

Ano 12 - Nº 2
Jul./Dez. 2020
Fortaleza-CE

REVISTA ACADÊMICA

ESCOLA SUPERIOR DO
MINISTÉRIO PÚBLICO DO CEARÁ

Publicação Semestral
ISSN Físico: 2527-0206
ISSN Eletrônico: 2176-7939



MPCE
Ministério Público
do Estado do Ceará



ESMP
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ



CEAF
CENTRO DE ESTUDOS E
APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO CEARÁ
CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

REVISTA ACADÊMICA ESCOLA SUPERIOR
DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO CEARÁ

ANO 12, Nº2 (JUL./DEZ. 2020) SEMESTRAL
FORTALEZA-CE

ISSN FÍSICO: 2527-0206
ISSN ELETRÔNICO: 2176-7939



MPCE
Ministério Público
do Estado do Ceará



ESMP
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ



CEAF
CENTRO DE ESTUDOS E
APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

Revista Acadêmica [recurso eletrônico/físico] / Escola Superior do Ministério Público do Ceará –
Ano 12, nº2 (Jul./Dez. 2020) - Fortaleza: PGJ/ESMP/CE, 2020.

Semestral

ISSN Físico: 2527-0206

ISSN Eletrônico: 2176-7939

Disponível também em versão eletrônica:

<http://www.mpce.mp.br/institucional/esmp/biblioteca/revista-eletronica/>

Resumo em português e inglês ou espanhol 1. Direito - Periódico. I Ministério Público do Estado do Ceará (CE).

CDD 340

EXPEDIENTE

Procurador-Geral de Justiça

Manuel Pinheiro Freitas

Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público

Plácido Barroso Rios

Coordenação do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Luciana Aquino Vasconcelos Frota

Diretoria de Ensino

Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior

Técnica Ministerial

Marcela Márjore Olímpio Pereira

Diretoria Administrativo-Financeira

Lise Alcântara Castelo

Editor-Chefe

Enéas Romero de Vasconcelos

Conselho Editorial

Ângela Teresa Gondim C. Chaves

André Mauro Azevedo

Alfredo Ricardo de Holanda C. Machado

Ednéa Teixeira Magalhães

Emerson Garcia

Flávia Soares Unneberg

Luciana Aquino Vasconcelos Frota

Luciano Tonet

Luiz Antônio Abrantes Pequeno

Manuel Lima Soares Filho

Manuel Pinheiro Freitas

Mark Vlastic

Nicholas Cowdery

Plácido Barroso Rios

Rasmus Wandall

Sílvio Marques

Vladimir Aras

Vladimir P. Zimin

Corpo de Pareceristas

Alexandre de Oliveira Alcântara

Alexandre Pinto Moreira

André Araújo Barbosa

André Luís Tabosa de Oliveira

André Machado Maya

André Zech Sylvestre

Antônio Henrique Graciano Suxberger

Ardyllis Alves Soares

Claude Girard

Dione Cardoso de Alcântara

Douglas Fischer

Emmanuela Carvalho Cipriano Chaves

Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior

Kelly Cristina Vieira de Sousa

Landolfo Andrade

Luis Jorge Cevasco

Luiz Alexandre Cyrilo P. M. Cogan

Luiza Cristina Fonseca Frischeisen

Maira Marchi Gomes

Maria Carolina Beraldo

Marcus Pinto Aguiar

Mark Leyll

Nara Rúbia Silvia Vasconcelos Guerra

Nestor Alexandre Souza Júnior

Paulo Antonio Locatelli

Sheila Cavalcante Pitombeira

Roberto Carlos Silva

Rodrigo da Silva Brandalise

Sergiy Nizhynskyi

Solange Almeida Holanda

Silvio Tirza Coelho de Souza

Victor Fernandes Gonçalves

Apoio Técnico

Richardson Macedo de Carvalho

Secretaria

Kelviane Sombra Lima

Suziane Holanda Fernandes Vieira

Biblioteca

Josimar de Jesus Lemos

Tatiana Quirino Crisóstomo Melo CRB3 - 1162

Projeto gráfico e diagramação

Everton Viana - CE 01799 DG

Periodicidade semestral

Resumo em português, inglês ou espanhol

Rua Assunção 1.200, José Bonifácio, Fortaleza-CE - CEP: 60.050-011

Fone: (85) 3452.4521 / 3433.7713 / www.mpce.mp.br/institucional/esmp

E-mail: revistaacademica.esmp@mpce.mp.br

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO _____ 08

ARTIGOS INTERNOS NACIONAIS

A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS MUNICIPAIS

Daniele Carneiro Fontenele

Nestor Alexandre de Sousa Júnior _____ 09

OS CONTRATOS ONEROSOS FIRMADOS ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA PARA RECUPERAÇÃO DE ROYALTIES DO PETRÓLEO E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO

Dornieri Lemos Diógenes Pinto Mota

Álisson José Maia Melo _____ 31

CONTROLE RACIONAL DA ABSOLVIÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI: ENSAIO SOBRE UMA TEORIA DO CONTROLE JURISDICIONAL DA CLEMÊNCIA

Francisco Elnatan Carlos de Oliveira Júnior

Eduardo Rocha Dias _____ 55

INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DA CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

José Carlos Félix da Silva

Debora Cristyna Ferreira Reis

Klinsmann Alison Rodrigues Félix da Silva _____ 81

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO ÓRGÃO INTERVENIENTE NOS PROCESSOS JUDICIAIS CÍVEIS REFERENTES AO SEGURO DPVAT

Manuel Lima Soares Filho _____ 99

A ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PERÍODO DE PANDEMIA: ESTUDO DE CASO DO MUNICÍPIO DE BATURITÉ – CEARÁ

Renata Murta de Lima _____ 121

ENTRE A SOBREVIVÊNCIA E A LIBERDADE: A SUSPENSÃO DILATÓRIA ILIMITADA DA EXECUÇÃO DE ALIMENTOS POR CONVENÇÃO DAS PARTES E O SEU CARÁTER RELATIVIZADOR DA PRISÃO CIVIL

Kamyla Brito Lessa _____ 141

LAVAGEM DE CAPITAIS: ABORDAGEM HISTÓRICA, CONCEITUAÇÕES, CICLOS E TIPOLOGIAS
*Jucelino Oliveira Soares*_____163

ARTIGOS EXTERNOS NACIONAIS E INTERNACIONAIS

ENTRE DEMANDAS SOCIAIS E INTERESSES PRIVADOS: A PRODUÇÃO DA MORADIA E DO ESPAÇO URBANO EM SALVADOR-BA
João Soares Pena
*Gabriella Suzart Santana*_____187

NATUREZA JURÍDICA DO CRIME DE RANSOMWARE E A UTILIZAÇÃO DA CRIPTOMOEDA COMO MEIO DE IMPUNIDADE
Luiz Eduardo dos Santos Pereira Gomes
Luana Esteche Nunes
*Michael Felipe Wilmers*_____213

EL MUNDO DEL DELITO: ¿UNA HISTORIA DIALÉCTICA ENTRE EL SER Y EL DEBER SER DE LA ESENCIA HUMANA? EXPLICACIONES ONTOLÓGICAS, AXIOLÓGICAS Y EPISTEMOLÓGICAS
*Miguel Angel Villalobos Caballero*_____235

APONTAMENTOS SOBRE O CONCEITO DE GÊNERO E SUAS ARTICULAÇÕES COM O DIREITO
*Brenda Capinã Botelho Costa*_____265

A APLICAÇÃO DA ‘LEI DA FICHA LIMPA’ COMO ÓBICE A NOMEAÇÃO EM CARGOS PÚBLICOS
*André Cavalcanti de Oliveira*_____287

A POLÍTICA DE EXTINÇÃO DO ENSINO NOTURNO NO MUNICÍPIO DE MANAUS EM CONTRADIÇÃO AO ART. 208, I e VI, DA CRFB
Maria Suely Cruz de Almeida
*Giovan Nonato Rodrigues Soriano*_____313

O MINISTÉRIO PÚBLICO NA JUSTIÇA CONSENSUAL DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL
*Isabel Christina Prazeres Rodrigues*_____341

A TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS E A RESPONSABILIDADE CIVIL
João Vitor Penna
*Gabriel Santos Lima*_____363

APRESENTAÇÃO

É com grande satisfação que apresentamos mais um exemplar da Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público do Ceará, alusiva ao segundo semestre de 2020.

Neste volume contamos com artigos de diversas matizes, registrando novamente participação estrangeira, além de textos que nos remetem a intrincadas questões do direito hodierno, como o crime de “Ransomware” e a criptomoeda; a atuação extrajudicial do MP no período da pandemia; a legitimidade do MP no controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais; dentre outros, proporcionando uma visão holística do direito, além de um jubiloso passeio pelas mais diversas áreas da ciência jurídica.

Nesta segunda edição, a Escola Superior do Ministério Público iniciou um processo inédito de inserção da Revista Acadêmica do Ministério Público no mundo digital, cadastrando-a em vários indexadores como: Google Acadêmico, Sumários, Latindex e BDJUR, facilitando sua consulta e tornando-a bem mais conhecida e citada em trabalhos e obras jurídicas.

A revista deu continuidade às mudanças que já vinham sendo operadas no início do ano de 2020, quanto ao seu formato, diagramação e layout, deixando-a mais moderna, atraente, de fácil leitura e com uma roupagem mais adequada à grandeza e respeitabilidade da revista acadêmica do MPCE.

A escolha dos 16 artigos deste novo volume passou por rigorosos critérios estabelecidos pelo Conselho Editorial e Pareceristas, almejando sempre a excelência do conteúdo publicado e o compromisso com a linha editorial estabelecida pela revista, além da importante difusão de conhecimentos que venham trazer avanços ao sistema de justiça, à sociedade e ao Ministério Público, contribuindo para um melhor enriquecimento e atualização dos nossos leitores.

Nosso reconhecimento e gratidão a Deus, ao corpo de servidores da ESMP/CEAF, ao conselho editorial, pareceristas, articulistas, ASCOM e todos os envolvidos nesta publicação.

Boa leitura!

Plácido Barroso Rios
Promotor de Justiça
Diretor-Geral da ESMP

A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO
PÚBLICO NO CONTROLE ABSTRATO
DE CONSTITUCIONALIDADE
DE LEIS MUNICIPAIS

*THE LEGITIMACY OF PUBLIC
PROSECUTORS FOR ABSTRACT
CONTROL OF CONSTITUTIONALITY
OF MUNICIPAL LAW*

A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS MUNICIPAIS¹

*THE LEGITIMACY OF PUBLIC PROSECUTORS FOR ABSTRACT
CONTROL OF CONSTITUTIONALITY OF MUNICIPAL LAW*

*Daniele Carneiro Fontenele²
Nestor Alexandre de Sousa Júnior³*

RESUMO

O artigo busca estudar a Constituição do Estado do Ceará, analisando o controle abstrato de constitucionalidade das leis municipais e a legitimação processual para postular no processo de revisão judicial das referidas normas. A análise objetiva demonstra o papel do Procurador-Geral de Justiça do Estado do Ceará para demandar no processo de controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais. O presente trabalho pesquisa os princípios de interpretação jurídica de modo a valorar alguns cânones de adequada aplicação constitucional tais como unidade, efeito integrador e força normativa da Constituição. O artigo também verifica como a ideia subjacente ao princípio da autonomia municipal mudou, no decorrer do tempo, de forma a contemplar a noção de cooperação entre entes federados. O trabalho conclui que o Ministério Público é parte legítima a postular no processo de controle constitucional abstrato de leis municipais, porquanto sua atuação fortalece o princípio da Autonomia Municipal, bem assim fomenta os princípios da unidade, do efeito integrador e da força normativa da Constituição do Estado do Ceará.

