, livres de quaisquer impedimentos normativos e a partir de argumentos racionais, segurança jurídica suficiente ao reconhecimento do “obsceno” penalmente relevante.

**PALAVRAS-CHAVE:** Obsceno. Direito Penal e Constitucional. Teste de Miller. Possibilidade de aplicação na ordem jurídica brasileira. Segurança jurídica.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução (ou da colocação do problema); 2. O tratamento jurídico da obscenidade à luz da Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América do Norte; 3. Cinco razões para considerar *Miller vs. California* [413 U.S. 15 (1973)] como um contributo válido ao aperfeiçoamento da jurisprudência brasileira; 4. O teste de Miller no orbe judicante brasileiro; 5. Considerações finais e tese; 6. Referências bibliográficas.

**SÍNTESE DOGMÁTICA:** Porquanto já admitido pelo Supremo Tribunal Federal, o “teste de Miller” pode significar, ao menos, um aporte hermenêutico válido para o afastamento da inconstitucionalidade postulada no *leading case* consubstanciado no Recurso Extraordinário n.º 1093553/RS e que encarta o tema 989 de Repercussão Geral, em tramitação na mesma Corte.

### INTRODUÇÃO (OU DA COLOCAÇÃO DO PROBLEMA)

No Supremo Tribunal Federal, tramita o Recurso Extraordinário n.º 1093553/RS<sup>2</sup>, no qual consta o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul como recorrente, e como recorrido A.M. de A., assistido pela Defensoria Pública daquele mesmo ente federativo: apontado como um *leading case*, nele se discute, à luz do artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição da República, a constitucionalidade do art. 233 do Código Penal, tema a respeito do qual foi reconhecida a Repercussão Geral, conforme evidencia a seguinte ementa:

**Ementa:** RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 233 DO CP. PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL. QUESTÃO JURÍDI-

---

<sup>1</sup> Promotor de Justiça titular da Promotoria de Justiça com atuação perante os Juizados Especiais Criminais da Comarca de Belo Horizonte. Mestre em Direito Penal pela Universidade Federal de Minas Gerais. Doutorando em Direito Penal pela mesma Instituição.

<sup>2</sup> RE 1093553/RS, Relator: Ministro LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 29 de março de 2018, Processo Eletrônico, DJe-065, Divulg.: 05-04-2018, Public.: 06-04-2018.

---

CA QUE TRANSCENDE O INTERESSE SUBJETIVO DA CAUSA. MANIFESTAÇÃO PELA EXISTÊNCIA DE QUESTÃO CONSTITUCIONAL E PELA REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA.

**Decisão:** O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencido o Ministro Edson Fachin. Não se manifestaram as Ministras Cármen Lúcia e Rosa Weber. Ministro LUIZ FUX Relator

**Tema 989:** Discussão sobre a constitucionalidade do art. 233 do Código Penal (Praticar ato obsceno em local público, ou aberto ou exposto ao público) por suposta afronta ao princípio da reserva legal (art. 5º, inc. XXXIX, da Constituição da República) no que se refere à taxatividade do tipo penal descrito.

Em 5 de novembro de 2019, a Procuradoria-Geral da República exarou parecer no sentido do afastamento da alegada inconstitucionalidade do art. 233 do Código Penal, ao argumento de que nele inexistia ofensa ao princípio da reserva legal por suposta indeterminação do termo “obsceno”, presente no preceito primário do tipo: ao contrário — aduz o *Parquet* —, o manejo de técnica legislativa referente à previsão de tipos abertos é plenamente aceita na doutrina e na jurisprudência e, *in casu*, consubstancia-se mediante a utilização do mencionado “elemento normativo do tipo”, necessário à efetiva tutela de bens jurídicos que não podem ficar a descoberto, por força do princípio da proibição da proteção insuficiente (cf. itens 19 a 25).

Em 11 de dezembro de 2019, o Excelentíssimo Ministro Relator admitiu o ingresso do Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher CLADEM/BRASIL e do Grupo de Atuação Estratégica das Defensorias Públicas Estaduais e do Distrito Federal nos Tribunais Superiores GAETS no feito, na qualidade de *amici curiae*.

O caso chegou a ser posto em pauta de julgamento, no ano de 2020, mas, em 10 de março de 2022, foi excluído dessa posição.

Consoante se infere do relatório acima, o que se pretende é a inaplicabilidade do artigo 233 do Código Penal, o que também repercute no artigo 234 do mesmo Código, pois no preceito primário de ambos os tipos legais consta o mesmo termo “obsceno”, supostamente indeterminável no que concerne ao seu conteúdo.

O risco do reconhecimento da alegada inconstitucionalidade é a completa impunidade penal, *v.g.*, da prática de relações sexuais ostensivas, masturbações ultrajantes, condutas pornográficas afrontosas etc., mesmo quando perpetradas em oposição à autodeterminação sexual de pessoas que não queiram presenciá-las (adultos capazes de expressar consentimento jurídico-penal válido) ou de quem não possa ser envolvido em contextos ensejadores de contato direto com comportamento sexualmente inadequados, segundo a particular condição que ostentam (*i.e.*, crianças, adolescentes e pessoas reputadas sexualmente vulneráveis, nos termos do direito penal sexual vigente no ordenamento jurídico brasileiro). Como se vê, a questão é séria do ponto de vista jurídico-penal, além de socialmente sensível, pois não está tão-só situada no plano da moral *per se*, em nível apenas estético e/ou considerada no campo das preferências exclusivamente privadas;<sup>3</sup> ao contrário disso, está vigorosamente conectada à dignidade sexual, tutelada no Título VI da Parte Especial do Código Penal, autêntica derivação da dignidade da pessoa humana, ela mesma um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito, tal como está previsto no artigo 1.º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Realmente, termo “obsceno” é infenso à emissão de um juízo apodítico. A carga semântica inerente ao vocábulo não é categórica, sujeitando-se a significativas variações contextuais: a obscenidade não é um achado incontroverso da natureza, mas um dado cultural que sintetiza componentes histórico-sociais tensionados pela liberdade sexual. É por isso que, em acepção penal, o termo “obsceno” consta, nas disposições regentes do tema, órfão de um tipo explicativo, integrando-as como elemento normativo de valoração empírico-cultural.

Posto esse panorama, as perguntas que se estabelecem e que se repetem são: é possível estabelecer critérios para o reconhecimento penalmente relevante da obscenidade? O predicado de valor “obsceno”, no artigo 233 do Código Penal, faz esse último inconstitucional?

---

<sup>3</sup> Os juízos estritamente morais, as valorações exclusivamente estéticas, bem como a intimidade privada e a orientação sexual das pessoas não devem ser submetidos ao crivo do direito penal, pena de ilegitimidade da sua eventual aplicação, também como forma de violação do pluralismo, essencial ao Estado Democrático e de Direito.

O tema é recorrentemente enfrentado pela Suprema Corte de Justiça Norte-Americana (*Supreme Court*) e quase sempre<sup>4</sup> vem conectado ao valor liberdade de expressão, referido na Primeira Emenda<sup>5</sup>. Não chega a ser exagerado dizer que a síntese que emerge dos respectivos julgamentos imbrica-se circunstancialmente com a própria concepção de democracia<sup>6</sup> adotada pelos Estados Unidos: com efeito, a história da *Supreme Court* é rica em experiências desta mesma natureza e nada impede que esse manancial seja por nós aproveitado, não exatamente como “fonte de direito”, mas como “fonte de exegese”.

É nessa perspectiva que a problemática comparece de forma significativamente sensível ao orbe jurídico nacional, que tem na segurança jurídica um valor indeclinável. Em razão disso, por mais hostil que se apresente às tentativas de consenso, a afirmação de parâmetros estáveis à identificação da manifestação obscena é imperativa e não exatamente por uma afetada pudicícia, pois nos domínios em que o direito é conclamado à definição da obscenidade, “mais do que o moralista ou o político, o jurista se preocupa, e com toda razão, com a segurança jurídica”, conforme observa Chaïm Perelman<sup>7</sup>.

## 2 - O TRATAMENTO JURÍDICO DA OBSCENIDADE À LUZ DA PRIMEIRA EMENDA DA CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA DO NORTE

No âmbito da Suprema Corte Norte-Americana, as decisões sobre o tema da obscenidade são exaradas, sobretudo, à luz da liberdade de expressão, prevista na Primeira Emenda, pois é ela quem pode garantir — e ao menos em tese — a ampla circulação de ideias passíveis de ódio e com alta carga de reprovação moral<sup>8</sup>; forçoso reconhecer, contudo, que a questão é indisfarçavelmente controversa e suscita posições diametralmente opostas<sup>9</sup>.

Cass Sustain<sup>10</sup> demarca, em seus traços mais elementares, os principais argumentos relativos aos dois grandes blocos divergentes havidos sobre o assunto:

A exclusão da obscenidade da categoria de expressão protegida é por vezes associada à ideia de que a sexualidade é privada ou sagrada. Por essa razão, não é lícita sua intromissão no espaço público, assim o espaço público não deveria imiscuir-se nela. [...].

A visão oposta é a de que todo o discurso se coloca no mesmo patamar, e que o governo não tem nada que censurar o discurso meramente porque algumas pessoas ou agentes públicos são puritanos ou se ofendem em razão dele. Nessa visão, a obscenidade é discurso, e não sexo — assim como um filme recheado de violência é antes uma representação que a própria coisa. Porém, sob essa visão, o governo deve permanecer neutro entre diferentes concepções do bem — acima de tudo, entre aquelas concepções tal como expressadas por meio de palavras ou imagens. A decisão de se singularizar a obscenidade para fins de tratamento especial, e censurá-la, é uma violação conspícua da exigência de neutralidade da Primeira Emenda.

<sup>4</sup> Desfilam-se também, se bem com menor incidência, argumentos que se baseiam no direito fundamental da “igualdade”, previsto na Décima Quarta Emenda: na visão de grupos feministas, a pornografia — que, em muitos dos seus aspectos, entrelaça-se profundamente com a questão da obscenidade — denigre o valor das mulheres na sociedade, aprofundando a crise discriminatória de gêneros. A propósito, DWORKIN e MacKINNON (1988, p. 73) observam que “Pornography sexualizes inequality and the hatred of women so that men get sexual pleasure from hurting women and putting women down”.

<sup>5</sup> A Primeira Emenda (*First Amendment*) da Constituição dos Estados Unidos da América do Norte está assim redigida “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.”

<sup>6</sup> Segundo BAKER (2010, p. 146) não é rigorosamente exato considerar a liberdade de expressão como ocupante de uma posição central nos regimes democráticos; ao invés — na opinião do mesmo autor —, é mais acertado reconhecer que a democracia constitui um desdobramento da liberdade de expressão ou, mais especificamente, uma evolução respeitante aos valores da autonomia individual e da igualdade.

<sup>7</sup> PERELMAN (1996, p. 659).

<sup>8</sup> Em célebre passagem constante no voto que proferiu em *United States v. Schwimmer*, 279 U.S. 644 (1929), o Justice HOLMES assim se pronunciou: “Some of her answers might excite popular prejudice, but if there is any principle of the Constitution that more imperatively calls for attachment than any other it is the principle of free thought—not free thought for those who agree with us but freedom for the thought that we hate.”

<sup>9</sup> Essa relação de contrariedade entre os pontos de vista relativos ao tema sobressai nas abordagens referentes à questão da pornografia; nessa dimensão e no que tange aos seus contornos mais amplos, COLOMB (2013, p. 622) aduz: “A pornografia entra no campo da liberdade de expressão? Para os autores mais conservadores, a pornografia, não tendo da vocação de transmitir ideia, assume seu estatuto de pura expressão, cujo objetivo, a excitação sexual, não procede da razão. Portanto, ela não estaria no campo da liberdade da expressão. Os autores mais liberais invertem a prova e sublinham que é por razões ideológicas que se proíbe a pornografia”.

<sup>10</sup> SUSTEIN (2008, p. 343-344).

Essas visões antagônicas compõem no âmbito da jurisdição da *Supreme Court*, no qual são frequentes as dissidências. De qualquer sorte, prepondera a posição que afirma a liberdade de expressão como valor relativo, incapaz de proporcionar, no “livre mercado de ideias”<sup>11</sup>, proteção irrestrita a toda e qualquer forma de manifestação do pensamento.

Assim, a questão que sempre se recoloca no âmbito das discussões judiciais americanas referentes à exceção da liberdade de expressão protegida pela Primeira Emenda é aquela que indaga a respeito do alcance de seus próprios limites<sup>12</sup>. Historicamente, a Suprema Corte Norte-Americana tem negado a imunidade decorrente da garantia consubstanciada na Primeira Emenda às expressões eclipsadas por formas e conteúdos nos quais obscenidade desponte como tônica.

Em 1896 foi decidido o caso *Rosen vs. United States*: nele, o padrão utilizado à definição da obscenidade foi o “teste de Hicklin”<sup>13</sup>, que se limitava a perquirir a “tendência lasciva” do material examinado, o qual poderia ser examinado.