Palavras-chave: Controle abstrato de constitucionalidade. Leis municipais. Legitimidade. Ministério Público

1 Data de Recebimento: 08/11/2020.

2 Danielle é graduada em direito pela UFC e pós-graduada pela Universidade Federal do Ceará em parceria com a Escola Superior do Ministério Público. E-mail: danielle.fontenele@mpce.mp.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7462-2361>.

3 Possui mestrado em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (2004). Atualmente é professor auxiliar da Universidade de Fortaleza, professor da ESCOLA SUPERIOR DO MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DO CEARA e promotor de justiça do MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARA. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: procedimento, constituição, segurança jurídica, direitos sociais e ação. E-mails: nestor.junior@mpce.mp.br e nestor.jr@uol.com.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8350154312829083>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9868-1905>.

1 INTRODUÇÃO

As Constituições, como produtos do Direito, são realidades semânticas, significantes de determinado contexto histórico e social ⁴.

Além disso, as Constituições são produtos de ato de poder. Vale dizer, o ato constitucional - ato que inaugura a nova ordem jurídica - é também ato jurídico. É ato que apreende realidades fáticas, estabelece finalidades jurídicas, prescreve consequências deontológicas ou competenciais, segundo valores adotados pela comunidade autora do texto constitucional⁵.

Assim, a Constituição e seus comandos, enquanto significação fático-normativa e ordem de poder fundante, devem ser interpretados em sua totalidade, além de normas singularizadas, e muito mais adiante que o simples elemento literal do texto escrito. Ademais, deve estar vinculada à solução de problemas para o fim de promover e garantir a unidade da sociedade política.

O problema que adiante se colocará a debate visa a discutir a norma constitucional escrita no artigo 127, incisos V e VI da Constituição do Estado do Ceará. Referidas normas excluem o Ministério Público da legitimação para o controle abstrato de leis municipais.

O debate a ser realizado deverá enfrentar questões necessárias e sobre elas discutir juridicamente, como forma de propor soluções argumentativas fundamentadas.

Assim, será debatido:

A normatividade do artigo 127, incisos V e VI da Constituição do Estado do Ceará, compreendida esta como “um modelo de ordenação juridicamente vinculante, positivado na Constituição e orientado para uma concretização material e constituído: (1) por uma medida de ordenação expressa através de enunciados linguísticos

4 “O direito, como instituição social, não se esgota no simbólico de suas normas instituintes, mas está nele entrelaçado para cumprir o seu papel no jogo de linguagem social. Aqui, é de todo importante uma reflexão sobre o pensamento de Castoriadis (...): “uma organização dada de economia, um sistema de direito, um poder instituído, uma religião existem socialmente como sistema simbólicos sancionados. Eles consistem em ligar a símbolos (significantes) significados (representações, ordens, injunções ou incitações para fazer ou não fazer, consequências – significações no sentido amplo do termo) e fazê-los valer como tais, ou seja a tornar esta ligação mais ou menos forçosa para a sociedade ou grupo considerado. (Soares da Costa, Adriano, Teoria da Incidência da Norma Jurídica: crítica ao realismo-lingüístico de Paulo de Barros Carvalho, Belo Horizonte, Del Rey, 2003, pág 23).

5 Segundo Konrad Hesse: “A Constituição é a ordem fundamental jurídica da coletividade. Ela determina os princípios diretivos, segundo os quais deve formar-se unidade política e tarefas estatais a serem exercidas. Ela regula procedimentos de vencimento de conflitos no interior da coletividade. Ela ordena a organização e o procedimento da formação da unidade política e da atividade estatal. Ela cria bases e normaliza traços fundamentais da ordem jurídica total. Em tudo, ela é “o plano estrutural fundamental, orientado por determinados princípios de sentido, para a configuração jurídica de uma coletividade. (Hesse, Konrad, Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998, tradução do Dr. Luís Afonso Heck, da 20.ª Edição alemã, pág. 37).

(programa normativo); (2) por uma constelação de dados reais (sector ou domínio normativo).” (Canotilho, J.J.G., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, 4.^a Edição, 1997, pp. 1166). Os bens e fins constitucionais buscados na norma constitucional referida e, assim, sua adequação como instrumento finalístico para consecução destes bens, tendo como parâmetro o ordenamento constitucional federal e estadual.

A evolução fática dos fatos e valores envolvidos, como substrato da norma analisada, como forma de se verificar a atualização normativa do texto constitucional estudado.

Propostas de interpretação adequadas ao problema proposto, diante das premissas postas e conclusões apresentadas no estudo.

2 CÂNONES DA MODERNA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL RELEVANTES PARA O DEBATE DO TEMA

Antes de abordar, diretamente, a norma acima, convém catalogar alguns esquemas de pensamento ou lugares de interpretação, indispensáveis ao método constitucional.

O primeiro *canon* interpretativo, a ser considerado, deriva de vetusta e clássica exegese, largamente utilizada com o advento dos códigos do direito europeu, no século XIX: o dispositivo não deve ser interpretado como objeto de conhecimento isolado; ele sempre comporá um todo orgânico e sistêmico que influencia e sofre influências do sistema normativo que participa.

Destarte, a doutrina enfatiza que a Constituição, sendo um corpo de significados e de atos de poder, deve ser compreendida como produto de consensos mediados da comunidade política⁶.

Vale dizer, o princípio da unidade é a senha para o acesso da Constituição Material⁷.

Por outro lado, é de considerar que a Constituição encerra normas de distribuição de competências, seja distribuição funcional em corpos políticos mais complexos, ou

⁶ “O princípio da unidade da constituição ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas. Como «ponto de orientação», «guia de discussão» e «factor, hermenêutico de decisão», o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar (ex: princípio do Estado do Direito e princípio democrático, princípio unitário e princípio da autonomia regional e local). Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios.” (Canotilho, J.J.G., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, 4.^a Edição, 1997, pp. 1186-1187).

⁷ A unidade da Constituição é a chave da sua identidade. Somente a partir dela se chega à Constituição material de cada Estado em cada momento, assim como, encontrada esta, se torna possível e seguro descer para a dilucidação do sentido de disposições particulares (mas esses não são senão os passos da dogmática jurídica). (from Coleção Fora de Série - Teoria do Estado e da Constituição. By Jorge Miranda) Start reading it for free: <http://amz.onl/9kJC9RD>

distribuição espacial em Estados Federados, duas hipóteses presentes na organização política brasileira.

De conseguinte, nesta estática dispersão, a Constituição deve funcionar como liame de integração e articulação de forças centrífugas, em nome de valores fundantes da unidade política. Emerge aqui, o princípio do efeito integrador da Constituição⁸.

Por fim, a Constituição, como ente significante, deve ser interpretada de forma a compreender a realidade dinamicamente, produzindo significados condizentes com a evolução histórica do texto constitucional e dos dados reais por ele recortados, de modo a não se necrosar normativamente⁹.

3 O ARTIGO 127, INCISOS V E VI DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ

O artigo 127, incisos V e VI, da Constituição do Estado do Ceará, tem o seguinte programa normativo:

Art. 127. São partes legítimas para propor a *ação direta de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo estadual, contestado em face desta Constituição, ou por omissão de medida necessária para tornar efetiva norma ou princípio desta Constituição*:

[...]

III – o Procurador-Geral da Justiça;

[...]

V – o Prefeito, a Mesa da Câmara ou entidade de classe e organização sindical, se se tratar de lei ou de ato normativo do respectivo Município;

VI – os partidos políticos com representação na Assembleia Legislativa, ou, tratando-se de norma municipal, na respectiva Câmara;

⁸ Anda muitas vezes associado ao princípio da unidade e, na sua formulação mais simples, o princípio do efeito integrador significa precisamente isto: na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política. Como tópico argumentativo, o princípio do efeito integrador não assenta numa concepção integracionista de Estado e da sociedade (conducente a reducionismos, autoritarismos, fundamentalismos e transpersonalismos políticos), antes arranca da conflitualidade constitucionalmente racionalizada para conduzir a soluções pluralisticamente integradoras. (Canotilho, J.J.G., Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Almedina, 4.^a Edição, 1997, pp. 1187).

⁹ Segundo o princípio da força normativa da constituição na solução dos problemas jurídico-constitucional deve dar prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia óptima da lei fundamental. Consequentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a “atualização” normativa, garantindo, do mesmo pé, sua eficácia e permanência. (Canotilho, J.J.G., Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Almedina, 4.^a Edição, 1997, pp. 1187-1118).

Do programa normativo acima, emerge que o Procurador-Geral de Justiça somente detém legitimidade ativa para deflagrar controle abstrato de constitucionalidade de lei ou ato normativo estadual; é-lhe interdita a legitimidade para propor Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade ou Ação de Inconstitucionalidade por Omissão de leis municipais do Estado do Ceará.

Em outra leitura, o dispositivo acima circunscreve o dever-poder do controle constitucional concentrado de lei municipal apenas aos entes políticos vinculados ao território do município emissor da norma objeto de controle.

4 O DIÁLOGO DO ARTIGO 127, INCISOS V E VI COM OUTRAS NORMAS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ

Em homenagem à interpretação que preze a unidade e o efeito integrador da Constituição, convém resgatar outras normas da Constituição do Estado do Ceará que se conectam intimamente com o programa normativo do artigo 127 da Constituição Estadual.

Com efeito, o artigo 130 da Constituição Estadual prevê:

Art. 130. São funções institucionais do Ministério Público:
[...]
IV – promover a ação *declaratória de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção do Estado em Municípios, nos casos previstos nesta Constituição*;

E o artigo 39, IV e artigo 40, § 5º, da Carta Estadual também estabelecem:

Art. 39. O Estado não intervirá no Município, exceto quando:
[...]
IV – o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual ou para prover a execução de lei, ordem ou decisão judicial.
Art. 40.
[...]
§5º Na hipótese do art. 39, IV, dispensada a apreciação pela Assembleia Legislativa, limitar-se-á o decreto a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida for suficiente ao restabelecimento da normalidade.

E qual seria a conexão normativa entre o artigo 130, artigo 39, inciso IV e artigo 40, § 5º com o artigo 127, todos da Constituição do Estado do Ceará?

A denominada representação de intervenção do Estado nos municípios para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual.

A intervenção nas unidades federativas do Estado brasileiro, a par de ser mecanismo institucional de solução de crises na federação, é instrumento de controle de normas no ordenamento pátrio, sendo a mais antiga espécie de controle de constitucionalidade, sob a forma de ação^{10 11}.

Assim, a conjugação dos artigos 130, 39, inciso IV e 40, § 5º, da Constituição do Estado do Ceará, extrai norma constitucional bem definida. Consoante doutrina autorizada, a representação para fins de intervenção do Estado em municípios, semanticamente,

10 A chamada “representação interventiva”, destinada ao controle da constitucionalidade da intervenção federal, foi introduzida na Constituição de 1934 (art. 12, § 2º). Essa ação destinava-se à constatação de eventual afronta através de ação ou omissão contra os princípios fundamentais da ordem federativa (art. 12, § 2º c/c art. 7º, I, a a h). (Mendes. Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 2ª ed. Saraiva. São Paulo: 1998, p. 26).

11 A representação interventiva foi a antecessora do controle abstrato de normas no Direito brasileiro. Na Constituição de 1891 foi discutida a possibilidade de outorgar-se ao Supremo Tribunal Federal a competência para conhecer de alegação de ofensa pelo Estado-Membro a determinados princípios da ordem federativa. Segundo essa proposta, a decretação de intervenção federal ficava subordinada à prévia aferição judicial. Essa ideia foi positivada na Constituição de 1934, no âmbito dos conflitos entre a União e os Estados foi introduzido processo especial perante o Supremo Tribunal Federal. As medidas coercitivas da intervenção federal, em caso de ofensa aos chamados “princípios sensíveis”, somente poderiam ser deflagradas depois que o Supremo Tribunal Federal tivesse reconhecido a constitucionalidade da lei que disponha sobre a intervenção. A provocação do Tribunal haveria de ocorrer mediante iniciativa do Procurador Geral da República (art. 12, § 2º, da Constituição de 1934).

Esse modelo de representação interventiva foi incorporado, com modificações, à Constituição de 1946. Ao invés da constatação da constitucionalidade da lei, que deflagrava a intervenção, tal como na Constituição de 1934, deveria o Tribunal agora aferir diretamente a compatibilidade do direito estadual com os chamados “princípios sensíveis”.

Embora a representação interventiva configurasse uma peculiar forma de composição de conflitos federativos, a jurisprudência e a doutrina brasileira, trataram esse processo como típico processo de controle abstrato de normas. Em uma de suas primeiras decisões deixou assente o Supremo Tribunal Federal que, ao contrário do controle incidente de normas, o novo instituto destinava-se à aferição abstrata da constitucionalidade de uma lei estadual, ou, nas palavras de Castro Nunes, de “uma fórmula legislativa ou quase legislativa que vem a ser a não-vigência, virtualmente decretada, de uma dada lei. Em outros termos, a inconstitucionalidade deveria ser superada mediante ato legislativo ou quase legislativo que constatasse a invalidade erga omnes.

A ideia que identificava nessa peculiar atribuição do Procurador-Geral da República o exercício de uma atividade do interesse público impôs-se sem dificuldades. (...) Alfredo Buzaid considerava o Procurador-Geral da República como um substituto processual que formulava a representação no interesse geral. Ele deveria atuar como representante de toda a sociedade que estaria interessada em suprimir o ato inconstitucional. Não se considerava, portanto, esse processo como uma peculiar forma de composição de conflitos federativos.

[...]

A representação interventiva ganhou especial significado nos primeiros tempos. Muitas decisões proferidas nesse processo serviram para esclarecer importantes questões constitucionais sobre a compatibilidade do direito constitucional de diferentes Estados com a Constituição Federal e tiveram influência decisiva sobre o desenvolvimento do direito constitucional estadual.

[...]

Embora o Supremo Tribunal Federal tenha considerado que a Representação continha a exposição de um conflito entre autoridades federais e estaduais e, por isso, deveria ser admitida como representação interventiva, é certo que o Procurador-Geral da República considerava que o instituto, tal como o destinado precipuamente ao controle de normas em tese, haveria de servir para espantar dúvidas acerca da inconstitucionalidade de normas estaduais em face da Constituição Federal. Deve-se ressaltar que a ofensa aos princípios sensíveis legitimadora da representação interventiva poderia ocorrer tanto mediante a edição de ato normativo, como através da prática de outros atos ou omissões.

[...]

Na prática foi a representação interventiva utilizada exclusiva ou fundamentalmente como processo de controle de normas. (Mendes. Gilmar Ferreira. *Op.cit*, pp. 60-64).

indica tratar-se de controle concentrado de constitucionalidade de leis municipais.

É controle de constitucionalidade, porque impõe ao Ministério Público a atuação de postular referida medida para garantir a eficácia dos princípios indicados na Constituição Estadual (artigo 39, inciso IV).

Vale dizer, ao Ministério Público incumbe o dever-poder de, mediante representação de constitucionalidade interventiva, velar pela normatividade dos princípios constitucionais sensíveis que, por simetria, estão referidos nos artigos 34, VI da Constituição Federal (forma republicana, sistema representativo e regime democrático; direitos da pessoa humana; autonomia municipal; prestação de contas da administração pública, direta e indireta; aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde), e em outros princípios caros ao ordenamento constitucional estadual (Constituição do Estado do Ceará, artigo 39, IV).

Em suma, os princípios constitucionais sensíveis e estabelecidos nas Constituições Federal e Estadual impõem sua observância aos municípios brasileiros, no exercício da autonomia legislativa¹².

Tais princípios, basilares no ordenamento constitucional, quando violados pelos municípios, em sua autonomia normativa, reclamam atuação corretiva do Ministério Público, mediante ação declaratória de inconstitucionalidade interventiva, como forma de declarar a incompatibilidade de tais normas com os paradigmas constitucionais.

De conseguinte, surge uma primeira aporia no debate.

Sendo a representação de inconstitucionalidade interventiva, forma de controle de constitucionalidade de normas municipais; sendo atribuição do Ministério Público manejar referido instrumento para garantir a efetividade dos princípios constitucionais sensíveis e estabelecidos nas Constituições Federal e Estadual como conciliar tal dever-poder constitucional com o dispositivo do artigo 127, da Constituição do Estado do Ceará?

Aprofundando o debate.

Como conciliar o artigo 127 com o bloco constitucional que normatiza a representação de inconstitucionalidade interventiva nos municípios, à luz do princípio da unidade o qual obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade de modo a harmonizar os espaços de tensão entre as normas? Como resolver a questão posta de

12 No que tange aos postulados de observância obrigatória pelas comunas, convém lembrar que a autonomia municipal, por força do que dispõe o art. 29, caput, da Lei Maior, em particular no concernente à capacidade de auto-organização, encontra-se limitada não só pelos princípios estabelecidos na Constituição Federal, como também por aqueles consignados na Carta do respectivo Estado. Na hipótese em apreço, a intervenção somente poderá ser desencadeada se o Tribunal der provimento a representação que pleiteie a medida. (Enrique Ricardo Lewandowski), in Comentários à Constituição do Brasil. J.J. Gomes Canotilho..[et.al] – São Paulo:Saraiva/Almedina, 2013, p. 813).

modo a dar primazia a fatores que favoreçam a integração política e social e reforçar a unidade política do Estado?

5 O ARTIGO 127, INCISOS V E VI DA CARTA ESTADUAL: A INTERPRETAÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA MUNICIPAL

Ficou assente que os princípios constitucionais sensíveis e estabelecidos nas Constituições Federal e Estadual vinculam os municípios no seu atuar, enquanto entes federativos. E, no que interessa ao debate, as leis por eles emanadas devem observá-los e fomentá-los, sob pena, de serem consideradas inconstitucionais, mediante representação de inconstitucionalidade interventiva (Constituição do Estado do Ceará, artigos artigo 39, IV e 40, § 5º e Constituição Federal, artigo 34, VI).

De conseguinte, convém adensar a função de princípio constitucional no ordenamento pátrio, como forma de apreender a eficácia da lei fundamental^{13 14}.

Desta maneira, o princípio estabelece conteúdo fático-jurídico desejado que deve ser perseguido pelo Estado na sua consecução.

No que diz respeito ao tema estudado, verifica-se que a autonomia municipal é princípio constitucional sensível (Constituição Federal, art. 34, VII, c).

E foi o fundamento basilar do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará para restringir a legitimidade do controle concentrado de lei municipal aos poderes políticos com pertinência exclusiva ao território do município.

Com efeito, assim se posicionou o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em excerto de voto do Desembargador Francisco Sales Neto, em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0004828-17.2011.8.06.0000/50000, a saber:

13 “Sobre o assunto escrevemos, ainda no mesmo livro: A superioridade normativa do princípio é assinalada com a força da reflexão jurídica na obra Introdução ao Direito Administrativo, de Agostin Gordillo, abalizado jurista argentino. Centro dos critérios valorativos da Constituição, o princípio ostenta aquela ‘idoneidade normativa irradiante’, referida por Canotilho. Mas tornemos a Gordillo: ‘Diremos então que os princípios do Direito Público contidas na Constituição são normas jurídicas; mas não é só isso, enquanto a norma é um marco dentro no qual existe uma certa liberdade, o princípio tem substância integral [...]. O princípio estabelece uma direção estimativa, em sentido axiológico, de valoração, de espírito [...]. O princípio exige que tanto a lei como o ato administrativo lhe respeitem os limites e que além do mais tenham o seu mesmo conteúdo, sigam a mesma direção, realizem o seu mesmo espírito.’ (Bonavides. Paulo. Curso de Direito Constitucional. 26º ed. São Paulo. Malheiros: 2011, pp. 297-298).

14 Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Como se vê, os princípios são normas imediatamente finalísticas. Eles estabelecem um fim a ser atingido. [...] Elemento constitutivo do fim é a fixação de um conteúdo como pretendido [...] Objeto do fim é o conteúdo desejado. [...] A instituição do fim é ponto de partida para a procura de meios. Os meios podem ser definidos como condições (objetos, situações) que causam a promoção gradual do conteúdo do fim. (Ávila. Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13ª ed. São Paulo: Malheiros: 2013, pp. 85-86).

3. A partir do corte lógico da norma constitucional em apreço [art. 127, V e VI da Constituição do Estado do Ceará], o legislador constitucional instituiu, em seu bojo, duas dimensões próprias de legitimados para impugnação abstrata dos atos normativos, identificados pela sua fonte de produção e pela extensão do interesse veiculado na norma. 4. Nessa perspectiva, restou definido que a legitimidade para o controle dos atos emanados do Legislativo Estadual, em face da sua generalidade e maior amplitude sócio-política, ficaria a cargo daquelas autoridades e instituições que, por sua importância e abrangência constitucionais, melhor representariam, para fins de legitimação, o interesse geral potencialmente violado pelos atos normativos e leis estaduais. 5. D'outra banda, e nitidamente inspirada pela chama municipalista irradiada da Constituição Republicana de 1988, o mesmo legislador constituinte estadual, ao dimensionar a legitimação para o exercício do controle dos atos e leis municipais que, por sua feição constitucional e pela própria dos fenômenos sociais locais, compreenderiam de forma mais adequada os interesses locais eventualmente malferidos pela norma tizada pelo vício de inconstitucionalidade. Divise-se o critério hermenêutico adotado no decisum singular adargado *não é meramente frásico-textual, vez que considerou o sentido* finalístico insito à estrutura de legitimação da ação direta de inconstitucionalidade no âmbito da Constituição Cearense. Na oportunidade, resguardou-se a compreensão sistêmica da própria vocação política da Constituição do Estado do Ceará, esta sempre voltada para a consolidação da autonomia do desenvolvimento político dos entes municipais, tal como se extrai dos arts. 4º, 35, 28, inciso I, art. 34, incisos I, VIII e XI; 39 e 40 da Constituição Estadual. (Processo: 0004828-17.2011.8.06.0000/5000) (apud informações prestadas pela Assembleia Legislativa do Estado do Ceará nos autos da ADI 5.693, ajuizada pela Procuradoria Geral da República no STF).