Esse mesmo padrão perdurou até 1957, quando foi finalmente, em 24 de junho daquele mesmo ano, substituído pelos critérios instituídos em *Roth vs. United States* (354 U.S. 476); na ocasião, ficou expressamente decidido que a obscenidade não estava inserida na área da liberdade de expressão protegida pela Primeira Emenda. Seja como for e, apesar dos seus perceptíveis e louváveis avanços, o *standard Roth* evidenciou insuficiências graves pela abstração das suas balizas<sup>14</sup> e, justamente por isso, não logrou longevidade. Nesse sentido, em pelo menos dois julgamentos antológicos, um ocorrido sete anos depois e outro a menos de dois anos em relação a esse último, a Suprema Corte dos Estados Unidos promoveu ajustes e incrementos no mencionado padrão de reconhecimento da obscenidade, entendida em sua acepção jurídica.

Em 22 de junho de 1964, o caso *Jacobellis vs. Ohio* (378 U.S. 184)<sup>15</sup> promoveu importantes alterações no *standard Roth*, embora tenha conservado suas bases; nesse julgamento restou assentado que a aferição jurídica da obscenidade deveria considerar a sua abrangência nacional.

Depois, mais exatamente no dia 21 de março de 1966, três casos versando sobre o tema da obscenidade foram decididos na *Supreme Court*; foram eles: *Memoirs vs. Massachusetts* (383 U.S. 413), *Ginzburg vs. United States* (383 U.S. 463) e *Mishkin vs. New York* (383 U.S. 502). No conjunto, eles evidenciaram ainda mais que o *standard Roth* não funcionava a contento, porquanto ensejador de decisões conflitantes e, com isso, avessas ao clima de estabilidade jurídica, esperado, sobretudo, em temas relacionados à matéria penal.

Em *Memoirs* ficou explicitado que o valor social de uma obra não pode ser anulado apenas por seu apelo lascivo ou somente por seu caráter ofensivo: ela deveria ser, ainda, totalmente desprovida de “valor social redentor”; com isso, assentava-se que os critérios estabelecidos no *standard Roth* não eram independentes. Já em *Ginzburg* foi proclamado que o reconhecimento da obscenidade dependia de indicadores exteriores à obra: ela

<sup>11</sup> Vide esta antológica passagem, constante na dissidência do Justice HOLMES em *Abrams vs. United States*, 250 U.S. 616, 1919: “[...] when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas — that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out. That at any rate is the theory of our Constitution. It is an experiment, as all life is an experiment. Every year if not every day we have to wager our salvation upon some prophecy based upon imperfect knowledge. While that experiment is part of our system I think that we should be eternally vigilant against attempts to check the expression of opinions that we loathe and believe to be fraught with death, [...]”.

<sup>12</sup> A concepção dos limites da liberdade de expressão, no contexto da teoria libertária estatal, era empreitada medular à efetividade das garantias preconizadas nas Declarações de Direitos; a respeito SIEBERT (1984, p. 49) anota: “The contest for recognition of libertarian doctrines as they affected the press culminated in the formalization and adoption of Bills of Rights which included provisions establishing press freedom. [...] In a period covering not more than twenty years, protections for freedom of the press were incorporated into most of the American state constitutions and into the federal constitution. [...] The wording in the Bills of Rights of the right to freedom of the press was necessarily vague and subject to varying interpretations. [...] The problem of what limitations could properly be imposed on the press became the major issue under liberalism”. Evidente que o escólio não se restringe ao âmbito da liberdade de imprensa propriamente, mas também se aproveita ao campo epistemológico em que o presente artigo se desdobra.

<sup>13</sup> O “teste de Hicklin” é, na realidade, de origem inglesa e foi estabelecido em 1868, no julgamento do caso *Regina v. Hicklin* [(1868) LR 3 QB 360]. O tribunal britânico considerou que se uma publicação revelasse conteúdos tendentes a depravar e corromper aqueles cujas mentes estivessem abertas a tais influências imorais, poderia ser considerada obscena e conseqüentemente proibida. As intenções do autor e o mérito artístico ou literário da obra eram irrelevantes; além disso, o material poderia ser alvo de reproche mesmo a partir da análise de seus fragmentos apenas e independente do seu sentido unitário-geral.

<sup>14</sup> O *standard Roth* instituiu que obsceno era o material no qual a abordagem da temática sexual era dominante e feita de forma apelativa ao interesse lascivo; além disso, estipulou que a aferição jurídica da obscenidade deveria perscrutar a moralidade do homem médio (e não a de pessoas imaturas ou impressionáveis), levar em conta as referências culturais da comunidade contemporânea (considerada a partir da sua heterogeneidade geral, de seu pluralismo, e não de um grupo de pessoas discernível por suas características singulares), bem como avaliar a obra não somente a partir de uma de suas partes isoladas, mas em seu conjunto todo, uma vez que é sob essa dimensão que deve ser considerado o caráter artístico ou não do material *sub judice*. O “teste de Hicklin” estava, pois, definitivamente superado.

<sup>15</sup> Foi neste julgamento que o Mr. Justice STEWART disse que a obscenidade fosse talvez indefinível e que somente “pornografia-pesada” não estaria protegida pela Primeira Emenda; em seguida, renunciando também a tentativa de delimitar de forma inteligível o que fosse isso, exprimiu aquele que talvez seja o mais famoso pronunciamento a respeito do assunto, emitido no âmbito da Suprema Corte (em livre tradução): “não sei o que é, mas reconheço quando a vejo e o filme envolvido neste caso não é assim.”

---

já não era autorreferente, devendo também ser investigada para além da mera “aparência” do discurso socialmente libertador que eventualmente contivesse, bem como através das peculiaridades inerentes à sua produção, comercialização e publicidade.

As dissidências verificadas nos mencionados julgamentos foram cruciais à reformulação dos critérios de aferição de obscenidade até então utilizados. Em *Memoirs*, o *Mr. Justice Harlan* reputou o problema da definição da obscenidade como “intratável”; em *Ginzburg*, o *Mr. Justice Black* cravou que, depois dos três julgamentos verificados naquele mesmo dia, a Corte passava a possuir quatorze opiniões divergentes a respeito do tema, fato que traduzia a impossibilidade de quem quer que fosse saber o significado do termo. Essas observações contribuíram à premência da marcação de novos e mais seguros critérios relativos à resolução do assunto; isso ocorreu em 1973, quando a *Supreme Court* julgou Marvin Miller.

Cerca de dois anos antes, em 1971<sup>16</sup>, Marvin Miller — proprietário de um comércio de filmes e livros pornográficos — enviou, pelos correios, material de divulgação de seus produtos, o qual continha imagens que podiam ser percebidas como obscenas. Esse mesmo material acabou por aportar em um restaurante em Newport Beach: o dono do estabelecimento, e a mãe dele também, abriram o envelope, tiveram acesso às imagens e, por isso, acionaram as autoridades locais. O Código Penal da Califórnia<sup>17</sup>, vigente na localidade dos fatos, dispunha:

§ 311.2 Sending or bringing into state for sale or distribution; printing, exhibiting, distributing or possessing within state: (a) Every person who knowingly: sends or causes to be sent, or brings or causes to be brought, into this state for sale or distribution, or in this state prepares, publishes, prints, exhibits, distributes, or offers to distribute, or has in his possession with intent to distribute or to exhibit or offer to distribute, any obscene matter is guilty of a misdemeanor. [...].

Um júri da *Superior Court of Orange Country* condenou a conduta de Miller e o *California Court of Appeal for the Third District* manteve o veredicto. Marvin Miller, então, levou o caso à *Suprem Court* que lhe concedeu o *certiorari* e o julgou, no dia 21 de junho de 1973, de forma emblemática: muito mais importante do que a confirmação da condenação (por cinco votos a quatro), foi a instituição dos novos critérios definidores da obscenidade, que passaram a ser (e persistem sendo) o padrão judicial norte-americano para o manejo do assunto.

O *Mr. Chief Justice Burger* proferiu o *opinion of the Court* na qual foi reafirmado o entendimento que a obscenidade não está protegida pela garantia da liberdade de expressão. Além disso, ficou decidido que uma obra somente pode ser considerada obscena, do ponto de vista jurídico, se: a) segundo o homem médio e aplicando-se os padrões contemporâneos da comunidade, provocar, desde que integralmente considerada, o interesse lascivo; (b) retratar ou descrever, de modo patentemente ofensivo, conduta sexual ou funções excretórias, nos termos do que esteja assim definido na legislação estadual aplicável; (c) como um todo, não possua um sério valor literário, artístico, político ou científico<sup>18</sup>.

Desde 1973, esses parâmetros, que compõem aquele que ficou conhecido como “teste de Miller”, mantêm-se válidos à definição jurídica da obscenidade, no âmbito da Suprema Corte Norte-Americana. Claros do ponto de vista semântico, coesos sob a ótica da racionalidade, coerentes sob a perspectiva pragmática, os requisitos cumulativos indicados no teste de Miller operam no plano da realidade e, bem por isso, têm resistido à prova do tempo: a conjugação dessas suas virtudes resulta em segurança jurídica.

---

<sup>16</sup> No mesmo ano, os déficits operacionais do *standard Roth* voltaram a ser questionados: no julgamento *Cohen v. California* (378 U.S. 184), o *Justice HARLAN* consignou em sua *opinion* esta famosa passagem (em livre tradução): “muitas vezes, aquilo que é a vulgaridade para um homem é, para outro, a sua lírica.”

<sup>17</sup> Como se vê, a redação do dispositivo é bastante semelhante àquela constante do artigo 234 do Código Penal brasileiro, situado, topologicamente, no Título VI (Crimes contra a dignidade sexual), Capítulo VI (Do Ultraje público ao pudor), da Parte Especial do citado Código. Note-se que naquele tipo legal, a exemplo do que ocorre com o artigo 233, previsto no mesmo *locus* da referida codificação, também consta o termo “obsceno”.

<sup>18</sup> *In verbis*: “1. Obscene material is not protected by the First Amendment. *Roth v. United States*, 354 U.S. 476, reaffirmed. A work may be subject to state regulation where that work, taken as a whole, appeals to the prurient interest in sex; portrays, in a patently offensive way, sexual conduct specifically defined by the applicable state law; and, taken as a whole, does not have serious literary, artistic, political, or scientific value. Pp. 413 U.S. 23-24; 2. The basic guidelines for the trier of fact must be: (a) whether “the average person, applying contemporary community standards” would find that the work, taken as a whole, appeals to the prurient interest, *Roth, supra*, at 354 U.S. 489, (b) whether the work depicts or describes, in a patently offensive way, sexual conduct specifically defined by the applicable state law, and (c) whether the work, taken as a whole, lacks serious literary, artistic, political, or scientific value. If a state obscenity law is thus limited, First Amendment values are adequately protected by ultimate independent appellate review of constitutional claims when necessary. Pp. 413 U.S. 24-25; 3. The test of “utterly without redeeming social value” articulated in *Memoirs, supra*, is rejected as a constitutional standard. Pp. 413 U.S. 24-25; 4. The jury may measure the essentially factual issues of prurient appeal and patent offensiveness by the standard that prevails in the forum community, and need not employ a “national standard.” Pp. 413 U.S. 30-34.”

---

O precedente *Miller vs. California* (413 U.S. 15, 1973), em suma, representa a síntese evolutiva intrínseca à necessidade de segurança jurídica referente ao tema, cujos padrões denotam o aperfeiçoamento de experiências progressas paradigmáticas.

### 3 - CINCO RAZÕES PARA CONSIDERAR *MILLER VS. CALIFORNIA* [413 U.S. 15 (1973)] COMO UM CONTRIBUTO VÁLIDO AO APERFEIÇOAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Como corolário do fundamento da soberania da República Federativa do Brasil (artigo 1.º, inciso I, da Constituição da República) é evidente que a jurisprudência estrangeira não opera efeitos vinculantes na ordem jurídica pátria, face à própria autonomia da jurisdição brasileira na resolução de casos concretos.

Com a presente tese não se postula a aplicabilidade direta do precedente estrangeiro à ordem jurídica nacional. Pondera-se, isso sim, no sentido de que a vasta experiência histórica da Suprema Corte Norte-Americana no enfrentamento da temática que conjuga “obscenidade” e “liberdade de expressão” não merece ser olvidada: os argumentos esgrimidos na elaboração dos julgamentos ali proclamados podem servir, sem maiores entraves e naquilo em que seus conteúdos forem passíveis de transposição, como proveitoso manancial informativo à jurisprudência brasileira. Não se cogita, sublinhe-se, uma tentativa de transmutação da forma de expressão do nosso direito positivo, erigido sob consagradas bases do *civil law*, para aquela do *common law*, vigente nos Estados Unidos<sup>19</sup>. A questão é que a regra do precedente exige apurada racionalidade<sup>20</sup> e comprovada funcionalidade pragmática como meios de garantir certeza, coesão e a possibilidade mesma de existência do próprio *common law*<sup>21</sup>; assim, a vetustez de um julgado no sistema anglo-americano significa que o valor de sua *ratio decidendi* já foi posto inúmeras vezes à teste: se subsiste, razões realmente relevantes justificam-no<sup>22</sup>.