A eventual inconstitucionalidade de atos e leis municipais, segundo fundamento esposto pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, estaria compreendida e conformada no espectro dos interesses locais, de forma que a legitimidade para o controle concentrado de constitucionalidade destes atos deveria se restringir aos agentes políticos diretamente relacionados ao território do município.

6 A EVOLUÇÃO DAS CONDICIONANTES FÁTICAS E JURÍDICAS DO ARTIGO 127 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ

O princípio da Autonomia Municipal é um dos pilares da Constituição Federal de 1988 e da Constituição do Estado do Ceará de 1989. Foi produto de luta de emancipação dos municípios frente ao Estado quase unitário desenhado no constitucionalismo anterior, onde as edilidades eram sufocadas duplamente pela preeminência da União Federal e pela prevalência do Poder Público estadual nas unidades federadas, em detrimento dos justos anseios políticos das comunas.

É forçoso reconhecer que, no contexto subjacente, a preocupação do Constituinte Estadual de 1989, no sentido de blindar intervenções político-jurídicas no âmbito da recém-fortalecida autonomia municipal era fundada em realidade histórica¹⁵.

No entanto, enquanto texto escrito, com o correr do tempo, as constituições podem divorciar-se da realidade sempre cambiante que busca valorar e ordenar, quedando incapaz de normalizar os traços fundamentais da unidade política e da atividade estatal^{16 17}.

A realidade histórica, bem assim a compreensão desta realidade após 1989, mudaram. A Autonomia Municipal, então bastião das prerrogativas invioláveis dos municípios frente às unidades federadas mais amplas, com o tempo foi-se adaptando à complexidade das necessidades cada vez mais interligadas do Estado Federal.

Discute-se, assim, se tais mudanças influenciaram a força normativa da norma constitucional escrita¹⁸.

15 “*El Derecho es historia congelada. Em um sentido elemental, todo lo que estudiamos cuando estudiamos de derecho es la narración de un acontecimiento histórico, y toda la historia em relatos o testimonios de esta classe.*” (Friedrich. Carl Joachim. La Filosofía del Derecho. Tradução de Margarita Álvarez Franco. Fondo de Cultura Económica: México. DF, 1993, p.331).

16 Quanto mais suas normas partem das realidades da situação histórica e procuram conservar e aperfeiçoar aquilo que já está delineado na condição individual da atualidade tanto mais rápido podem elas desenvolver efeito normalizador. Onde a Constituição ignora o estágio de desenvolvimento espiritual, social, político ou econômico de seu tempo lhe falta o germe indispensável de sua força de vida e ela não é capaz de alcançar que o Estado, que ela, em contradição com esse estágio de desenvolvimento normalize-se. Essa força de vida e de efeito assenta sobre isto, que ela seja capaz de unir-se com as forças espontâneas e tendências vivas do tempo, que ela leve essas forças ao desenvolvimento e as coordene mutuamente, que ela seja, em virtude do objeto, ordem total determinada das condições de vida concretas. (Hesse, Konrad, Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998, tradução do Dr. Luís Afonso Hech, da 20.ª Edição alemã, pág. 48).

17 O fator tempo é essencial na própria definição do conceito e da extensão das mudanças constitucionais. Hesse, em seu estudo sobre a força normativa da Constituição, se preocupa com a definição dos limites desse fenômeno. Ao final de sua análise, Hesse cita o ensinamento de Friedrich Muller, que afirma que a norma não pode ser isolada da realidade, distinguindo o programa normativo do âmbito normativo. No primeiro estaria a formulação linguística ou textual da norma, enquanto no segundo estaria o elemento pressuposto factual, local em se encontraria o espaço para alteração. (from “Linha Direito Comparado - Mutações Constitucionais. By Saraiva Sa Livres Editores).

18 Da perspectiva de Constituição no tempo, a Constituição só pode cumprir suas tarefas onde consiga, sob mudadas circunstâncias, preservar sua força normativa, isto é, onde consiga garantir sua continuidade sem prejuízo das transformações históricas, o que pressupõe a conservação de sua identidade. Partindo disso, nem a constituição como um todo nem suas normas concretas podem ser concebidas como letra morta, como algo estático e rígido; precisamente sua continuidade pode chegar a depender da forma em que se encara a mudança. (from “Linha Direito Comparado - Mutações Constitucionais” by Saraiva Sa Livres Editores)

Ora, nunca é demasiado repetir: a dinâmica das relações jurídicas e sociais é mais complexa e mais larga que o conceito de Autonomia Municipal, com realidade absoluta e estanque. É bem verdade que o âmbito territorial de uma lei se concentra no território do ente estatal que a emitiu, mas não se exaure apenas neste círculo.

Existem situações em que é impossível haver interesse local exclusivo. Um exemplo bem eloquente reside na questão das competências legislativas concorrentes dos entes da federação.

Neste contexto, o município possui competência no que diz respeito aos assuntos locais; referida competência é suplementar em relação aos atos da União e dos Estados, consoante dispões os artigos 24, §§ 1º e 2º e 30, II da Constituição Federal, bem assim ao disposto no artigo 16, §§ 1º e 2º e 28, II da Constituição do Estado do Ceará.

Neste passo, convém discernir, com adequada clareza, a dimensão normativa de interesse local, como critério de fixação e delimitação de competências federativas¹⁹.

Esta questão mostrou-se eminente na atuação no combate à pandemia da COVID-19, em 2020.

Restou evidente que as atribuições, deveres e atos dos entes federados compõem feixe entrelaçado, condicionado e coordenado. Neste passo, convém recortar voto do Ministro Marco Aurélio, na ADI 6343, julgada em 16.04.2020, a saber: “O momento é de crise aguda envolvendo a saúde pública. Tem-se política governamental nesse campo, com a peculiaridade de tudo recomendar o tratamento abrangente, o tratamento nacional”.

Ora, a facilidade de circulação do vírus ignora fronteiras de municípios, de Estados e de países. Um ato local transborda seu perímetro espacial e afeta o contexto social, econômico e jurídico do todo.

Desta forma, soa irreal enfrentar o problema como assuntos isolados. O município se insere numa teia densamente interligada em que os interesses ou assuntos locais se incorporam na cadeia inexorável gerada pela crise sanitária.

Vários julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – o epicentro da crise sanitária no Brasil – ilustram esta interconexão e intrusão de leis municipais com o sistema estadual ou nacional.

Por exemplo, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2078799-28.2020.8.26.0000, postulada pelo Procurador Geral de Justiça do Estado do São Paulo em face de medida

Start reading it for free: <http://amz.onl/3lbcWWR>

19 [...] se caracteriza **pela predominância e não pela exclusividade do interesse** para o município, em relação ao do Estado e da União. Isso porque não há assunto municipal que não seja reflexamente de interesse estadual e nacional. A diferença é apenas de grau, e não de substância. (Meireles. Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 121.)

provisória editada pelo Poder Executivo de Euclides da Cunha, o Tribunal julgou procedente a medida cautelar sob o fundamento de que:

Pontifica que no Estado de São Paulo, o Decreto Estadual no 64.881/20, dentre outras medidas, impôs a suspensão do atendimento presencial de atividades não essenciais, obistou o consumo em bares, restaurantes e padarias e supermercados e recomendou quarentena às pessoas, no entanto, a medida provisória objurgada flexibilizou algumas medidas restritivas, **o que impactará diretamente na rede de saúde de todo o Estado.**

[...]

Diante do exposto, CONCEDE-SE A LIMINAR, inaudita altera parte, para suspender a eficácia, até final e definitivo julgamento desta ação, do artigo 49, caput e parágrafo único, da Lei Orgânica do Município de Euclides da Cunha Paulista e da Medida Provisória no 01/2020, de 20 de abril de 2020, do Município de Euclides da Cunha Paulista.

Por sua vez, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2079532-91.2020.8.26.0000, postulada pelo Procurador Geral de Justiça do Estado do São Paulo em face de Decreto Autônomo nº 5.225-A/2020 emitido pelo Prefeito de São Vicente, julgou procedente a medida cautelar sob o fundamento de que:

Afirma que as normas federais (Lei nº 13.979/20 e Decreto nº 64.881/20) e estaduais (Decreto nº 64.881/2020 e Deliberações nº 08, 06, 05, 03 e 02 de 2020 do Comitê Administrativo Extraordinário do COVID-19) delimitam o alcance da quarentena, com a liberação de determinadas atividades, **impondo, assim, uma espécie de bloqueio legislativo ao legislador municipal, ao qual não se autoriza, nem mesmo a pretexto de legislar sobre assuntos de interesse local, flexibilizar os limites determinados na quarentena decretada no Estado de São Paulo**, quer seja suspendendo-a, quer seja ampliando as atividades e serviços estabelecidos pelo decreto estadual como essenciais, ou mesmo estimulando a circulação de pessoas para além das atividades ali discriminadas.

Aduz que as atividades liberadas ao funcionamento no Município de São Vicente, ora impugnadas, afastam-se das diretrizes estabelecidas pelo Estado ao abrandar a quarentena em relação aos serviços

não essenciais, sem qualquer análise técnica ou evidência científica, colidindo diretamente com a opção adotada pelo legislador federal e estadual.

Alega ainda que o tratamento normativo do resguardo de serviços e atividades de caráter essencial, no contexto de implementação de medidas voltadas à mitigação das consequências da pandemia do coronavírus, há de se dar de forma linear e coordenada em todo o território nacional, sendo, portanto, questão inerente à norma geral sobre proteção da saúde. Caso contrário, haverá potencial prejuízo à população afetada em virtude da legitimação de uma multiplicidade de normas municipais em dissonância com as diretrizes e condicionamentos estabelecidos na legislação estadual e federal.

[...]

Assim sendo, numa cognição perfunctória, própria desta fase processual, defiro a liminar para sustar os efeitos da liberação das atividades de “copiadoras, Lan house, Lava rápido, Lojas de colchões, Lojas de embalagem, Lojas de tecidos e aviamentos, Lojas que vendam produtos de limpeza e higiene pessoal, Lojas de cosméticos, Lojas de móveis, Lojas de vendas de carros e motos, Marcenarias, Serralherias, Cabelereiro, Manicure, Pedicure e Pilates”, previstas no anexo do Decreto nº 5.225-A, de 16 de abril de 2020, do Município de São Vicente, eis que vislumbro presentes os pressupostos legais para a sua concessão (art. 10, § 3º, da Lei 9.868/99).

Igualmente, na ADIn n 2.080.065-50.2020.8.26.0000, postulada pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo em face do Decreto Municipal nº 28.970/20 emitido pelo Prefeito de Jundiaí-SP, o Tribunal de Justiça de São Paulo, em medida liminar, suspendeu a eficácia da norma, mercê de risco à saúde pública do Estado.

Então se percebe que o princípio da Autonomia Municipal não significa que o município deve entrincheirar-se contra o Estado e contra a União. E o mais importante: o princípio da autonomia municipal visa a proteger o município de outros municípios, como no caso acima, do combate à pandemia COVID-19.

Este compartilhamento de problemas e soluções também é corriqueiro em questões ambientais – como do Recurso Extraordinário 586.224 – São Paulo:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL. LIMITES DA COMPETÊNCIA MUNICIPAL. LEI MUNICIPAL QUE PROÍBE

A QUEIMA DE PALHA DE CANA-DE-AÇÚCAR E O USO DO FOGO EM ATIVIDADES AGRÍCOLAS. LEI MUNICIPAL Nº 1.952, DE 20 DE DEZEMBRO DE 1995, DO MUNICÍPIO DE PAULÍNIA. RECONHECIDA REPERCUSSÃO GERAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 23, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, Nº 14, 192, § 1º E 193, XX E XXI, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO E ARTIGOS 23, VI E VII, 24, VI E 30, I E II DA CRFB.

1.O Município é competente para legislar sobre meio ambiente com União e Estado, no limite de seu interesse local e desde que tal regramento seja e harmônico com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados (art. 24, VI c/c 30, I e II da CRFB).
[...]

9. Recurso extraordinário conhecido e provido para declarar a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 1.952, de 20 de dezembro de 1995, do Município de Paulínia.

Desta forma, a interpretação do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0004828-17.2011.8.06.0000/5000, de que, em homenagem à autonomia municipal, apenas o Prefeito, a Mesa da Câmara ou entidade de classe e organização sindical, se tratar-se de lei, ou de ato normativo do respectivo Município, e os partidos políticos com representação na respectiva Câmara teriam legitimidade para deflagrar o controle abstrato de leis municipais era consentânea com o substrato fático-jurídico de 1989.

Entretanto, atualmente esta visão não supera a antinomia com a atribuição constitucional do Ministério Público de postular controle abstrato de leis municipais que violem os princípios constitucionais sensíveis e estabelecidos. Em outros termos, não é compatível com cânone do princípio da unidade da Constituição, além de não otimizar o princípio do efeito integrador e da força normativa da Constituição, como será adiante argumentado.

7 AS ANTINOMIAS ENTRE OS ARTIGOS 127, §§ 5º e 6º e 130, IV DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ E A MODERNA INTERPRETAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES

A Constituição é uma lei. É discurso que estabelece normas e princípios; que prevê hipóteses de incidência de fenômenos reais e estabelece consequências devidas a partir

da concreção de tais fenômenos. Ademais, estabelece finalidades e diretrizes, como vetores de atuação da comunidade para sua concreção.

Sendo o discurso normativo, a Constituição, dentre diversos significantes e comandos, que a compõem, pode conter contradições ou antinomias. Um dispositivo isoladamente poderá, em momento inicial, colidir com a significação que outro dispositivo poderia traduzir para a mesma realidade social.

Os dispositivos normativos somente se efetivam como normas, a partir da interpretação de seus signos.

Num primeiro momento, a interpretação da lei, e também da Constituição, sempre parte do texto, da semântica dos signos organizados, segundo uma sintaxe adrede escolhida. A interpretação literal ou gramatical é o ponto de partida, mas também é o perímetro máximo de chegada da interpretação²⁰.

Desta maneira, existem disposições - ou bloco de disposições - que devem ser examinados e compreendidos. Uma primeira disposição está no artigo 127, §§ 5º e 6º da Constituição do Estado do Ceará já destacada neste trabalho. Na sua leitura gramatical, apenas o Prefeito, a Mesa da Câmara ou entidade de classe e organização sindical, se tratar-se de lei ou de ato normativo do respectivo Município e os partidos políticos com representação na respectiva Câmara teriam legitimidade para deflagrar o controle abstrato de leis municipais.

Entretanto, o dispositivo acima desvelado não é pleno para apreender o conjunto de símbolos (significante) do objeto examinado. Existem outros significantes relacionados à matéria que devem ser colacionados e compreendidos. De conseguinte, existe o artigo 130, inciso IV da mesma Carta Estadual, onde se lê que o Ministério Público tem atribuição para promover a intervenção do Estado em Municípios - emanção de controle concentrado de constitucionalidade de leis municipais, para fins de garantir a efetividade dos princípios sensíveis e constitucionalmente estabelecidos.

Neste passo, emerge o método da interpretação sistemática que integra e compreende os diversos blocos de significantes normativos, como forma de harmonizá-los numa significação coerente²¹.

20 O método gramatical constitui o início da interpretação, devendo o intérprete no começo de sua atividade entender o significado das palavras. Mas o significado gramatical dos termos legais funciona também como limite da interpretação, não devendo, a princípio, o intérprete adotar significados que contradizem o significado literal das palavras: respeitar a vontade do criador da norma significa respeitar os termos que ele emprega. (from “Curso de Processo Constitucional - Controle de Constitucionalidade e Remédios Constitucionais” by Dimitri Dimoulis, Soraya Lunardi) Start reading it for free: <https://amz.onl/6UozhCg>

21 A interpretação sistemática objetiva integrar e harmonizar as normas jurídicas, considerando-as um conjunto. Para melhor entender os mandamentos legais, devemos analisá-los no contexto da regulamentação jurídica, levando em consideração as relações lógicas e hierárquicas entre os dispositivos.” (from “Curso de Processo Constitucional - Controle de Constitucionalidade e Remédios Constitucionais. By Dimitri Dimoulis, Soraya Lunardi) Start reading it for free: <https://amz.onl/hO8IM5M>

Da conjugação dos métodos acima, constata-se que apenas os entes políticos e sociais - previstos no artigo 127, §§ 5º e 6º - podem acionar o controle de constitucionalidade concentrado de leis municipais; mas, pelo artigo 130, IV, atribui-se ao Ministério Público o controle concentrado de leis municipais para salvaguardar princípios sensíveis e constitucionalmente estabelecidos.

A rigor, os dispositivos poderiam excluir-se isoladamente, todavia, integrados, formam bloco de significação, em que o Ministério Público, por intermédio de seu Procurador-Geral de Justiça, embora órgão de amplitude estadual, não está excluído do controle de constitucionalidade abstrato de leis municipais.

E se poderá aprofundar esta conclusão, mediante outros métodos interpretativos.

Com efeito, até o momento, a interpretação está circunscrita à análise da norma como significantes simbólicos escritos e compilados.

Por outro lado, pode-se analisar a norma, buscando-se sua finalidade em face de condicionantes históricos, sociológicos ou políticos²².

Aqui, justifica-se a opção do legislador constituinte estadual de 1989, ao restringir a legitimidade apenas aos entes políticos vinculados ao território do município emissor da norma objeto de controle. Esta finalidade era garantir as comunas contra ingerências de unidades federadas mais amplas e, naquele momento histórico, ameaçadoras potenciais da recém conquistada Autonomia Municipal.

No entanto, a Constituição como texto, desprende-se de seu emissor e passa ao domínio do seu destinatário - ou seja daqueles que irão aplicá-la. E, para aplicar seus comandos, a comunidade jurídica compreende e interpreta aqueles significados conforme a compreensão do momento em que a vivem. A Constituição é viva, é fruto da história, não estaciona no tempo.²³

Neste passo, verificou-se que o conceito do princípio da Autonomia Municipal, então pensado pelo Constituinte estadual em 1989 e defendido pelo Tribunal de Justiça

22 A interpretação histórica busca a vontade do criador das normas, isto é, a constatação das intenções que tinha o legislador ao estabelecer determinado regulamento. A pergunta central é: por que o legislador editou uma norma? Qual foi a sua finalidade? O método histórico fundamenta-se na teleologia subjetiva, porque se interessa pelos fins da lei (teleologia = discurso que procura a finalidade de algo) segundo a intenção do legislador histórico (e não segundo os objetivos que decorrem do significado da lei ou das demandas sociais)." (from "Curso de Processo Constitucional - Controle de Constitucionalidade e Remédios Constitucionais. By Dimitri Dimoulis, Soraya Lunardi) Start reading it for free: <https://amz.onl/33I5ukn>

23 Aplicando a teleologia objetiva, o intérprete busca a finalidade social das normas jurídicas, propondo uma interpretação conforme critérios e exigências atuais. O raciocínio é: ao fazer certo regulamento, o legislador pretendia tutelar determinados interesses e alcançar certas finalidades. Se entre a criação do dispositivo e o momento atual houve mudanças sociais, devemos, segundo a teleologia objetiva, aplicar a norma pensando qual seria a vontade do mesmo legislador se ele legislasse em nossos dias. Em outras palavras, esse método propõe interpretar a norma de acordo com aquilo que o legislador teria decidido se conhecesse a situação atual. O objetivo é atualizar os textos normativos, pensando qual é o melhor caminho para alcançar a finalidade que o legislador tinha estabelecido. (from "Curso de Processo Constitucional - Controle de Constitucionalidade e Remédios Constitucionais" by Dimitri Dimoulis, Soraya Lunardi) Start reading it for free: <https://amz.onl/6qbhwEQ>

do Estado do Ceará, na interpretação histórica do artigo 127, incisos V e VI, da Constituição do Estado do Ceará - como já sublinhado -, não mais se adéqua a resolver os contemporâneos conflitos entre entes federados.

Demais disso, submetendo a Constituição do Estado do Ceará aos cânones específicos de interpretação constitucional, verifica-se que a acepção originária da Autonomia Municipal como escudo do município contra Estado, contra União e contra outros municípios depõem em desfavor dos princípios da unidade, do efeito integrador e da força normativa das constituições.

Conclui-se que a Autonomia Municipal não deve ser escudo de proteção do município frente à União, ao Estado e aos demais municípios. A Autonomia Municipal é motor de coordenação e cooperação entre as unidades federadas. A interpretação do princípio da Autonomia Municipal deve ser compreendida em sua acepção moderna, como vetor de unidade, integração e efetividade dos comandos constitucionais formadores da unidade política²⁴.

8 CONCLUSÃO

A interpretação literal do dispositivo previsto no artigo 127, incisos V e VI, da Constituição do Estado do Ceará é ponto de partida de interpretação, mas não é ponto de chegada. Primeiro é norma constitucional parcial, porque deve ser harmonizada com o dispositivo previsto no artigo 130, inciso IV, da mesma Carte Estadual, o qual atribui ao Ministério Público o dever-poder de postular a intervenção interventiva nos municípios para garantir a efetividade dos princípios constitucionais sensíveis.