A primeira dessas razões, que justificam a aplicação do teste de Miller como um contributo válido ao aperfeiçoamento da jurisprudência brasileira, diz respeito à efetividade do magno princípio da segurança jurídica<sup>23</sup>, que fundamenta o próprio Estado Democrático de Direito. Até que encontremos a nossa particular fórmula para a definição do obsceno penalmente relevante, a utilização de parâmetros já submetidos à prova do tempo em uma democracia constitucional importante se impõe como postura oportuna à eficácia do “direito à segurança de direitos”<sup>24</sup>. Com efeito, “alguma segurança jurídica” significa algo incomparavelmente melhor que “segurança jurídica alguma”.

Em segundo lugar, é irrefutável que a democracia americana está consolidada: nela, a liberdade de expressão é direito fundamental extraordinariamente efetivo; significa dizer que invocar a larga e sólida experiência jurisprudencial da Suprema Corte Norte Americana não implicará em elogio ao puritanismo<sup>25</sup>, mas sim um racional balizamento dos limites do exercício daquela mesma liberdade, a ser inclusive considerada em acepção

---

<sup>19</sup> Embora os julgados cujos temas são reconhecidos de repercussão geral e as súmulas vinculantes, exarados pelo Supremo Tribunal Federal, em alguma medida, aproximam-se dessa noção de ordenamento jurídico também estribado em precedentes jurisdicionais e não somente em normas legais.

<sup>20</sup> Entendida em acepção idêntica àquela proposta por PULIDO (2013, p. 62-64), ou seja, composta pelos critérios da clareza e consistência conceitual, consistência normativa, saturação (*i.e.*, a completude do argumento mediante a abrangência de todas as premissas que lhe pertencem), respeito à lógica dedutiva, respeito às cargas de argumentação, consistência argumentativa e coerência.

<sup>21</sup> Nesse sentido, cf. DAVID (1996, p. 341-343).

<sup>22</sup> Como observa FRANÇA (1999, p. 157): “mudar uma jurisprudência no regime do *Common Law* é algo muito mais grave e difícil que revogar uma lei entre nós, pois os julgados recentes, como nos informa René David, não podem competir em valor com os mais antigos, considerados, muito mais que aqueles, como verdadeiros e obrigatórios”. De qualquer maneira, cumpre sublinhar que “dificuldade” de câmbio jurisprudencial não significa exatamente “absoluta imutabilidade dos precedentes”. Dissertando especificamente sobre as alterações jurisprudenciais no cenário norte-americano, escreve DAVID (*op. cit.*, p. 392): “A possibilidade que teve o Supremo Tribunal dos Estados Unidos de efetuar mudanças de jurisprudência revelou-se fundamental. Permitiu ao Supremo Tribunal adaptar a sua interpretação da Constituição dos Estados Unidos às correntes de pensamento e às necessidades econômicas do mundo moderno; assegurou, por isso mesmo, a estabilidade das instituições políticas americanas, permitindo aos Estados Unidos viver sob o domínio de uma Constituição que só pode ser modificada com extrema dificuldade. O Supremo Tribunal dos Estados Unidos pôde, graças à possibilidade que lhe era oferecida, desarmar a corrente de hostilidade que tinham provocado, antes de 1936, o seu conservadorismo exagerado e a sua estreita ligação aos princípios de um liberalismo superado; surge atualmente, de um modo que seria surpreendente há cinquenta anos, como um elemento de progresso da nação”. Note-se: o sistema de precedentes norte-americano revela-se exitoso na evitação do engessamento jurisprudencial no *common law* e eficiente em tema de abertura às mudanças, quando elas se anunciam proveitosas ao avanço da sociedade.

<sup>23</sup> Segundo ATIENZA (*apud* VIGO, 2005, p. 271), por segurança jurídica “deve-se entender capacidade de um determinado ordenamento jurídico para tornar previsíveis, isto é, seguros, os valores liberdade e igualdade”.

<sup>24</sup> A feliz expressão é utilizada, no campo do asseguramento dos Direitos Humanos, por PIOVESAN e IKAWA (2009, p. 47-83).

<sup>25</sup> “Um pudor excessivo cai no rigorismo dos costumes, na pudicícia, na hipocrisia, no puritanismo”, observam GUITTON e ANTIER (2003, p. 176).

---

penalmente relevante.<sup>26</sup> De fato e *de jure*, os critérios componentes do teste de Miller, datados de 1973, permanecem vigentes também como consequência da razoabilidade que lhe é inerente.

Terceiro: os raciocínios que integram a *ratio decidendi* dos precedentes oferecem ao juiz — consoante pontua Alf Ross<sup>27</sup> — “um copioso acervo de material para lhe servir de orientação”. Entre nós, em clássico escólio, Carlos Maximiliano<sup>28</sup> pontificava que “o estudo dos julgados aproveita, sobretudo, como elemento de hermenêutica”. Significa dizer, que o precedente *Miller vs. California*, que culminou da elaboração do teste ora discutido, é portador de argumentos cuja universalidade servem à construção de uma ainda maior explicitação (desde que se a tenha por imperativa) do sentido social do obsceno, apto a legitimar a eficácia do *jus puniendi*.

Como quarta razão, cumpre reconhecer que os Estados Unidos, assim como o Brasil, é um país de dimensões continentais, marcado por significativas variações culturais nos diferentes entes jurídico-políticos que lhe compõe a federação: na medida em que a *Supreme Court* não cravou uma definição categórica do que venha a ser a obscenidade, enumerando apenas critérios para o seu reconhecimento, nada impede que tais parâmetros, neutros *per se*, possam ser utilizados na realidade brasileira, uma vez que os conteúdos de tais indicadores serão preenchidos pela carga axiológica que informa especificamente aos nossos diversos cenários culturais. Justamente por isso, o teste de Miller notabiliza-se adaptável a diferentes coordenadas espaço-temporais, admitindo sua incorporação à experiência judicante brasileira; afinal, ela é pautada — assim como a estadunidense — por um constitucionalismo que tem na liberdade de expressão um valor fundamental à composição da estrutura jurídico-democrática.

Por fim, a quinta justificativa: recentemente o próprio Supremo Tribunal Federal invocou os critérios instituídos em *Miller vs. California* (413 U.S. 15, 1973), apoiando-se neles para a solução de caso submetido ao âmbito de sua competência constitucional. Esta postura, empenhada pela nossa mais alta Corte, sinaliza, de forma clara, a validade e a oportunidade do emprego do teste de Miller na definição jurídica de obscenidade, também entre nós.

#### 4 - O TESTE DE MILLER NO ORBE JUDICANTE BRASILEIRO

Os critérios do teste de Miller já foram apontados, pelo Supremo Tribunal Federal, como legítimos à valoração jurídica da obscenidade.

Em 17 de agosto de 2016, no Recurso Extraordinário 89.8450/SP, o Tribunal Pleno, por maioria e em âmbito de Repercussão Geral, decidiu que “Editais de concurso público não podem estabelecer restrição a pessoas com tatuagem, salvo situações excepcionais em razão de conteúdo que viole valores constitucionais”. Nesse mesmo julgamento, os limites da liberdade de expressão frente à obscenidade também foram incidentalmente considerados, com expressa menção ao teste de Miller: no item 16 da ementa do Acórdão constou, inclusive, a discriminação de seus três requisitos; no *corpus* do erudito voto enunciado pelo eminente Senhor Ministro Relator Luiz Fux, restou consignado (sem grifos e/ou omissões no original):

O Estado não pode encarar a **liberdade de expressão como algo absoluto**, porque não o é [...].

Especificamente quanto ao significado do que seria obscenidade, **são seguros os critérios apontados pela Suprema Corte norte-americana no famoso aresto *Miller vs. California* de 1973 [413 U.S. 15 (1973)]**. Nele, a Corte Constitucional dos Estados Unidos apontou que **um ato será obsceno quando:**

---

<sup>26</sup> A propósito, assinala LEWIS (2011, p. 9): “Os americanos são mais livres do que qualquer outro povo para pensar o que quiserem e dizer o que pensam, e mais livres hoje do que no passado. [...] Há pouquíssima chance de sermos impedidos por um tribunal de publicar o que quisermos: na mídia impressa, no rádio, na televisão ou na internet. Expressões odiosas e chocantes, políticas ou artísticas, são quase todas livres para ingressar no mercado de ideias. [...] De onde vem nossa liberdade extraordinária? A resposta mais comum é ‘da Primeira Emenda.’” Vide, ainda, que, em 1986, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos valeu-se da experiência dos juízes estadunidenses em causa alusiva ao tema da liberdade de expressão (cf. *ibidem*, p. 13-14).

<sup>27</sup> ROSS (2003, p. 117).

<sup>28</sup> MAXIMILIANO (1994, p. 179).

- 
- (i) o homem médio, seguindo **padrões contemporâneos da comunidade**, considere que a obra, tida como um todo, atrai o **interesse lascivo**;
  - (ii) quando a obra retrata ou descreve, **de modo ofensivo, conduta sexual**, nos termos do que definido na legislação estadual aplicável,
  - (iii) quando a obra, como um todo, **não possua um sério valor literário, artístico, político ou científico**. [...].

Depreende-se da fundamentação do referido voto que o Supremo Tribunal Federal: a) não reconhece a liberdade de expressão como direito fundamental absoluto; b) não reconhece a obscenidade como protegida pela liberdade de expressão; c) reconhece que a interpretação da *Supreme Court* dada à Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos servem de subsídio hermenêutico à interpretação de termos normativos constantes em nossa ordem jurídicas; d) reconhece a oportunidade dos critérios do teste de Miller, qualificando-os, inclusive, como “seguros”.

De outra parte, não soam absolutamente problemáticos os parâmetros lançados nos itens que integram o citado balizador. Primeiro porque o aresto é expresso em abranger tanto o ato como a obra (espécies do gênero “expressão”) permeados pela obscenidade. Segundo porque as perquirições concernentes ao “homem médio”<sup>29</sup>, referido no citado teste, não dizem respeito à culpabilidade (categoria infensa aos modelos ideais, posto que a aferição do reproche penal exige indivíduos concretos insertos em contextos particulares); de todo modo, a compreensão, segundo a ótica normativa, do que venha a ser “homem médio” chega a ser notória: extremismos não cabem ao reconhecimento da figura normativa. Terceiro: é verdade que os entes federativos que compõem o Estado brasileiro não produzem sua própria legislação penal; assim, a legislação estadual aplicável, mencionada no teste, pode e deve ser entendida sob perspectiva consuetudinária do local onde os fatos se deram, o que confere versatilidade e adequação contextual à perquirição da obscenidade, tal como deve mesmo ser. Por fim, o ato reputado “obsceno”, por vezes, pode sim estar entrelaçado com conjunturas políticas e mesmo consubstanciar uma invenção artística (tal como pode ocorrer em espetáculos teatrais, ou ainda em *performances e happenings*).<sup>30</sup>

Em suma, a afirmação da obscenidade não se faz pelo exame *in vitro* da expressão, mediante abstrações da realidade circundante. O obsceno exige mais do que a “leitura seca” do texto isolado, mais do que a apreciação da conduta sem entorno, mais do que a aferição do comportamento avulso. Avaliar as circunstâncias objetivas de tempo e espaço, bem como analisar as condições subjetivas referentes ao emissor e ao receptor da expressão questionada são medidas imprescindíveis. Nesse panorama, aquilo que pode ser percebido como obsceno em determinada região de uma cidade pode já não o ser em local bem próximo dali, inclusive no mesmo horário (*v.g.*, o banhista em uma praia de nudismo não age do mesmo modo nem com dolo idêntico àquele do sujeito que exhibe a sua genitália, na hora de *rush* e em plena avenida central). Por isso, conforme Beatriz Bastide Horbach, “é evidente que o conceito de obscenidade e pornografia é relativo, e varia de acordo com a época, o contexto e a sociedade.”<sup>31</sup>

A taxativa menção, pelo Supremo Tribunal Federal, a precedentes da Suprema Corte Norte-Americana estabelece duas noções, portanto: a) que eles podem contribuir como seiva inspiradora à formação da jurisprudência nacional; b) que a admissibilidade de aplicação do teste de Miller ao reconhecimento do obsceno, já está consumada na nossa mais alta Corte.

---

<sup>29</sup> SOLER (2000, p. 353) assevera que o significado da tutela penal frente às obscenidades “no se trata de proteger ni un sentido muy depurado del pudor (el de una monja) ni solamente las formas más groseras de ofensa (la que puede sentir una prostituta). En este sentido es preciso que el juez se coloque en un término medio normal, para lo cual deberá tomar especialmente en cuenta las circunstancias históricas y de lugar, ya que éstas son variables”. Eis, pois, o sentido jurídico da expressão “homem médio”, ora manejada.