Ademais, a finalidade do princípio que fundamentou a restrição de legitimados para propositura de ação de controle concentrado de constitucionalidade de leis municipais evoluiu. Com efeito, a Autonomia Municipal não consiste mais em instrumento de defesa do município contra outros entes federados. Modernamente, a Autonomia Municipal é vetor de cooperação de municípios entre si e de municípios com o Estado e com União.

O artigo 127, incisos V e VI, deve ser interpretado conforme a teleologia objetiva, de modo a poder fomentar a unidade e efeito integrador das Constituição do Estado do Ceará. Assim, surge o Ministério Público como guardião e garante da moderna Autonomia Municipal, como instituição que poderá mediar conflitos ou pontos de vista

24 Uma Constituição, escrevia Jennings, não funciona por si mesma; os homens devem fazê-la funcionar. "It is an instrument of national co-operation, and the spirit of co-operation is as necessary as the instrument. (Segado. Francisco Fernández, from "Linha Direito Comparado - Mutações Constitucionais" by Saraiva Sa Livreiros Editores) Start reading it for free: <http://amz.onl/8jQNpLG>

que favoreçam a integração social, e reforçar a unidade política de maneira a conduzir soluções pluralisticamente agregadoras diante de inicial conflitualidade constitucional.

Numa sucinta sentença, o Ministério Público, diante da interpretação gramatical, sistemática e teleológica do bloco de dispositivos, previstos nos artigos 127, incisos V e VI e 130, IV, da Constituição do Estado do Ceará, é legitimado ativo para atuar no controle de constitucionalidade de leis municipais.

A conclusão ora destacada, além de baseada na tradicional interpretação jurídica acima, encontra amplo respaldo na interpretação especificamente constitucional cujos escopos específicos, neste trabalho, buscam potencializar o princípio da unidade, com escopo de observar a Constituição no seu todo, e harmonizar os espaços de tensão latente entre dispositivos constitucionais.

Também privilegia o princípio do efeito integrador como vetor de coesão social entre órgãos e estruturas políticas do Estado, sem descuidar do princípio da força normativa da Constituição, como instrumento de atualização normativa, de eficácia e permanência na busca da manutenção e aperfeiçoamento da unidade política da unidade federada.

THE LEGITIMACY OF PUBLIC PROSECUTORS FOR ABSTRACT CONTROL OF CONSTITUTIONALITY OF MUNICIPAL LAW

ABSTRACT

The article intends to analyze the constitutional law of the State of Ceará. It examines the abstract constitutional control of the municipal law and the legitimation of people to claim their judicial review. This analysis intends to demonstrate the ruling of General Public Prosecutor of the State of Ceará to demand the process of abstract constitutional control of the municipal law. The work researches principles the interpretation of law in order to provide some purposes of good constitutional application like unity, integration and normative power. The article also verifies how the concept of municipal autonomy principle have changed over time to contemplate the notion of cooperation among federation members. The paper concludes that the Public Prosecutor must be legitimate on the process of abstract constitutional control of the municipal law because it can contribute to municipal autonomy and enhance the constitutional principles of unity, integration and normative power of constitutional law of the State of Ceará.

Keywords: Abstract constitucional control. Municipal law. Legitimation. PuBic Persecutor.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros: 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26º ed. São Paulo. Malheiros: 2011.

CANOTILHO, J.J.G., **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Almedina, 4.ª Edição, 1997.

DIMITRI, Dimoulis; LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional - Controle de Constitucionalidade e Remédios Constitucionais** Start reading it for free: <https://amz.onl/6UozhCg>

FRIEDRICH, Carl Joachin. **La Filosofía del Derecho**. Tradução de Margarita Álvarez Franco. Fondo de Cultura Económica: México. DF, 1993.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998, tradução do Dr. Luís Afonso Hech, da 20.ª Edição alemã.

HESSE, Konrad. from “**Linha Direito Comparado - Mutações Constitucionais**” by Saraiva Livres Editores. Start reading it for free: <http://amz.onl/3lbyCWR>

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 2ª ed. Saraiva. São Paulo: 1998

MENDES, Gilmar Ferreira. from “**Linha Direito Comparado - Mutações Constitucionais**” by Saraiva Livres Editores. Start reading it for free: <http://amz.onl/6fuS1tj>

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 121.)

MIRANDA, Jorge, “**Coleção Fora de Série - Teoria do Estado e da Constituição**” by Jorge Miranda. Start reading it for free: <http://amz.onl/9kJC9RD>.

SEGADO, Francisco Fernández. from “**Linha Direito Comparado - Mutações Constitucionais**” by Saraiva Livres Editores. Start reading it for free: <http://amz.onl/8jQNpLG>

SOARES DA COSTA, Adriano, **Teoria da Incidência da Norma Jurídica: crítica ao realismo-lingüístico de Paulo de Barros Carvalho**, Belo Horizonte, Del Rey, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6343/DF – Distrito Federal. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881008>. Acesso em: 17 mai. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 586.224/SP – São Paulo. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2616565> . Acesso em: 15 mai. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0004828-17.2011.8.06.0000/5000). Relator Desembargador Francisco Sales Neto.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2078799-28.2020.8.26.0000. Relator Desembargador Alex Zilenovski. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob_page.show?_docname=2660560.PDF. Acesso em: 29 mai. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2079532-91.2020.8.26.0000. Relator Desembargadora Cristina Zucchi. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob_page.show?_docname=2660594.PDF . Acesso em: 19 mai. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.080.065-50.2020.8.26.0000. Relator Desembargador Evaristo dos Santos. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob_page.show?_docname=2660601.PDF Acesso em: 18 mai. 2020.

OS CONTRATOS ONEROSOS FIRMADOS
ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E
ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA PARA
RECUPERAÇÃO DE ROYALTIES DO PETRÓLEO
E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO
NA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO

*THE ONEROUS CONTRACTS SIGNED BETWEEN THE
PUBLIC ADMINISTRATION AND LAW FIRMS FOR THE
RECOVERY OF OIL ROYALTIES AND THE IMPORTANCE OF
THE PUBLIC MINISTRY IN PROTECTING PUBLIC ASSETS*

OS CONTRATOS ONEROSOS FIRMADOS ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA PARA RECUPERAÇÃO DE ROYALTIES DO PETRÓLEO E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO¹

THE ONEROUS CONTRACTS SIGNED BETWEEN THE PUBLIC ADMINISTRATION AND LAW FIRMS FOR THE RECOVERY OF OIL ROYALTIES AND THE IMPORTANCE OF THE PUBLIC MINISTRY IN PROTECTING PUBLIC ASSETS

*Dornieri Lemos Diógenes Pinto Mota²
Álison José Maia Melo³*

RESUMO

A recuperação de *royalties* do petróleo e gás natural por meio da contratação direta de advogados privados, por inexigibilidade de licitação, onera o ente federado, quando repassam irregularmente o valor de 20% em honorários ao escritório de advocacia. A discussão desenvolvida no presente artigo enfrenta a ocorrência de dano ou prejuízo ao erário na contratação onerosa pelos entes públicos municipais de escritórios de advocacia para patrocínio de ações administrativas e judiciais referentes ao recebimento de *royalties*, em prejuízo à estruturação e ao aperfeiçoamento da advocacia pública local. Diante da recorrência por parte da Administração Pública municipal firmar contratos onerosos com escritórios de advocacia para a recuperação desses *royalties*, em detrimento de um corpo jurídico próprio como as Procuradorias Jurídicas, a defesa da Advocacia Pública é essencial na presente pesquisa, principalmente nos municípios pequenos, pois a valorização e o fortalecimento de um órgão de representação judicial e

1 Data de Recebimento: 05/11/2020. Data de Aceite: 23/11/2020.

2 Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC), pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Tecnologia de Palmas (FTP), pós-graduando em Direito Constitucional e Processo Constitucional pela Escola Superior do Ministério Público (ESMP), servidor do Ministério Público do Estado do Ceará. E-mail: dornieri@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5651682409407302>. ORCID: 0000-0003-3695-761

3 Doutor em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7). Professor da Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará (ESMP/CE). E-mail: alisson.melo@uni7.edu.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5811851978196829>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8453-8884>.

extrajudicial do ente, por meio da realização de concurso público para contratação de um corpo próprio de servidores e dotação orçamentária específica, diminuiria demandas onerosas do Poder Público. Dentro desta perspectiva, a partir de uma pesquisa dedutiva, com apoio nos procedimentos bibliográfico – livros e artigos de revistas – e documental – leis e julgados nacionais – conclui-se que cabe ao Ministério Público, no contexto de sua missão institucional de defesa da ordem jurídica nacional, fiscalizar e controlar eventuais atos ilegais e irregulares das Administrações Públicas municipais, protegendo o patrimônio público.

Palavras-chave: *Royalties* do Petróleo. Contratos onerosos. Escritórios advocatícios. Advocacia Pública. Tutela do Patrimônio Público pelo Ministério Público.

1 INTRODUÇÃO

Os contratos firmados pelos entes federados municipais e escritórios de advocacia são onerosos e prejudiciais ao erário, pois são repassadas altas somas (R\$ milhões) em honorários advocatícios em detrimento de órgão de representação judicial e extrajudicial. O dispêndio de vultosas somas de recursos públicos poderia ser evitado caso houvesse um fortalecimento de um órgão jurídico com a consequente valorização de advogados públicos por meio de leis, evitando assim a contratação de advogados privados por inexistência de licitação em desacordo com requisitos mínimos exigidos pela legislação e ao gosto do gestor do momento. O patrocínio de ações judiciais deveria, de outro modo, ficar a cargo de uma Procuradoria Jurídica, órgão público qualificado para defesa do ente, prevalecendo princípio da unidade de representação reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) 5215, 5262 e 4449, dos estados de Goiás, Roraima e Alagoas, respectivamente.

Essas ações questionavam emendas à constituição e leis estaduais no âmbito dos referidos estados que permitiam a criação de cargos de procuradores autárquicos e outros cargos em comissão com o mesmo fim, ferindo o princípio da unicidade e a exclusividade da representação judicial e consultoria jurídica pelos Procuradores Estaduais e do Distrito Federal. Nesse sentido, urge fortalecer a Advocacia Pública por meio da criação de Procuradorias Jurídicas e de um corpo de procuradores com funções especializadas para a defesa da Fazenda Pública com a finalidade de evitar danos e prejuízos ao erário.

Portanto, o presente estudo tem por finalidade analisar a relação existente entre a Administração Pública municipal e escritórios de advocacia no resgate e recuperação de royalties do petróleo e gás natural referente à legislação nacional de partilha de exploração desses recursos naturais por meio da Agência Nacional do Petróleo (ANP).

Em especial, o problema da pesquisa consiste em apurar o papel do Ministério Público como instituição fiscalizadora da ordem jurídica nacional na defesa do patrimônio público quando reprime práticas que causem danos ao erário e quando há fraudes em contratos, como superfaturamento, repasses indevidos ou prestação jurídica deficiente, especificamente na hipótese exposta nesta pesquisa.