<sup>30</sup> A compreensão da expressão artística do obsceno, pelo “homem médio”, não cabe nas mesmas bitolas de entendimento de outras formas de expressão. Por conseguinte, de acordo com BUCHHOLZ (1969, p. 353), “en la cuestión de la deshonestidad de una obra de arte, habrá que orientarse a la persona abierta al arte, o, por lo menos, preocupada por su comprensión, esto es: a la persona artísticamente interesada.”

<sup>31</sup> HORBACH (2014, p. 74).

---

## 5 - CONSIDERAÇÕES FINAIS E TESE

A história dos precedentes da *Supreme Court* revela que, à luz da Primeira Emenda da Constituição Norte-Americana, a tentativa de estabelecer critérios previsíveis ao reconhecimento da expressão juridicamente obscena, é tarefa imperativa, embora árdua e arredia a consensos. Nesse horizonte, o chamado “teste de Miller” fulgura como o padrão vigente nos Estados Unidos, desde 1973, além de ter sido, recentemente, mencionado por expresse no orbe judicante brasileiro, pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

A segurança jurídica é, simultaneamente, um núcleo de garantia e um ponto de convergência e de expansão de todos os demais direitos, um meio e um fim, um princípio irrenunciável e um valor fundamental de uma autêntica democracia orientada à efetividade dos direitos humanos. Com efeito, a fruição das liberdades nos limites da lei prévia inteligível, racional, ética e justa, a incoerência de discriminações desprovidas de fundamentação estribada em lei dotada daqueles qualificativos e a aversão pelo casuísmo vacilante elevado à condição de regra, constituem componentes conceituais indeclináveis à percepção de um Estado Democrático e de Direito pautado pela segurança jurídica. Assim como a graça da visão mais nos cintilará se, por descabida ordem de um tirano, formos condenados à completa cegueira, a essencialidade da segurança jurídica com maior distinção se revela no caos instalado pelo império de seu avesso, que só se instala por força do arbítrio.

Se por um lado, a inconstitucionalidade do art. 233 do Código Penal não soa exata, por outro lado, cogitar do incremento do ônus argumentativo apto em contribuir na definição do obsceno penalmente relevante — a partir da adoção de critérios objetivos, previsíveis, claros e uniformes, passíveis de ser empenhados na solução dos casos concretos — é razoável diante do primado segurança jurídica.

Fora de dúvida que o Pretório Excelso pode simplesmente afirmar que o conteúdo do predicado de valor “obsceno”, na República Federativa do Brasil, deve ser preenchido, nas tipificações penais em que constar, de acordo com a valoração de cada órgão de jurisdição. No entanto, desde que deste modo não se entenda, ao argumento de que tal providência implicaria em uma desmedida abertura no tipo penal, ainda assim não há justificativa para a declaração de inconstitucionalidade requerida, sob o fundamento de que o “obsceno” é de todo insubmisso à reserva legal e à compreensão do significado do injusto culpável, por parte do agente. Essa afirmação é não só possível, mas perfeitamente correta, na medida em que já por uma vez, o Supremo Tribunal Federal reconheceu válido o manejo do teste de Miller para, justamente, conferir segurança jurídica a determinado caso concreto, nada impedindo que agora o faça novamente para afirmar aquilo que já o disse: o conceito jurídico de obsceno não é completamente infenso à possibilidade de determinação penalmente relevante.

Nos domínios do Direito Penal a efetividade da garantia de liberdade é indeclinável: a completa indefinição de qualquer predicado de valor presente em um tipo legal merece ser superada, não havendo qualquer óbice em considerar, para tanto, experiências judicantes já consagradas, em especial aquelas operadas em democracias consolidadas. Posto isso, ***ao menos os critérios do teste de Miller podem significar um fundamento eficaz bem como uma contribuição hermenêutica válida para o afastamento da inconstitucionalidade pretendida no leading case consubstanciado no Recurso Extraordinário n.º 1093553/RS e que encarta o tema 989 de Repercussão Geral, em tramitação no Supremo Tribunal Federal.*** Já admitido pela própria Corte Excelsa como apto ao reconhecimento jurídico do “obsceno”, o teste de Miller pode incrementar o primado constitucional da segurança jurídica e, como tal, é sobremaneira consentâneo à realidade do Estado Democrático e de Direito brasileiro.

Essa é a tese, afinal.

---

## 6 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEX, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- BAKER, C. Edwin. "Autonomy and Hate Speech". In: HARE, Ivan; WEISTEIN, James (eds.). *Extreme speech and democracy*. Oxford: Oxford University Press, p. 139-157, 2010.
- BUCHHOLZ, Ernest. ¿Cuándo es deshonesto el arte? In: BAUER, Fritz; BÜRGER-PRINZ, Hans; GIESE, Hans; JÄGER, Herber (Ed.). *Sexualidad y crimen*. Versión de la 3ª edición alemana por Enrique Gimbernat. Madrid: REUS, p. 343-354, 1969.
- COLOMB, Philippe. "Liberdade de expressão" (verbete). Tradução Paulo Neves. In: CANTO-SPERBER, Monique (Org.). *Dicionário de ética e filosofia moral*. Tradução Ana Maria Ribeiro-Althoff ... [et. al.]. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, p. 621/623, 2013.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. Tradução Hermínio A. Carvalho. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- DWORKIN, Andrea; MacKINNON, Catherine A. *Pornography and Civil Rights: a new day for women's equality*. Minneapolis, Organizing Against Pornography, 1988.
- FISS, Owen M. *La ironía de la libertad de expresión*. Traducción Víctor Ferreres Comella y Jorge F. Malem Seña. Barcelona: Editorial Gedisa, 1999.
- FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 7.ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1999.
- GUITTON, Jean; ANTIER, Jean-Jacques. *O livro da sabedoria e das virtudes redescobertas*. Tradução de José Luiz Miranda. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.
- HORBACH, Beatriz Bastide. Liberdade artística, obscenidade e o Supremo Tribunal Federal: HC 83.996. In: HORBACH, Beatriz Bastide; FUCK, Luciano Felício (Coord.). *O Supremo por seus assessores*. São Paulo: Almedina, p. 65-78, 2014.
- LEWIS, Anthony. *Liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da Primeira Emenda à Constituição americana*. Tradução Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Tradução Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PULIDO, Carlos Bernal. *O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais*. Tradução de Rosa Bustamante com a colaboração de Bruno Stiegert. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela. "Segurança jurídica e direitos humanos: o direito à segurança dos de direitos". In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. 2. ed., rev. e ampl. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, p. 47-83, 2009.
- ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Tradução de Edson Bini. 1. reimpr. Bauru: EDIPRO, 2003.
- SIEBERT, Fred S. *Four theories of the press: the authoritarian, libertarian, social responsibility and soviet communist concepts of what te press should be and do*. Chicago: University of Illinois Press, 1984.
- SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. Vol. III. 4. ed. Buenos Aires: TEA, 2000.
- SUSTEIN, Cass R. *A Constituição parcial*. Luiz Moreira, coordenador e supervisor; Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli, tradutores. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*. Tradução Susana Elena Dalle Mura: revisão e notas Alfredo de J. Flores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

## Reflexões sobre a lavagem de dinheiro operada pela macrocriminalidade corporativa ligada a prática do crime de omissão de recolhimento

WILLIAM GARCIA PINTO COELHO<sup>1</sup>

RODRIGO ANTONIO RIBEIRO STORINO<sup>2</sup>

*Promotores de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais*

### JUSTIFICATIVA

O objetivo geral da pesquisa é a realização de análise crítica e reflexiva para o desenvolvimento de parâmetros que efetivem a persecução criminal da lavagem de dinheiro antecedida da prática de crimes contra a ordem tributária.

Para tanto serão estudados de maneira panorâmica os aspectos gerais dos crimes contra a ordem tributária, com a distinção entre a sonegação fiscal e o omissão de recolhimento.

Serão abordadas de maneira específica as características e requisitos do crime de omissão de recolhimento, enfatizando sua necessária censurabilidade na esfera penal como mecanismo de prevenção de ilícitos e resguardo de direitos sociais.

Em seguida, exploradas as tipologias, fases, rol de crimes antecedentes e momento da consumação da lavagem de dinheiro, evidenciando que sua eficiente persecução é necessária para a defesa de direitos fundamentais coletivos.

Justifica-se a pesquisa sob a perspectiva teórica para propor critérios de persecução que tragam maior eficácia na apuração dos crimes de lavagem de dinheiro, contraditando a partir de olhar crítico posicionamentos doutrinários criadores de requisitos não previstos em lei, que esvaziam e dificultam o processamento de tais delitos.

Sob o enfoque prático a pesquisa é importante para nortear e uniformizar a atuação do Ministério Público no combate a macrocriminalidade corporativa e a corrupção através da apuração de crimes de lavagem de dinheiro.

---

1 Promotor de Justiça em Minas Gerais. Mestre em Estudos Anticorrupção pela Academia Internacional Anticorrupção (IACA) na Áustria e Especialista em Inteligência de Estado pela Fundação Escola do Ministério Público de Minas Gerais. Coordenador do Centro de Apoio Operacional de Defesa da Ordem Econômica e Tributária (CAOET/MPMG). Ex-Presidente e Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público de Minas Gerais. Endereço eletrônico: william@mpmg.mp.br.

2 Promotor de Justiça em Minas Gerais. Mestre em Direito Processual Coletivo pela Universidade de Itaúna/MG. Professor de pós-graduação *lato sensu* do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público de Minas Gerais na disciplina de crimes contra a ordem econômica e tributária. Professor de pós-graduação *lato sensu* da Fundação Escola do Ministério Público de Minas Gerais. Coordenador Regional de Belo Horizonte do Centro de Apoio Operacional de Defesa da Ordem Econômica e Tributária (CAOET/BH). Endereço eletrônico: storino@mpmg.mp.br.

### 1. A ORDEM TRIBUTÁRIA SOB A ÓTICA CRIMINAL

#### 1.1. CONTEXTUALIZAÇÃO DO REGRAMENTO DO ICMS APLICADA A PESQUISA

Os crimes contra a ordem tributária estão diretamente ligados a atividade fiscal, exercida nos estados pela Receitas Estaduais, órgãos do Poder Executivo, vinculados as Secretarias Estaduais de Fazenda Pública. Tais órgãos de fiscalização compõe o Sistema de Justiça, o qual é formado ainda por órgãos jurisdicionais, investigativos e de controle, tendo como uma de suas missões precípua a defesa do direito fundamental a probidade administrativa.

Cabe ao Sistema de Justiça combater a corrupção de maneira abrangente, impedindo não só a retirada ilícita de valores já destinados a serviços públicos, mas também atuando de modo efetivo para evitar a dissipação prévia de valores que deveriam ser usados nesses serviços.

Nessa lógica, os crimes contra a ordem tributária são atos de corrupção em sentido *lato*, pois impedem a entrada de recursos públicos utilizados para criação de infraestrutura coletiva.

Além do prejuízo social e aos cofres públicos, os crimes contra a ordem tributária afetam o direito fundamental a livre concorrência e causam distorção de mercado. Isso porque os criminosos estruturam modelo de negócio para sistematicamente não pagar ou pagar de modo reduzido o ICMS. Com a vantagem financeira previamente sabida, os criminosos conseguem praticar melhores preços no mercado de consumo, dificultando a concorrência por aqueles que atuam legalmente.

A partir desse panorama verifica-se a importância de tutela penal proporcional na seara tributária, tendente a impactar concretamente as escolhas dos agentes econômicos, prevenindo a prática de ilícitos que afastam da sociedade recursos básicos e desequilibram o mercado de consumo.

Os crimes contra a ordem tributária têm como bem jurídico tutelado primário a própria ordem tributária. Secundariamente, ainda protegem a Administração Pública, a fé pública e a livre concorrência (BALTAZAR JR, 2006).

Nesta pesquisa estudamos os crimes contra a ordem tributária cometidos com a supressão ou diminuição do valor do ICMS devido. O ICMS é um imposto, de competência estadual, incidente sobre operações mercantis, que tem como uma de suas principais características ser indireto, sob a lógica do princípio da não cumulatividade. Isso significa que a carga tributária é de fato suportada pelo consumidor, havendo repercussão tributária na relação dos integrantes da cadeia produtiva, cada qual realizando o recolhimento do imposto somente na proporção do ainda não pago na etapa anterior.

A depender da previsão normativa, o ICMS pode incidir sobre operações próprias ou por substituição tributária. Nas operações próprias, o contribuinte é sujeito passivo direto da relação jurídica tributária. Já na substituição tributária, a norma, em geral por questões de eficiência na arrecadação e fiscalização, elege responsável para o recolhimento do ICMS devido em toda a cadeia produtiva, sendo este o sujeito passivo indireto da relação tributária.

Destaque-se ainda que para facilitar a arrecadação e a fiscalização o recolhimento do ICMS opera-se periodicamente, em regra de maneira mensal, através do sistema de débito/crédito ou pelo sistema de crédito presumido.