A metodologia utilizada no artigo adota uma abordagem dedutiva com um viés aplicado, e parte de análises de doutrina jurídica, entendimentos jurisprudenciais pertinentes ao tema, decisões judiciais, leis específicas e artigos científicos correlatos, trazendo luz a um assunto que gera discussões acerca da economicidade de evitar dispendiosos contratos advocatícios pelo Poder Público. A pesquisa desenvolve-se em quatro temáticas: inicialmente, faz-se um apanhado da questão dos royalties do petróleo, com foco na destinação desses recursos e na estruturação da política nacional, preocupada também com a adequada distribuição desses recursos; num segundo momento, enfrenta-se o problema da contratação direta, por inexigibilidade de licitação, de escritórios advocatícios supostamente dotados de alta expertise, diante dos permissivos legais, e os riscos oriundos de uma má-interpretação da legislação; na terceira parte da discussão, traz-se o argumento em favor do fortalecimento das advocacias públicas municipais, estruturadas para a boa defesa do interesse público primário para, ao final, arrematar com a intervenção ministerial no controle das contratações de escritórios de advocacia no âmbito municipal, mormente no recorte temático definido da pesquisa.

2 BREVE HISTÓRICO SOBRE OS ROYALTIES DO PETRÓLEO E A LEGISLAÇÃO REFERENTE AO TEMA

A soberania de um Estado no sistema internacional perpassa necessariamente pela preservação de seus recursos minerais por meio de uma política energética que garanta uma independência e autonomia da nação diante das intervenções de Estados e corporações estrangeiras na exploração de riquezas. O petróleo, especialmente na primeira metade do século XX, passou a ser visto como bem estratégico para a colocação de um país no crescente cenário global e também a causa para a violação da soberania de outros Estados mediante invasões e guerras para domínio sobre jazidas (QUINTANS, 2015, p. 8-9).

Partindo deste pressuposto, a colonização do Brasil por Portugal no início do século XVI consistiu no modelo predatório de exploração de riquezas minerais, desde o pau-brasil a diamantes e ouro na região das Minas Gerais, onde o Brasil foi literalmente “rasgado” pelas bandeiras com o visio de extrair riquezas para a metrópole europeia. A afirmação da soberania de uma nação sobre suas jazidas minerais reflete uma de suas

facetas, a saber, a independência econômica quando o Estado regula e dispõe livremente de seus recursos naturais, devendo utilizá-los da forma que melhor entender e, se necessário, expropriá-los ou nacionalizá-los, de acordo com as normas vigentes (BERCOVICI, 2011, p. 44).

A criação da Petrobrás em 1953 ocorreu mediante um clima de intensos debates, manifestações públicas e comícios, tornando-se o símbolo do nacionalismo e do anti-imperialismo em que o principal vilão eram as companhias estrangeiras de petróleo. José Murilo de Carvalho (2016, p. 133), pesquisador da História do Brasil, afirma que:

No calor da luta, o próprio Vargas foi levado a tomar posição mais radical do que aquela que inicialmente propusera. **A lei finalmente aprovada dava à Petrobras o monopólio de toda a prospecção, extração e refino do petróleo, ficando aberta ao capital privado, inclusive estrangeiro, apenas a distribuição.** [grifos nossos].

Sempre houve tentativas legislativas de extinguir o monopólio estatal do petróleo. Logo após o suicídio de Getúlio Vargas, o Projeto de Lei do Senado nº 1 foi derrotada em 30 de março de 1955, por 32 votos a 9. Durante o governo Juscelino Kubitschek, no mesmo sentido, o projeto de lei de autoria do deputado cearense Adolfo Gentil (PSD-CE) foi igualmente derrotado (CARVALHO, 2016, p. 164).

A marcha da história no favorecimento privado na exploração do petróleo brasileiro teve um marco na Carta de 1967 que se caracterizou por defender a intervenção complementar do Estado na vida econômica (artigo 163) e na aprovação do novo Código de Mineração previsto no Decreto-Lei nº 227/67 que determinou que uma sociedade de economia mista só poderia atuar no setor de mineração para complementar a iniciativa privada, de modo que inviabilizou a atuação da Companhia Vale do Rio Doce (CARVALHO, 2016, p. 183). Por outro lado, condicionou a participação das empresas privadas nas jazidas minerais à autorização federal, restringindo o acesso com exclusividade a brasileiros ou a empresas organizadas no país. Para o setor do petróleo, finalmente o tema da soberania alcança o *status* constitucional (QUINTANS, 2015, p. 24).

Frise-se que, a partir da década de 1970, circulou a ideologia da “eficiência” microeconômica de grandes corporações na exploração de recursos minerais estratégicos em detrimento da intervenção do Estado, conforme observa Bercovici (2011, p. 49):

A ideologia de mercado dominante a partir dos anos 1970, tendente a dismantelar todo o instrumental de intervenção pública nos mercados nacionais, busca descrever o setor energético a partir de concepções concorrenciais ou de “eficiência” microeconômica, nem sempre adequadas. [grifos nossos].

Cabe ressaltar ainda que propostas legislativas para retirar a participação na exploração de riquezas naturais pelo Estado como de petróleo e gás natural devem ser vistas como propostas liberais para menor atuação de regime público, principalmente a partir dos governos de Ronald Reagan e Margaret Thatcher que pregaram o esvaziamento das funções do Estado, a privatização de grandes parcelas do setor público, a lógica microeconômica do “livre mercado” e do primado da concorrência (BERCOVICI, 2011, p. 237).

Somente no contexto da Constituição de 1988, mais especificamente após as reformas estruturais implementadas pelas Emendas Constitucionais nº 6 e 9, ambas de 1995 promoveram a flexibilização da execução das atividades referentes ao setor de minérios e de petróleo, respectivamente, autorizando o Poder Público federal a conceder autorizações e celebrar contratos para que empresas privadas explorassem as jazidas e produzissem os minerais (QUINTANS, 2015, p. 26-27). Para Eros Grau (2010, p. 295-306), a Emenda Constitucional nº 9 operou “a relativização do monopólio estatal do petróleo, facultando-se a contratação de empresas estatais ou privadas para realizar as atividades que vinham sendo desenvolvidas pela Petrobrás” e até mesmo oportunizou a privatização da própria Petrobrás. Não teria sido o fim do monopólio, mas um novo modelo de monopólio da União na exploração desses recursos, mais especificamente pela relativização da forma de realização das atividades, se por empresas públicas ou privadas.

Dentro dessa lógica, foram aprovadas leis de desregulamentação e desnacionalização da exploração do petróleo no Brasil, como a Lei nº 9.478/97, conhecida como Lei do Petróleo, que retirou a exclusividade da Petrobrás, permitindo a entrada de outras empresas, e a alteração sofrida pela Lei nº 12.351/2010, que regulamentou o regime de partilha de produção através de consórcios formados pela União (por intermédio da Pré-Sal Petróleo S/A PPSA), empresas nacionais ou estrangeiras (investidoras) e Petrobrás (operadora), para a exploração das jazidas de petróleo na camada do pré-sal (QUINTANS, 2015, p. 32-33), mais recentemente, por conta da Lei nº 13.365/2016, retirando a obrigatoriedade da Petrobrás como operadora exclusiva dos blocos do pré-sal (PUBLICADA, 2016).

A partilha de produção diferencia-se do contrato de concessão tradicional da Lei do Petróleo em virtude de a remuneração ocorrer por repartição do lucro em óleo, em vez dos tributos e *royalties*. Cabe ressaltar a afirmação de Gilberto Bercovici (2015) acerca do regime de partilha de produção introduzido pela lei 12.351, de 22 de dezembro de 2010:

A descoberta do pré-sal propiciou, inclusive, uma revisão no modelo de exploração petrolífera no Brasil, até então regulado

pela Lei 9.478, de 6 de agosto de 1997, que prevê o modelo de contrato de concessão, um modelo completamente ultrapassado, sobre o qual tratarei em uma próxima coluna. **O modelo introduzido foi o dos contratos de partilha de produção, que garantem a propriedade estatal sobre os produtos petrolíferos antes de serem comercializados. São os contratos mais utilizados pelos Estados produtores de petróleo em todo o mundo.** O primeiro contrato deste tipo foi firmado na Indonésia, em 1966. Os riscos pelo investimento e desenvolvimento da produção são das empresas contratadas. Após o início da produção, as empresas podem recuperar seus gastos e custos de operação de uma parcela denominada ‘*cost oil*’. A parcela remanescente, o ‘*profit oil*’, é dividido entre a empresa e o governo, na proporção acertada no contrato. **O Estado mantém total domínio sobre a propriedade dos recursos minerais, sobre os equipamentos e instalações e sobre o gerenciamento das operações de produção de petróleo. Neste tipo de contrato, os direitos reais sobre o petróleo não saem nunca do domínio do Estado. Este modelo foi introduzido no Brasil por meio da Lei 12.351, de 22 de dezembro de 2010.** [grifos nossos].

Esgotando o breve histórico acerca da importância e necessidade de proteção do petróleo como recurso mineral essencial para a soberania de uma nação, faz-se necessário introduzir discussão acerca da destinação dos *royalties* para o desenvolvimento econômico da sociedade por meio de investimentos em políticas públicas na saúde e educação. O art. 2º da Lei nº 12.858/13 dispõe sobre a destinação para as áreas de educação e saúde de parcela da participação no resultado ou da compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural e destaca que:

Art. 2º Para fins de cumprimento da meta prevista no inciso VI do caput do art. 214 e no art. 196 da Constituição Federal, **serão destinados exclusivamente para a educação pública, com prioridade para a educação básica, e para a saúde**, na forma do regulamento, os seguintes recursos:[...] [grifos nossos] (BRASIL, 2013).

A norma torna exclusiva a destinação dos *royalties* federais, estaduais e municipais do petróleo e gás natural de contratos para blocos localizados no mar, celebrados a partir de dezembro de 2012, para ações de saúde e educação pública, com prioridade para a educação básica. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão parte

dos recursos estabelecidos no mencionado artigo no montante de 75% (setenta e cinco por cento) na área de educação e de 25% (vinte e cinco por cento) na área de saúde, conforme estabelecido no § 3º. Não seria legítimo, desta forma, desviar o uso desses recursos como objeto de pagamento de honorários advocatícios.

As verbas públicas decorrentes de repasses de *royalties* do petróleo e gás natural pela Agência Nacional do Petróleo (ANP) são similares às do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF), pois devem ser usadas exclusivamente na educação e saúde públicas, sendo que os valores serão aplicados em acréscimo aos mínimos constitucionais exigidos de cada ente federativo, conforme determinação da Lei nº 12.858/13.

Por outro lado, a Lei nº 13.885/2019 estabelece critérios de distribuição dos valores arrecadados com os leilões do pré-sal – excluindo-se as receitas oriundas da cessão onerosa à Petrobras concedida pela Lei nº 12.276/2010 –, devendo os Estados e o Distrito Federal destinar os recursos exclusivamente para o pagamento (i) dos fundos previdenciários de servidores públicos, (ii) das contribuições sociais e das despesas previdenciárias do respectivo ente e de todas as pessoas jurídicas de direito público e privado integrantes de sua administração direta e indireta e (iii) de despesas com investimento.