No sistema débito/crédito o contribuinte contabiliza todas as operações por ele realizadas. Seu débito é o valor devido de ICMS em cada uma das operações e seu crédito é o valor já pago de ICMS nas cadeias produtivas anteriores. Ao final, o contribuinte paga caso seu débito supere o crédito. Caso contrário, pode compensar o valor excedente de crédito no período posterior.

No sistema de crédito presumido a lógica de pagamento é a mesma, modificando-se o parâmetro de creditação, o qual é presumido pela norma tributária independentemente da contabilização das operações efetivamente realizadas.

A esta pesquisa interessa comparar os crimes contra a ordem tributária de sonegação fiscal e omissão de recolhimento.

Os crimes de sonegação fiscal têm como elemento fundamental a efetiva supressão ou diminuição do ICMS devido mediante conduta fraudulenta, especificada nos incisos do artigo 1º da Lei 8.137/90.

---

Os fraudadores se valem em geral da “guerra fiscal” entre os estados federativos. Em que pese a existência do CONFAZ (Conselho Nacional de Política Fazendária), cada estado tem o seu próprio regulamento do ICMS, sendo ainda permitido a celebração de convênios interestaduais para setores, produtos ou operações específicas. A prática mostra que na maioria dos casos a fraude consiste na criação de um caminho simulado (falso) para as operações, com o intuito do não pagamento ou pagamento a menor do ICMS.

A título de exemplo, a empresa Alpha, localizada em Belo Horizonte/MG, quer vender feijão para a empresa Beta, localizada em Contagem/MG. Contudo, em tal operação incide ICMS no percentual de 18% sobre o valor da mercadoria. Para não pagar tal tributo, em que pese de fato a mercadoria sair diretamente da Alpha para a Beta; de direito, a Alpha emite nota fiscal falsa para Delta, empresa de fachada localizada em Goiânia/GO, a qual por sua vez emite nota fiscal falsa para a empresa Ômega, empresa de fachada localizada em Montes Claros/MG, que assume o passivo tributário devido e finalmente emite nota fiscal falsa para a Beta, justificando a entrada e o estoque de feijão naquela.

No exemplo fictício, os criminosos se valeram de convênio entre os estados de Minas Gerais e Goiás, que permite a não incidência de ICMS na saída do estado em caso de produtos de alimentação básica destinados a Goiás. O convênio define também como integralmente responsável pela carga tributária, a título de substituição tributária, a empresa mineira que receber produtos dessa natureza de Goiás. Com isso, a carga tributária mineira recai integralmente sobre a Ômega, que é de fachada, sem patrimônio e em nome de laranja, pelo que a dívida nunca será paga e a empresa substituída por outra semelhante quando detectada pela Receita Estadual. Noutro giro, a empresa Beta, atuante de fato no mercado, sonega o ICMS devido, conseguindo melhores preços em seus produtos, afetando a livre concorrência e distorcendo o mercado. É necessário provar a ciência da Beta sobre a fraude, para que haja vinculação de seu patrimônio ao débito tributário criado.

O simplório exemplo apresentado, corriqueiro no combate de crimes contra a ordem tributária, comprova que sonegar se equivale a fraudar.

Noutro giro, no crime de omissão de recolhimento, previsto no artigo 2º, II da Lei 8.137/90, não há conduta fraudulenta, pois este se consuma com o não recolhimento (pagamento) ao Fisco do ICMS declarado e cobrado pelo sujeito passivo da obrigação tributária.

## **1.2. A RELEVÂNCIA DA TIPICIDADE PENAL DO CRIME DE OMISSO DE RECOLHIMENTO**

O crime de omissão de recolhimento se caracteriza pela apropriação por parte do particular do valor público do ICMS por ele cobrado.

Destaque-se que o ICMS cobrado não integra em momento algum o patrimônio do sujeito passivo, o qual tem a posse sobre o valor apenas em decorrência de obrigação acessória que lhe atribui à responsabilidade de cobrar o imposto e o repassar a Fazenda Pública, sua real e única proprietária.

No crime de omissão de recolhimento há a apropriação indébita do valor do ICMS cobrado, pelo que o tipo é também nominado de apropriação indébita tributária.

Contudo, o omissão de recolhimento apresenta especialidades que o diferenciam do gênero da apropriação indébita, previsto no artigo 168 do Código Penal.

Assim, em que pese a inversão do título da posse sobre a coisa alheia, no caso tributário o valor cobrado de ICMS, no omissão de recolhimento esta inversão ocorre em momento específico, qual seja, no momento do não pagamento (recolhimento), bem como há autodeclaração do sujeito passivo quanto ao tributo devido (ausência de fraude).

Já na apropriação indébita gênero não há um momento pré-definido para inversão da posse e não há autodeclaração do autor quanto a coisa apropriada, pelo que a fraude é um elemento acidental do tipo, que resta caracterizado desde que haja previamente dolo de apropriação.

Como o crime de omissão de recolhimento se diferencia da sonegação fiscal justamente em razão da ausência de fraude e como a apropriação indébita gênero pode apresentar fraude em sua configuração, preferimos nesta pesquisa o nome omissão de recolhimento justamente para enfatizar que se trata de crime cometido sem fraude e clandestinidade.

---

Noutro giro, a ausência de fraude e clandestinidade na conduta do sujeito passivo no crime de omissão de recolhimento não significa que houve a criminalização do inadimplemento do ICMS. Muito pelo contrário, ao direito penal, como última *ratio*, interessa apenas a criminalização de condutas graves sob o aspecto social, como ocorre no omissão de recolhimento com a indevida apropriação do valor público pelo particular responsável por seu pagamento de maneira sistemática.

O RHC 163.334/SC, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em dezembro de 2019, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, fixou a tese de que há crime de omissão de recolhimento quando o contribuinte deixa de recolher, de forma contumaz e com dolo de apropriação, o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço<sup>3</sup>.

Dessa maneira, a contumácia e o dolo de apropriação são elementos essenciais para a configuração do tipo penal previsto no artigo 2º, II, da Lei 8.137/90.

O não recolhimento contumaz é evidenciado através de modelo negócio baseado no não pagamento do imposto de maneira reiterada. Não parece necessária a fixação de periodicidade estática e mínima para a configuração da contumácia, pois tal análise é realizada diante das peculiaridades do caso concreto.

O dolo de apropriação também deve ser analisado de maneira casuística. Trata-se de dolo específico do tipo penal de omissão de recolhimento. A título de exemplo, verifica-se a presença do dolo de apropriação quando os valores não recolhidos sistematicamente geram enriquecimento ilícito do autor, ou lesão a concorrência ou foram usados para o financiamento das atividades corporativas.

As graves consequências sociais advindas do crime de omissão de recolhimento comprovam a necessidade de sua censurabilidade na seara criminal. Este crime contra a ordem tributária cria modelos de negócios de apropriação sistemática de valores públicos, afeta a livre concorrência e impacta as políticas públicas com o não ingresso de recursos essenciais.

Assim, a partir de interpretação teleológica, a atipicidade desta conduta tenderia em potencializar os crimes contra a ordem tributária e a migração da sonegação fiscal para o omissão de recolhimento, em decorrência da desnecessidade de fraude e clandestinidade, bem como o alcance do mesmo objetivo de não pagar ou pagar a menor o tributo.

Os resultados da interpretação teleológica apresentada se ancoram no paradigma da análise econômica do direito, que busca a indução da prática de comportamentos sociais desejados e desincentivo aos indesejados, tendo como pressuposto a atuação humana a partir da escolha racional. A escolha racional tem como norte a noção de que as pessoas, na tomada de decisões, respondem a incentivos (MACKAAY e ROUSSEAU, 2015).

Por isso, considerar o omissão de recolhimento como crime representa legítimo incentivo a mudança de escolhas nas decisões corporativas quanto ao pagamento de tributos, dissuadindo prejuízos aos cofres públicos e distorções de mercado.

O artigo 2º, II, da Lei 8.137/90 tem previsão da tipificação do omissão de recolhimento a partir da cobrança ou desconto do valor do tributo ou contribuição social.

O valor cobrado é aquele efetivamente recebido (arrecadado), que se aplica aos impostos indiretos, nos quais há aumento no valor do produto suportado pelo consumidor (contribuinte de fato). Já o valor descontado é utilizado nos impostos diretos, com retenção do tributo na fonte, como ocorre por exemplo no Imposto de Renda<sup>4</sup>.

O exemplo do Imposto de Renda é didático para reforçar a necessidade de tipificação criminal do omissão de recolhimento, pois a cultura de retenção na fonte deste imposto no Brasil facilita a compreensão de que aquele valor não é do empregador que a retém, mas sim da União, e o que seu não repasse (recolhimento) configura crime e não justificável inadimplemento, como pensam alguns quando a matéria é ICMS.

O crime de omissão de recolhimento é próprio, recaindo sobre o sujeito passivo da obrigação tributária.

No que tange ao momento de sua consumação, há divergência doutrinária. A corrente tradicional e majoritária defende que se trata de crime formal, consumado com o não recolhimento do ICMS cobrado. Já corrente minoritária, defendida por Renato Brasileiro de Lima, defende se tratar de crime material, consumando-se no momento da constituição definitiva do crédito tributário na seara administrativa.

---

<sup>3</sup> O Supremo Tribunal Federal apresentou coerência em sua jurisprudência ao excluir o ICMS da base de cálculo do PIS e COFINS justamente pela compreensão de que se trata de patrimônio público e não do sujeito passivo (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 559.937/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 20/03/2013).

<sup>4</sup> Essa diferenciação técnica já foi feita pelo Superior Tribunal de Justiça, em sua 3ª Seção, no HC 399.109/SC, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, publicada no DJe 31/08/2018.

---

Renato Brasileiro ancora seu posicionamento no princípio da isonomia, aplicando-se raciocínio análogo ao decidido pelo Supremo Tribunal Federal no Inq. 2.537 AgR/GO, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, publicada em 12/06/2008, referente ao crime de apropriação indébita previdenciária, na qual fixou-se a necessidade de aguardar o exaurimento da instância administrativa para a configuração da tipicidade penal do fato.

Ocorre que não há isonomia entre a apropriação indébita previdenciária e o crime de omissão de recolhimento em razão das peculiaridades da apropriação tributária de inversão da posse no momento do não pagamento (recolhimento) e autodeclaração do sujeito passivo quanto ao tributo devido (ausência de fraude e clandestinidade).

Essa diferença entre os tipos dos artigos 337-A do Código Penal e 2º, II da Lei 8.137/90 se reflete no processo de lançamento.

A apropriação indébita tributária, prevista no artigo 337-A do Código Penal, nominado de Sonegação de Contribuição Previdenciária, possui rito de lançamento similar à sonegação fiscal, prevista no artigo 1º da Lei 8.137/90.

O lançamento na sonegação fiscal inicia-se com o AIAF (Auto de Início de Ação Fiscal) originador do PTA (Processo Tributário Administrativo) no qual serão desenvolvidos as atividades fiscalizatórias. Nesse processo administrativo desenvolvem-se atividades de auditoria fiscal, em geral através de análises e cruzamento das informações constantes nos livros, estoque, contabilidade, fluxo de notas fiscais, controle de conta caixa e DAPI (Declaração de Apuração e Informação do ICMS). Finalizadas as atividades de fiscalização, há a lavratura de auto de infração, que constituiu o lançamento propriamente dito, com constituição do crédito tributário. Tal auto permite impugnação por parte do contribuinte, a qual em realizada, será julgada pelo Conselho de Contribuintes em contencioso administrativo. Findo o julgamento, em duas instâncias, há o trânsito em julgado administrativo, com o lançamento definitivo.

De acordo com a Súmula Vinculante n. 24 do Supremo Tribunal Federal, o lançamento definitivo do tributo é o marco temporal para o surgimento do elemento normativo do tipo do artigo 1º da Lei 8.137/90, por se tratar de crime material, sendo também o termo inicial do prazo prescricional.

Já no omissão de recolhimento o sujeito passivo declara e escritura nas DAPI's (Declarações de Apuração e Informação do ICMS) o ICMS devido e somente haverá PTA (Processo Tributário Administrativo) em caso de não recolhimento do valor declarado. Recorde-se não haver fraude e clandestinidade no omissão de recolhimento, pelo que este processo administrativo não possui fase fiscalizatória e de auditoria, pois o tributo devido é constituído a partir do declarado pelo contribuinte. Assim o PTA restringe-se a definir o período de omissão, com a notificação do devedor para pagamento da referida quantia. A notificação materializa o lançamento definitivo<sup>5</sup>.

Em razão da constituição do crédito tributário a partir da autodeclaração do contribuinte, ocorre preclusão lógica quanto a impugnação.

Ademais, ausente o contencioso neste processo administrativo, não parece haver relevância prática na discussão se o crime é formal ou material.

Para exemplificar, digamos que temos um período de omissão entre maio e agosto de 2018, materializado em um PTA (Processo Tributário Administrativo). Proposta a ação penal em julho de 2022. Considerando o crime formal, a denúncia abarcaria apenas os meses de julho e agosto, pois prescritos os créditos tributários de maio e junho. Considerando o crime material, a denúncia abarcaria todo o período do PTA (Processo Tributário Administrativo), pois somente em agosto de 2018 foi formalizado o processo e o fato se tornou típico com o lançamento definitivo consubstanciado na cobrança do período. Certo é que se a demanda criminal fosse proposta em setembro de 2022, o crime estaria prescrito, sendo ele material ou formal. Além disso, como o valor do crédito não interfere na tipologia criminal imputada, essa discussão parece ser estéril.

Ressalte-se ainda que ante a ausência de isonomia entre o omissão de recolhimento e apropriação indébita previdenciária, não parece que se deva utilizar por analogia a decisão do Supremo Tribunal Federal de 2008 para afirmar que o crime do artigo 2º, II, da Lei 8.137/90 é material.

---

<sup>5</sup> No que tange a modalidade de lançamento no omissão de recolhimento, prevalece doutrinariamente se tratar de lançamento por homologação. Contudo, na visão de Roque Antonio Carraza (CARRAZA, 2020) o lançamento se dá de ofício, pois este não se desnatura pelo fato do contribuinte ou terceiros cumprirem obrigações acessórias, fornecendo ao Fisco os dados e documentos necessários à apuração do *quantum debeat*.

---

## 2. A RELAÇÃO ACESSÓRIA DOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E A LAVAGEM DE DINHEIRO

### 2.1. ASPECTOS GERAIS DA LAVAGEM DE DINHEIRO

Apesar da sua pouca utilização prática no cotidiano do sistema de justiça, o crime de lavagem de dinheiro é simplório, não exigindo sofisticação ou complexidade no esquema fraudulento criado para a dissipação dos bens, direitos e valores provenientes de outros ilícitos já praticados.

Nessa lógica compreende-se lavagem de dinheiro como um processo tendente a fazer com que os produtos de um crime antecedente pareçam ter sido adquiridos legalmente (SPINELLI, 2003).

De maneira objetiva o tipo penal de lavagem de dinheiro, previsto no artigo 1º da Lei 9.613/98, prevê a ocultação e dissimulação do produto dos crimes antecedentes como seus verbos nucleares. Ocultar significa esconder o produto ilícito auferido. Já dissimular caracteriza-se por disfarçar o referido produto para garantia e reforço de sua ocultação.

Além da ocultação e/ou dissimulação prevista no caput, do artigo 1º da Lei 9.613/98, ainda são punidas como lavagem de dinheiro nos parágrafos do mesmo artigo as condutas de uso de meios - descritos na lei - para ocultação ou dissimulação<sup>6</sup>, uso de bens, direitos ou valores sujos na atividade econômica ou financeira<sup>7</sup> e a participação em entidade dirigida à lavagem de dinheiro<sup>8</sup>.

A lavagem de dinheiro é um crime de ação múltipla, que se consuma com o mascaramento (ocultação e/ou dissimulação) da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. Com isso, em um mesmo contexto fático, ainda que praticadas mais de uma das condutas típicas, teremos crime único. De outro lado, nada impede que um autor pratique mais de uma lavagem de dinheiro na mesma atividade, desde que haja cadeias fáticas distintas.

O bem jurídico tutelado pelo tipo de lavagem de dinheiro é a defesa da administração da justiça e da ordem econômica. O bem jurídico da lavagem de dinheiro não se confunde com o bem jurídico tutelado da infração antecedente. No que tange a temática, Rodrigo Silveira da Rosa, citando César Antônio da Silva, aduz o seguinte:

a lavagem é uma espécie delitiva que acarreta graves consequências à ordem econômico-financeira, colocando em risco o fluxo normal de dinheiro e bens de toda ordem, impossibilitando a limpa concorrência, criando verdadeiros grupos dominantes e monopólios, facilitando e tornando efetiva a corrupção de agentes e funcionários de alguns seguimentos da Administração Pública, ou facilitando a formação de cartéis e possibilitando o surgimento de abuso do poder econômico. Assim, o bem jurídico que a lei protege é a ordem econômico-financeira do país, embora não se deva desconhecer que a lavagem afeta também múltiplos interesses individuais, simultaneamente (ROSA, 2015).

Há relação de acessoriedade material do tipo de lavagem de dinheiro com a infração penal antecedente, pois o produto da lavagem deve ser proveniente, direta (produto) ou indiretamente (proveito), da infração antecedente.

A acessoriedade é limitada, pelo que basta a comprovação do injusto do antecedente (tipicidade e antijuridicidade) para a punição pelo crime de lavagem de dinheiro, não importando a culpabilidade, condições de punibilidade e definição de autoria do antecedente, nos moldes do artigo 2º, §1º da Lei 9.613/98 (DE BARROS, 2022).

Originariamente a Lei 9.613/98 adotava rol taxativo para os crimes antecedentes, no qual não estavam incluídos os crimes contra a ordem tributária. Contudo, a partir de 2012, com edição da Lei 12.683/12 que alterou a redação de dispositivos da Lei 9.613/98, o rol de crimes antecedentes no Brasil passou a ser aberto, sendo possível que qualquer crime ou contravenção penal do qual haja produto ilícito anteceda a prática de lavagem de dinheiro.

---

<sup>6</sup> Artigo 1º, parágrafo 1º da Lei 9.613/98.

<sup>7</sup> Artigo 1º, parágrafo 2º, I da Lei 9.613/98.

<sup>8</sup> Artigo 1º, parágrafo 2º II da Lei 9.613/98.

---

Parte da doutrina faz crítica a opção legislativa pelo rol aberto de crimes antecedentes, sob a alegação de criar estrutura normativa de exacerbada punição, permitindo que delitos com penas inferiores, se acompanhado de encobrimento dos bens adquiridos, possam ensejar a condenação a penas privativas de liberdade da lavagem bem superiores<sup>9</sup> (ABEL SOUTO, 2005).

Tal crítica não tem qualquer base de sustentação. Isso porque a modificação legislativa brasileira com a abertura do rol de crimes antecedentes ocorreu em atenção as recomendações do GAFI<sup>10</sup>, que ocasionaram tendência mundial de ampliação do elenco de crimes antecedentes, ao definirem como padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro a inclusão no rol de todos os delitos graves, geradores de ofensas sérias ao bem jurídico tutelado.

Então, dentre os delitos antecedentes incluem-se os crimes contra a ordem tributária, os quais, sob a mesma lógica, também passaram a ser previstos como precedentes a lavagem de dinheiro em Portugal (artigo 368-A do Código Penal Português), França (artigo 324-1 do Código Penal Francês) e Itália (artigo 648 do Código Penal Italiano).

Além da tendência mundial de ampliação do rol de antecedentes, deve-se enfatizar que a lavagem de dinheiro é crime autônomo, com bens jurídicos tutelados próprios, de alta gravidade econômica em escala mundial, pelo que a reprimenda da lavagem também é autônoma e proporcional a gravidade desta conduta de mascaramento, independentemente da pena imposta ao crime precedente.

Sob o ponto de vista didático, interessante expor o ciclo completo de lavagem de dinheiro, ressaltando desde já não ser necessário sua comprovação no caso concreto para a punição pelo tipo penal do artigo 1º da Lei 9.613/98, o qual se contenta com a prova de qualquer de suas etapas para a consumação da lavagem.

São três as fases da lavagem de dinheiro. A primeira é a colocação (*placement*), que se caracteriza no momento que o produto do crime antecedente é escondido (ocultado). A segunda etapa é o mascaramento (*layering*) que ocorre com a movimentação (dissimulação) do ilícito para dificultar sua localização, prejudicando o *follow the money* ou *paper trail* buscado na investigação dos fatos. A terceira fase é a integração (*integration*), a qual se dá com a incorporação e utilização do ilícito com aparência de licitude pelos autores da lavagem.

Exemplo de ciclo completo de lavagem de dinheiro é o de membros de uma organização criminosa que lucram R\$ 500 mil com a prática de tráfico de drogas. Após, convertem esses valores em moeda estrangeira (colocação), e na sequência há a remessa do ilícito ao estrangeiro, através de “doleiro”, com destino a “*off shore*” constituída em paraíso fiscal (dólar cabo) em nome de membros do grupo criminoso (mascaramento). Passado algum tempo, há o repatriamento da quantia ilícita sob a falsa justificativa de lucro na *off shore*, sendo o valor repatriado usado para distribuir dividendos entre os membros da organização e para reinvestimento no tráfico de drogas (integração).

Outro didático exemplo de ciclo completo de lavagem de dinheiro é o de membros de uma organização criminosa que cometem crime de roubo conhecido como “novo cangaço” ou “domínio de cidade”, no qual subtraído R\$ 1 milhão de agência financeira. Em seguida fracionam o valor subtraído em 100 partes de R\$ 10 mil (*smurfing*), utilizando colaboradores do grupo criminoso para o transporte e depósito dos valores (*money mule*) na conta corrente da empresa Alpha - empresa de fachada aberta em nome de laranja - (colocação). A Alpha transfere a quantia de R\$ 1 milhão a empresa Betha, falsa holding responsável pelos investimentos da organização criminosa (mascaramento). Por sua vez, a Betha investe tal quantia com aparência de licitude adquirindo diversos bens no mercado mobiliário e imobiliário (integração).

Repise-se que a consumação do crime de lavagem de dinheiro se dá com a prova da ocorrência dolosa de qualquer das fases, não sendo necessário refazer o ciclo completo de lavagem de dinheiro.

Importante se diferenciar o exaurimento do crime antecedente e a prática do crime de lavagem de dinheiro. O uso aberto do produto do crime antecedente configura seu mero exaurimento, como por exemplo o autor que gasta o lucro do tráfico em viagens e restaurantes. Para configuração do crime de lavagem de dinheiro deve haver uma outra conduta, diferente a conduta nuclear do crime antecedente, que denote a intenção de mascarar (ocultar/dissimular) o produto direto ou indireto do crime antecedente. Desse modo, a comprovação de conduta autônoma com dolo específico de ocultar e/ou dissimular é o vetor para caracterização da lavagem de dinheiro.

Para Fausto De Sanctis “a punição somente se justifica quando a conduta não seja desdobramento natural do delito antecedente, uma vez que a punição apenas se legitima ao se verificar modo peculiar e eficiente de dificultar a punição do Estado. Exige-se uma conduta (ação ou omissão) voltada especificamente à lavagem (DE SANCTIS, 2008).

---

<sup>9</sup> A lavagem de dinheiro é punida no Brasil com pena de reclusão de 3 a 10 anos e multa.

<sup>10</sup> Grupo de Ação Financeira Internacional ou Financial Action Task Force.

---

## 2.2. LAVAGEM DE DINHEIRO ANTECEDIDA DE CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

Em que pese a modificação legislativa promovida na Lei 9.613/98 para abrir o rol de crimes antecedentes, ainda há discussão na seara doutrinária quanto a viabilidade dos crimes contra a ordem tributária antecederem o crime de lavagem de dinheiro.

Na visão de Gonzalo Quinteros Olivares os crimes contra a ordem tributária não podem anteceder a lavagem de dinheiro porque não geram novos recursos provenientes de delitos ao seu autor, já que os valores sonegados já integrariam licitamente o patrimônio do agente. Com isso, a ausência de novos recursos ilícitos seria um impeditivo lógico para que os crimes contra a ordem tributária antecedessem a lavagem de dinheiro, já que não haveria produto a ser lavado (OLIVARES, 2006).

Noutro giro, Wellington Bonfim sustenta que os crimes contra a ordem tributária geram produto ilícito, consubstanciado no valor sonegado ou não pago do tributo (BONFIM, 2017).

Concordamos com o posicionamento de Bonfim.

Primeiramente porque nos casos de sonegação, há o enriquecimento indireto por parte do autor do crime tributário no montante que deveria ter sido recolhido a Fazenda Pública. Tal valor só se encontra em poder do autor do delito em razão da sonegação, passando a ter roupagem de ilicitude pelo fato de ser o produto direto do crime cometido.

Secundariamente, a afirmação de que os valores que já integrariam o patrimônio da empresa palco do crime é lícito é equivocada no que tange ao crime de omissão de recolhimento. Isso porque o valor que ingressa no cofre da corporação é público, não pertencendo em momento algum ao particular que se apropria indevidamente deste. Por isso, tal valor apropriado possui natureza primária ilícita.

Assim, em nossa visão, caso o produto ilícito dos crimes contra a ordem tributária seja mascarado fraudulentamente, configurado estará o crime de lavagem de dinheiro.

No mesmo sentido ora defendido se manifestou o Tribunal Supremo Espanhol, decidindo que o valor sonegado pode ser objeto de lavagem de dinheiro, pois tais valores representam ao mesmo tempo prejuízo a Fazenda Pública e benefício ao autor do crime (ESPANHA/2012).

Ademais, a discussão é meramente acadêmica, pois na prática não há dúvida quanto à possibilidade de o crime contra a ordem tributária anteceder o crime de lavagem de dinheiro na atual ordem jurídica brasileira, diante da clareza e legitimidade da escolha legislativa feita na Lei 12.683/12 de incluir qualquer delito como antecedente, modificando a opção legislativa originária da Lei 9.613/98, que fazia constar em sua exposição de motivos a exigência do aumento efetivo do patrimônio do agente para configuração da lavagem, motivo pelo qual não foram incluídos naquele momento os crimes contra a ordem tributária.

Com isso, na ordem legislativa e jurisprudencial, a questão é pacífica no sentido de incluir os crimes contra a ordem tributária como antecedentes a lavagem de dinheiro, representando o valor sonegado ou não pago do tributo ativo de origem delituosa.

Outro ponto de discussão doutrinária nos crimes praticados por macrocriminalidade corporativa é o modo de comprovação da lavagem de dinheiro em caso de mistura de valores lícitos e ilícitos na empresa utilizada para a prática criminosa.

É que nos crimes contra a ordem tributária ordinariamente, em casos nos quais a empresa sonegadora não seja de fachada, contendo efetiva produção, há mescla de valores lícitos (provenientes da atividade empresarial) e ilícitos (valor público do ICMS indevidamente apropriado ou sonegado).

Na visão de Gustavo Badaró e Pierpaolo Bottini “constatado que o patrimônio do suposto agente de lavagem de dinheiro é composto por uma parcela lícita, é possível que os recursos mascarados provenham desta parte, sendo ônus da acusação provar o contrário” (BADARÓ; BOTTINI, 2019).

Já Blanco Cordeiro adverte que em casos nos quais o contexto evidenciar a mescla patrimonial para que a parte de origem lícita seja usada para lavar a parte proveniente das infrações penais, configurado está o crime de lavagem de dinheiro. (CORDERO, 2012).

Compreendemos na mesma linha de Cordero de que somente a análise do caso concreto poderá evidenciar a existência ou não da prática do crime de lavagem de dinheiro, não cabendo emoldurar e condicionar a sua comprovação a previsões herméticas e pré-definidas, na maioria dos casos sabidamente impossíveis de serem realizadas quando da atuação estruturada de macrocriminalidade corporativa.

---

Isso porque a mescla patrimonial na corporação forma um todo indissolúvel sob a ótica administrativa, contábil e financeira. Desse modo, condicionar a tipicidade da lavagem de dinheiro a separação hermética dos valores lícitos dos ilícitos, consiste em exigir a apresentação de verdadeira prova diabólica, pois a configuração do crime dependeria exclusivamente da conduta do acusado. Dito de outro modo, em não havendo confissão do autor e caso o mascaramento (ocultação/dissimulação) de valores não supere o faturamento da atividade lícita da corporação, sempre caberia a alegação do criminoso de que o valor ocultado/dissimulado seria o lícito.

Por isso não concordamos com o ponto de vista apresentado, por compreendermos que tal posicionamento tem como consequência o esvaziamento da punição da lavagem de dinheiro nos casos de crimes contra a ordem tributária como antecedentes, vulnerando diversos direitos fundamentais, dentre eles, a administração da justiça (artigo 92 CF/88), a ordem econômica e financeira (artigo 170 CF/88), a livre iniciativa (artigo 1, IV CF/88) e a ordem tributária (artigo 145 CF/88).

Noutro giro, defendemos que somente o contexto do caso concreto poderá dizer a motivação do mascaramento de valores, não havendo que se falar em imputação do crime de lavagem de dinheiro de maneira automatizada e sem evidências, unicamente em decorrência da prática do crime tributário anterior.

Há de ser ressaltado que ordinariamente não há motivação para que valores lícitos sejam ocultados e/ou dissimulados. Ademais, a imputação da lavagem pressupõe já ter sido provada a existência de valores ilícitos provenientes dos crimes contra a ordem tributária em poder da corporação, o que densifica que o mascaramento ocorreu em função do ilícito anterior.

No que tange o crime de sonegação fiscal, compreendemos que a fraude utilizada para sonegar não pode servir duplamente para caracterização da lavagem de dinheiro, sob pena de ferimento ao princípio do *ne bis in idem*.

O que deve ser analisado em nossa visão é o caso concreto, e em identificada fraude na corporação tendente ao mascaramento de valores, diversa da utilizada para sonegação, surge contexto típico do crime de lavagem de dinheiro, o qual deve ser confrontado com as demais provas colhidas na investigação para a formação da *opinio delicti*.

No que se refere ao montante lavado, seguindo a linha de pensamento defendida por Edilson Mougenout Bonfim e Márcia Mougenout, ancorada na característica da acessoriedade material da lavagem de dinheiro, compreende-se que o produto da lavagem se restringe a parcela ilícita (BONFIM; MOUGENOUT, 2008), o que no caso dos crimes contra a ordem tributária corresponde ao percentual do tributo sonegado.

### 2.3. LAVAGEM DE DINHEIRO E OMISSO DE RECOLHIMENTO

Os crimes de omissão de recolhimento são praticados sem o emprego de fraude e clandestinidade, pois o artigo 2º, II da Lei 8.137/90 prevê que sua configuração ocorre com a cobrança e não recolhimento do ICMS, exigindo para a adequação típica a correta escrituração e declaração do contribuinte em DAPI (Declaração de Apuração e Informação do ICMS) do imposto devido.

Destaque-se que a inclusão e utilização do valor público indevidamente apropriado na corporação representa exaurimento do crime de omissão de recolhimento, não configurando lavagem de dinheiro, pois tais condutas, por si só, não se confundem com a ocultação caracterizadora da fase de colocação do tipo de lavagem.

Mais uma vez é a presença de fraude associada ao omissão de recolhimento que serve como vetor interpretativo para a configuração do crime de lavagem de dinheiro.

Ocorre que aqui, em decorrência da ausência de fraude no crime antecedente, a apuração e comprovação de fraude na corporação ganha maior relevo probatório no caso concreto, pois representa a exteriorização da intenção de ultrapassar os limites do crime tributário para o cometimento também do crime de lavagem de dinheiro

Na prática, o que se percebe daqueles que lavam dinheiro a partir do cometimento do crime de omissão de recolhimento é que buscam criar situação deficitária simulada da empresa que não recolhe sistematicamente o ICMS, justamente para sustentar modelo de negócio ilícito no qual os valores públicos indevidamente apropriados são desviados fraudulentamente para o grupo econômico, que os utiliza para fins diversos, como distribuição de dividendos aos sócios, aquisição de novos bens e manutenção da atividade empresarial.

Desse modo, a fraude heterodoxa estruturada na corporação que comete o omissão de recolhimento serve para fins diversos.

---

Primeiramente, a fraude serve para simular déficit financeiro na empresa, pretendendo afastar o dolo específico de apropriação do próprio crime de omissão de recolhimento diante do cenário criado de aparente boa-fé. Em regra, para sustentar esse cenário simulado, a empresa adere a parcelamentos por breves períodos, tornando-se desistente sob a alegação de incapacidade financeira. Na prática a adesão a parcelamentos representa estratégia de contenção de danos tendente a protelar o procedimento criminal de apuração do crime tributário.

Secundariamente, a fraude serve para afetar a livre concorrência e distorcer o mercado, pois representa modelo de negócio de não pagamento sistemático e reiterado de ICMS criador de vantagem nos preços praticados pela corporação.

Terciariamente, a fraude representa mecanismo para a lavagem de dinheiro dos valores públicos indevidamente apropriados, os quais são ocultados e dissimulados dentro do grupo econômico a que pertença a corporação onde se pratica o omissão.

Assim, para a configuração da lavagem de dinheiro tendo como antecedente o crime de omissão de recolhimento, deve ser apurado no caso concreto que os valores indevidamente apropriados tenham sido movimentados de maneira fraudulenta após sua incorporação na pessoa jurídica na qual cometido o crime tributário.

Reforçamos que no caso de mescla patrimonial é o contexto concreto que irá apontar pela presença do crime de lavagem de dinheiro, não sendo necessária a separação dos valores lícitos dos ilícitos ou mesmo outro requisito não previsto em lei criado doutrinariamente com a clara intenção de esvaziar a imputação de lavagem nos casos de apurações em face de macrocriminalidade corporativa.

Reforça-se também que a presença de fraude em crimes de omissão de recolhimento trata-se de denso vetor probatório da extrapolação do crime tributário para o crime de lavagem de dinheiro, vetor este que deve ser confrontado com os demais elementos de informação colhidos na investigação.

Em geral, o empirismo na atuação concreta demonstra que os crimes de lavagem de dinheiro antecedidos de omissão de recolhimento ocorrem em empresas ligadas de maneira fraudulenta a grupos econômicos, que dolosamente se estruturam para a colocação da pessoa jurídica na qual pratica-se o crime tributário em posição de produção e dívida, enquanto os lucros e dividendos entram e são distribuídos por outras empresas ocultas do mesmo grupo.

A título de exemplo, imagine-se que a empresa Alpha é produtora de uniformes. Tal empresa cobra reiteradamente o ICMS e não o recolhe, sob a alegação de dificuldades financeiras, cumulando dívida superior a R\$ 100 milhões com o Estado. A empresa apresenta formalmente baixo faturamento, requerendo diversos parcelamentos dos quais posteriormente se torna desistente, também sob a alegação de incapacidade financeira.

Após ação criminal e fiscal, descortina-se que a empresa Alpha faz parte de um grupo econômico formado também pelas empresas Betha, Delta e Ômega. Descobre-se que a Betha é a empresa responsável em receber os pagamentos dos produtos vendidos pela Alpha. Descobre-se que a Delta é a proprietária dos imóveis nos quais sediados as lojas da Alpha, possuindo os mesmos sócios daquela, sendo a empresa utilizada para distribuir dividendos a estes sócios, os quais sustentam vida social de alto padrão. E descobre-se que a Ômega é uma holding não financeira que investe e adquire bens com os valores repassados pela Betha.

Trata-se de didático exemplo de ciclo completo de lavagem de dinheiro tendo como crime antecedente o crime de omissão de recolhimento.

## CONCLUSÕES:

O crime de omissão de recolhimento, previsto no artigo 2º, II da Lei 8.137/90, se caracteriza pela indevida e dolosa apropriação contumaz de valores de ICMS cobrado e não recolhido aos cofres públicos, pressupondo correta escrituração e declaração do contribuinte em DAPI (Declaração de Apuração e Informação do ICMS) referente ao imposto devido.

A criminalização do omissão de recolhimento representa incentivo capaz de impactar positivamente as escolhas corporativas em favor do pagamento de ICMS, garantindo a entrada de recursos públicos e dissuadindo a afetação da livre concorrência e distorções de mercado.

---

O valor do ICMS cobrado e não recolhido é o produto do crime de omissão de recolhimento, tendo natureza ilícita, pelo que em caso de sua ocultação e/ou dissimulação configurado estará o crime de lavagem de dinheiro.

Nos crimes contra a ordem tributária, a comprovação de fraude corporativa tendente a mascarar valores é o vetor que norteia a configuração do crime de lavagem de dinheiro.

O diferencial entre a sonegação fiscal e o crime de omissão de recolhimento como antecedentes do crime de lavagem de dinheiro está no fato de que no primeiro deverão ser apuradas duas fraudes distintas, quais sejam, a fraude para o cometimento do crime tributário e a fraude de mascaramento de valores; enquanto no segundo, por se tratar de crime cometido sem fraude ou clandestinidade, bastará a comprovação da existência de fraude tendente em mascarar valores corporativos.

Por coerência, em ambas as hipóteses, somente a análise do caso concreto e a análise do contexto probatório arrecadado poderá determinar a ocorrência do crime de lavagem de dinheiro.

Acrescente-se que nos casos de mescla patrimonial, a separação hermética dos valores lícitos e ilícitos não é pressuposto para comprovação da lavagem de dinheiro, devendo ser utilizado para tanto o mesmo critério da análise casuística e comprovação de fraude corporativa tendente ao mascaramento de valores já exposto.

## REFERÊNCIAS

- ABEL SOUTO, Miguel. **El delito de blanqueo em el Código Penal español**. Barcelona: Bosch, 2005.
- BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais**. 4. Ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.
- BALTAZAR JR, José Paulo. **Crimes Federais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de Capitais**. 6.ed. Curitiba: Juruá, 2022.
- BONFIM, Edilson Mougénout; MOUGÉNOU, Márcia Monassi. **Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BONFIM, Wellington Luís de Souza. Os delitos fiscais como crimes antecedentes da lavagem de dinheiro. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a.16, n. 49, p.197-235, jan-jun, 2017.
- BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**, RHC 163.334/SC, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJe: 11/12/2019.
- BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**, 3ª Seção, HC 399.109/SC, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe 31/08/2018.
- BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**, RE 559.937/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 20/03/2013.
- CARRAZA, Roque Antonio. **ICMS**. 18. Ed. São Paulo/SP: Malheiros, 2020.
- CORDERO, Isidoro Blanco. **El delito de blanqueo**, 4.ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2012.
- ESPAÑA. **Tribunal Supremo Español**. Sala de lo Penal, STS 8701/2012.
- OLIVARES, Gonzalo Quinteros. El delito fiscal y el ámbito material del delito de blanqueo. **Revista Actualidad Jurídica Aranzadi**, 2006.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Legislação Penal Especial**. 10.ed. Salvador: Juspodivm, 2022.
- MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- ROSA, Rodrigo Silveira da. A sonegação fiscal como infração penal antecedente ao crime de lavagem de dinheiro. **Revista Síntese: Direito Penal e Processo Penal**, Porto Alegre, v. 15, n. 90, p. 9-33, fev/mar. 2015.
- SANCTIS, Fausto de. **Combate à lavagem de dinheiro: teoria e prática**. Campinas: Millennium, 2008.
- SPINELLI, Enory Luiz. **Lavagem de dinheiro: um problema mundial**. Porto Alegre: Editora CRCRS, 2003.

## Qual o papel do acordante de acordo de não persecução penal na persecução penal dos demais coautores e partícipes?

**THIAGO FERRAZ DE OLIVEIRA**

**MARCUS VINÍCIUS RIBEIRO CUNHA**

*Promotores de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais*

### SÍNTESE DOGMÁTICA

O art. 28A do Código de Processo Penal e o art. 5º, inciso LV, da CR/88, assim como o art. 3º da Lei 12.850/13, interpretados em conjunto, permitem ao Ministério Público, em respeito ao princípio da liberdade probatória, motivado para a constituição de provas aptas à condenação, a narrar a conduta do acordante de Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) na denúncia em que se imputam fatos criminosos a coautores e partícipes, arrolando-o como investigado acordante (natureza jurídica processual *sui generis*), o que viabilizará a colheita de seu depoimento em juízo, assegurando, ainda, o direito de o(s) acusado(s) delatado(s) se contrapor(em) a todas as cargas acusatórias.

### FUNDAMENTAÇÃO

O Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) foi introduzido no Direito Pátrio pela Lei n.º 13.964, de 24.12.2019, substituindo o disposto no art. 18 da Resolução n.º 181, de 07.08.2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, que constituiu a primeira regulamentação quanto ao tema.

Seguindo a tendência contemporânea de mudança da forma de responsabilização penal, a medida tem como principal objetivo proporcionar efetividade, elidir a burocratização de processos simples e garantir celeridade na resposta estatal (art. 5º, inc. LXXVIII, da CR/88<sup>1</sup>), com foco também na vítima, porquanto possível reparação dos danos.

O direito penal negocial encontra espaço nas hipóteses de redução de pena ou composição para reparação dos danos causados à vítima do sistema norte-americano, denominado *plea bargaining*, semelhante ao *Absprache* na Alemanha e ao *patteggiamento* da Itália. Na vertente do ANPP ocorre um desvio produtivo do processo penal e da própria sentença, com a responsabilização do imputado, com uso de medidas extrapenais e com foco na reparação do dano, em troca da extinção da punibilidade.

Seria, nas palavras de Renan Posella Mandarinó e Valter Foletto Santino<sup>2</sup> uma espécie de ‘diversão com intervenção’, ao lado da transação penal e da suspensão condicional do processo, ambos da Lei 9.099/95:

---

<sup>1</sup> Art. 5º, inc. LXXVIII, da CF/88: “A todos, no âmbito judicial ou administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

O Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana dos Direitos Humanos de 1969), integrado ao ordenamento pátrio desde a edição do Dec. N.º 678/92, sublinha em seu artigo 8.º.1 que “toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente.”

<sup>2</sup> MANDARINO, Renan Posella. SANTINO, Valter Foletto. *A atuação do Ministério Público ante a expansão da justiça penal negociada no pacote anticrime. Pacote Anticrime. Organizadores Eduardo Cambi et all. Curitiba: Escola Superior do MPPR, 2020, p. 238.*

---

“O modelo consensual de justiça criminal é uma proposta de diversificação ou diversão dos procedimentos penais, cujo intuito é flexibilizar a persecução penal e maximizar as alternativas para a composição dos conflitos penais diversos do sistema acusatório tradicional. A diversão é a opção política criminal para a resolução dos processos penais de maneira diversa daquelas ordinariamente adotadas no processo penal, e que consiste na solução antes de qualquer determinação ou de declaração de culpa.”

O novel artigo 28A do Código de Processo Penal, com a introdução trazida pela Lei 13.964, de 24.12.2019, trouxe os requisitos materiais básicos da diversão com intervenção, quais sejam: a) as classes dos delitos; b) a responsabilização extrapenal do imputado, com medidas despenalizadoras com foco na reparação do dano; c) condições subjetivas favoráveis; e d) o consenso sobre o julgamento, ou seja, sobre a sentença.

O foco desta tese é trabalhar especificamente o último requisito, ou seja, o consenso sobre o julgamento, com origem no sistema adversarial do *plea bargaining* e a forma de inserção no processo penal tradicional, em que os elementos de prova serão valorados contra corréus e partícipes do mesmo evento criminoso.

Nesta ordem de ideias, a confissão do acordante do ANPP pode e deve ser analisada de acordo com o *princípio da liberdade probatória*, insculpido no art. 198 do Código de Processo Penal, por meio do qual se extrai que a proibição da produção de prova deve constar expressamente da Lei, caso contrário, a liberdade se encontra na ampla e garantida possibilidade de se provar tudo.

Assim, a delação de coautor ou partícipe, no âmbito da confissão realizada pelo acordante no Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), é admitida e inexiste óbice a que os órgãos de investigação apurem o envolvimento de outras pessoas ou a ocorrência de outros crimes no contexto do evento criminoso objeto do ANPP. Os pontos controversos seriam, então, a utilização da confissão do acordante contra os delatados, a relevância e forma de sua repetição em juízo, a natureza jurídica do acordante no processo penal de seus delatados e o momento processual de sua oitiva em juízo. A Lei n.º 13.964, de 24.12.2019, a despeito de regulamentar o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), é silente quanto a esses pontos destacados.

O ponto específico a ser debatido no presente trabalho é a possibilidade de a confissão do acordante receber o *status* de prova quando houver delação de corréu ou partícipe. Isso porque, o Código de Processo Penal admite interpretação extensiva e aplicação analógica (art. 3.º do CPP), razão pela qual não haveria óbice à aplicação da norma do art. 3.º da Lei 12.850/13, que preceitua ser a colaboração premiada negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, ao instituto do Acordo de Não Persecução Penal.

Nesse sentido, o Ministério Público, enquanto titular da ação penal, fulcrado no princípio da liberdade probatória e motivado para a constituição de provas aptas à condenação de coautores e partícipes do acordante na empreitada criminosa, pode narrar a conduta do acordante de ANPP na denúncia em que se imputam fatos criminosos a coautores e partícipes, arrolando-o como investigado acordante (natureza jurídica processual *sui generis*), o que viabilizará a colheita de seu depoimento em juízo, assegurando, ainda, o direito de o(s) acusado(s) delatado(s) se contrapor(em) a todas as cargas acusatórias.

De forma igualmente relevante, prestigiar-se-ia a garantia do art. 5.º, LV, da CR/88, submetendo o acordante “a essa prova de fogo, sendo o contraditório uma forma de se descobrir, se não a verdade, ao menos que está mentindo ou omitindo parte dos fatos”<sup>3</sup>. Sob a ótica do Juízo de Garantias (art. 3.º C, § 3.º, do Código de Processo Penal), a interpretação torna-se ainda mais lógica, porquanto permite ao coautor/partícipe delatado(s) a possibilidade de contrastar as informações prestadas pelo acordante delator no curso da própria relação processual, o que ocorrerá quando de sua instrução processual.

Em sede de direito comparado, a Suprema Corte norte-americana reconheceu ao coautor o direito a confrontar em juízo, mediante exame cruzado, as declarações incriminatórias de coautor ou partícipe do crime. Tal fato ocorreu nos precedentes *Lilly v. Virginia* (98- 5881) 527 U.S. 116 (1999) e *Washington v. Texas*, 388 U.S. 14, 87 s. ct. 1920, 18 l. ed. 2D 1019 (1967).

---

<sup>3</sup> MENDONÇA, Andrey B. A colaboração premiada e a criminalidade organizada: a confiabilidade das declarações do colaborador e seu valor probatório. In: SALGADO; QUEIROZ (Org.). A prova no enfrentamento à macrocriminalidade. 2. ed. JusPodivm, 2016. p. 238”

---

Gustavo Badaró<sup>4</sup>, em linha de convergência quando da análise da Lei 12.850/13, ensina:

“(...)no caso em que há colaboradores e delatados a serem interrogados, não havendo disciplina específica no CPP nem na Lei nº 12.850/2013, a lacuna deve ser suprida pela aplicação do princípio da ampla defesa. O próprio deslocamento do interrogatório do momento inicial da instrução para após o seu término, promovido pela Reforma de 2008, visou permitir que o acusado possa exercer sua autodefesa – ou até mesmo optar por renunciar ao seu exercício, permanecendo calado – já tendo um conhecimento completo de toda a prova produzida e, em especial, dos elementos incriminatórios colhidos na instrução. A lacuna deve ser suprida com apoio no princípio da ampla defesa, que exige que seja interrogado inicialmente o colaborador, e depois, os corréus delatados.”

Outrossim, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus n.º 166.373/PR*, o Supremo Tribunal analisou a questão concernente à ordem cronológica para o oferecimento das alegações finais entre os acusados colaboradores e os delatados, se haveria constrangimento ilegal no tocante à determinação de prazo comum para a sua apresentação.

Extrai-se do voto do Ministro Presidente:

“É providencial, portanto, que os acusados delatados tenham o direito de inquirir o acusado colaborador na audiência de interrogatório, bem como se contraporem em momento posterior aos argumentos constantes das alegações finais por este ofertadas, o que enaltece o direito ao confronto, inerente ao contraditório pleno, reconhecido, inclusive, pelo direito norte-americano e italiano, como já demonstrado.

A par dessas premissas, penso que a oitiva dos acusados delatados deve necessariamente ser realizada em momento posterior ao interrogatório do acusado colaborador, como ocorreu na espécie, sendo que, essa mesma lógica processual, em prol da ampla defesa e de um efetivo contraditório, deve ser assegurada aos acusados delatados na fase das alegações finais”.

Assim, malgrado a colaboração premiada possua formalmente natureza de ‘meio de obtenção de prova’ (art. 3.º, I, da Lei 12.850/13) e o art. 28A do Código de Processo Penal seja silente quanto aos eventuais efeitos externos da delação contida na confissão do investigado acordante de ANPP, não é possível ignorar a carga acusatória inerente ao novel instituto.

Resta evidente, assim, que a correta interpretação do art. 28-A do Código de Processo Penal deva se dar à luz do Direito Penal negocial e com aplicação da interpretação extensiva e analógica do art. 3.º da Lei 12.850/13, permitindo que a confissão do acordante em Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) possa ser utilizada como prova na persecução criminal de seus coautores e partícipes da empreitada criminosa, ainda mais se ratificada em juízo no âmbito do processo penal desses coautores e partícipes. Assim, compete ao Ministério Público denunciar os coautores ou partícipes, narrando a conduta do investigado acordante, indicando sua oitiva em juízo como investigado acordante (natureza jurídica processual *sui generis*), prestigiando, de igual modo, a liberdade probatória (art. 198 do CPP), assim como o contraditório e a ampla defesa (art. 5.º, LV, da CR/88).

Por fim, é importante registrar que não se desconhece que, em sendo o investigado acordante autor confesso do delito, possa ele invocar o direito ao silêncio quando em juízo. Por essa razão, é de todo conveniente que o ANPP a ser celebrado, como acordo que é, contenha cláusula negociada de compromisso de ratificação dos fatos confessados, em juízo, quando de sua oitiva. Seu depoimento poderá ocorrer tanto em sede de medida cautelar de produção antecipada de prova, quanto em audiência de instrução de julgamento, ficando o Acordo de Não Persecução Penal, em qualquer caso, suspenso até que sobrevenha a ratificação, condição para que se dê a avença por cumprida e, portanto, sobrevenha sua extinção de punibilidade.

---

<sup>4</sup> Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-24/gustavo-badaro-figuraespecifica-colaborador-premiado>

---

## PROPOSTA DO ENUNCIADO

A norma do art. 28A do Código de Processo Penal deve ser interpretada à luz do Direito Penal negocial e com aplicação da interpretação extensiva e analógica do art. 3.º da Lei 12.850/13, permitindo ao Ministério Público, em respeito ao princípio da liberdade probatória, motivado para a constituição de provas aptas à condenação, a narrar a conduta do acordante de Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) na denúncia em que se imputam fatos criminosos a coautores e partícipes, arrolando-o como investigado acordante (natureza jurídica processual *sui generis*), o que viabilizará a colheita de seu depoimento e produção probatória judicializada em desfavor dos coautores e partícipes, assegurando, ainda, o direito de o(s) acusado(s) delatado(s) se contrapor(em) a todas as cargas acusatórias.



ASSOCIAÇÃO MINEIRA  
DO MINISTÉRIO PÚBLICO

**AGOSTO / 2022**

[www.amp.org.br](http://www.amp.org.br)