Os municípios destinarão, por sua vez, os recursos alternativamente para criação de reserva financeira específica para pagamento das despesas previdenciárias com os fundos previdenciários de servidores públicos ou com as contribuições e para investimento.

As disposições legislativas são taxativas no que tange à destinação dos recursos oriundos da exploração de petróleo e gás natural a partir de contratos celebrados sob os regimes de concessão, de cessão onerosa e de partilha de produção e de valores arrecadados com leilões, não havendo espaço para pagamento de honorários advocatícios firmados entre o ente federado e escritórios advocatícios da recuperação de repasses do minério ou decorrentes de diferenças repassadas a menor pela Agência Nacional do Petróleo (ANP).

3 A CONTROVÉRSIA EM TORNO DA CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

Os contratos firmados entre o ente público e os escritórios de advocacia provocam uma segunda discussão acerca da economicidade gerada, pois se a recuperação de recursos oriundos de *royalties* do petróleo e do gás natural fosse realizada pelo órgão de representação judicial e extrajudicial do ente não haveria repasse de altas somas de recursos públicos em honorários advocatícios. De acordo com a Constituição, toda contratação pelo poder público deve ser precedida de adequado procedimento licita-

tório, que garanta condições isonômicas de participação e concorrência entre fornecedores e prestadores de serviços, “ressalvados os casos especificados na legislação” (BRASIL, 1988).

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, prevê três grupos de ressalvas ao dever constitucional de licitar: as hipóteses de licitação dispensada para alienação de bens (art. 17), as hipóteses de dispensa de licitação para aquisição de bens e contratação de serviços (art. 24) e as hipóteses de inexigibilidade de licitação (art. 25) (CARVALHO NETO, 2016, p. 258).

A inexigibilidade de licitação é modalidade de ressalva ao dever constitucional de licitar que se diferencia por não estar concebida num rol exaustivo de situações, em estrutura textual que se justifica pela própria natureza da inexigibilidade: não se licita porque a competição é inviável, em virtude de forças extrajurídicas, e não porque, embora viável, a lei tenha atribuído preferências. O *caput* do art. 25 encerra a técnica legislativa utilizada: **Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição**, em especial: [grifos nossos] (BRASIL, 1993).

Entre as modalidades específicas indicadas pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos sobressai a de contratação de serviços técnicos de natureza singular a serem executados por profissionais ou empresas de notória especialização, nos termos do art. 25, II. O próprio dispositivo, no § 1º, estabelece os critérios para o enquadramento da notória especialização, *in verbis*:

Art. 25. [...]

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

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. [grifos nossos] (BRASIL, 1993).

O art. 13 do mesmo diploma legal define quais serviços seriam esses técnicos especializados, indicando expressamente no inciso V a possibilidade de contratação de serviços advocatícios:

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a: [...]

V – patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
[grifos nossos] (BRASIL, 1993).

Considerando que a inexigibilidade de licitação ocorre quando há inviabilidade de competição e que há muitos escritórios de advocacia especializados em direito público (administrativo, regulatório e processual), as contratações por dispensa ou inexigibilidade de licitação não se justificam, pois, muitas vezes, estão maculadas de irregularidades e ilegalidades, além da influência dos contratados na política local.

Recentemente, a Lei nº 14.1039/2020 alterou o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil para declarar que os serviços profissionais de advogado são, por natureza, técnicos e singulares, quando comprovada a notória especialização, conceituando o legislador a notória especialização como

Parágrafo único. Considera-se notória especialização o profissional ou a sociedade de advogados cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. (BRASIL, 2020a).

Essa modificação visa essencialmente cancelar as contratações firmadas pela Administração Pública com escritórios de advocacia, de modo a confirmar dispensas ou inexigibilidade de licitação para dirimir quaisquer dúvidas acerca de eventual ausência de especialidade. A Lei nº 14.039/2020 foi imediatamente atacada pela Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.569, sob relatoria do ministro Edson Fachin, tendo como eixo central os dispositivos que ampliam, sobremaneira, as exceções ao dever de licitar trazidas pelo art. 25, II, cotejado com o art. 13, III e V, ambos da Lei nº 8.666/93, de modo que a exceção torna regra a contratação direta de advogados sem o devido processo licitatório.

São princípios da Constituição Federal de 1988 violados pela aludida lei: **(i)** o princípio republicano disposto no *caput* dos art. 1º; **(ii)** o princípio da isonomia, presente no art. 5º, *caput*; **(iii)** a regra da prévia licitação pública, constante no art. 37, XXI; **(iv)** a sistemática da advocacia pública enquanto função essencial à justiça do art. 132, *caput*; e ainda **(v)** a regra do concurso público no art. 37, II do texto constitucional.

A ADI 6.569 buscou atacar a livre contratação dos serviços de advocacia e contabi-

lidade pela Administração Pública de forma indiscriminada, considerando que todos os referidos serviços são, na essência, técnicos e singulares, o que restringe sobremaneira o princípio constitucional da obrigatoriedade de licitar, nos termos do inciso XXI, do art. 37 da Constituição da República, sendo essas as razões de veto da Mensagem nº 005/2020 da Presidência.

Fica evidente que a interpretação e a aplicação irreflexivas da lei podem dar ensejo à violação do princípio republicano, na medida em que não se pauta no interesse público e visa implementar injustificáveis privilégios em benefício de categorias profissionais, criando diferenciações abusivas e caracterizando-se analogamente como uma norma em branco para contratações indevidas.

A ADI 6.569, protocolada pela Associação Nacional dos membros do Ministério Público (CONAMP), alega, entre outros argumentos, que a lei supramencionada afronta o princípio da isonomia formal por excluir 66 das 68 (sessenta e oito) profissões técnicas regulamentadas no país (BRASIL, 2009), beneficiando advogados e contadores e constituindo desigualdade legal em relação aos demais profissionais. Para a CONAMP, a isonomia material também foi violada, haja vista a contratação de apenas um escritório em detrimento aos demais profissionais da classe do mesmo nível de especialidade e singularidade do serviço prestado, assim como àqueles profissionais especializados recém-integrados ao mercado impossibilitados de contratar com a Administração Pública que é direcionada aos grandes escritórios de advocacia e contabilidade.

Por fim, ressalta-se entendimento da primeira turma do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Inquérito nº 3.074/SC, considerando válida a contratação direta de escritório de advocacia por inexistência de licitação a partir dos seguintes requisitos:

- instauração de procedimento administrativo formal;
- demonstração da notória especialização do profissional a ser contratado;
- demonstração da natureza singular do serviço;
- justificativa para a inadequação do patrocínio pelos integrantes do Poder Público, na maioria dos casos pela Procuradoria-Geral do Município;
- justificativa do preço cobrado pelo profissional contratado, pela compatibilidade com o praticado pelo mercado. (BRASIL, 2014).

Mais recentemente, o ministro relator na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 45, Luís Roberto Barroso, votou pela procedência parcial do pedido, para conferir interpretação conforme a Constituição aos arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993, com a fixação da seguinte tese:

São constitucionais os arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993, desde de que interpretados no sentido de que a contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública, por inexigibilidade de licitação, além dos critérios já previstos expressamente (necessidade de procedimento administrativo formal; notória especialização profissional; natureza singular do serviço), deve observar: **(i) inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e (ii) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado.** [grifos nossos] (STF, 2020).

A decisão foi proferida em favor da manutenção da segurança jurídica e da tutela da legítima expectativa dos advogados e dos gestores da Administração que realizam a contratação por inexigibilidade de licitação. Não obstante, o relator acrescentou dois novos parâmetros, não previstos em lei, a serem observados nas hipóteses de contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública, por inexigibilidade de licitação.

O primeiro parâmetro consiste na demonstração da inadequação da prestação de serviço pelo quadro próprio do Poder Público “desde que plenamente configurada a impossibilidade ou relevante inconveniência de que a atribuição seja exercida pelos membros da advocacia pública”. Essa tese defendida pelo ministro Barroso é atacada pelo critério amplo da especialização do serviço contratado afastando o argumento da contratação direta como expediente padrão ou rotineiro, além da margem de discricionariedade do gestor público sobre a relevância e complexidade das matérias e a relação de confiança que a tarefa requer, dentro da liberdade de contratação conferida pela lei.

O segundo critério utilizado diz respeito à contratação pelo preço de mercado que exige que os honorários ajustados se mantenham “dentro de uma faixa de razoabilidade, segundo os padrões do mercado”, não devendo prevalecer a tese de ser vaga a noção de preço de mercado, podendo o gestor público contratar com base nos valores estabelecidos no art. 85 do Código de Processo Civil.

Os requisitos acrescidos no voto visam a diminuir a margem de discricionariedade e liberdade do gestor público quando contrata diretamente escritórios de advocacia por inexigibilidade de licitação, atendendo o interesse público sem privilegiar um ou outro escritório de advocacia ou contabilidade. Ressalte-se, em arremate, que, conquanto não julgado e sem previsão para julgamento definitivo, a tese do relator já possui maioria de votos da Corte, mas o julgamento foi suspenso em virtude de destaque feito pelo Ministro Gilmar Mendes para retirada do Plenário virtual para votação presencial.

4 A NECESSIDADE DE FORTALECIMENTO DA ADVOCACIA PÚBLICA

Vale incluir o fomento da Advocacia Pública na discussão sobre os contratos onerosos entre entes, principalmente estaduais e municipais, com escritórios de advocacia com o fim de demonstrar a necessidade de um órgão de representação judicial e extrajudicial do ente, assim como atividades de consultoria e assessoramento jurídico. *Janaina Soares Noletto Castelo Branco* (2018, p. 90) afirma que o Constituinte de 1988 não fez menção aos advogados públicos municipais quando tratou da exigência de concurso público para provimento dos quadros da Advocacia Pública, sendo comum a inexistência de cargos efetivos de procuradores nas municipalidades, retirando a estabilidade indispensável às prerrogativas institucionais do órgão.

A imprevisão das procuradorias municipais não foi um silêncio ocasional do constituinte, mas uma omissão intencional, tendo considerado a realidade das diferentes municipalidades espalhadas na complexa malha geoeconômica do Brasil. Essa omissão também repercute na construção do federalismo dúplice próprio do sistema brasileiro, já que aos municípios, em alguns casos, são suprimidas a criação de instituições, como o Poder Judiciário, o Ministério Público e o Tribunal de Contas, e, em outros, são dispensadas a criação, como é o caso das procuradorias municipais.

São vários os argumentos usados por administradores públicos para contratar serviços advocatícios privados: defasagem estrutural do órgão jurídico, escassez de procuradores jurídicos para atender à demanda, complexidade da causa ou até danos causados por má representação do ente. Há pouco interesse político, em virtude da repercussão financeira e previdenciária e da autonomia funcional decorrente, na valorização e fortalecimento da Advocacia Pública, cuja atribuição é defender e promover o interesse público das pessoas jurídicas de direito público da Administração Direta e Indireta, conforme arts. 131 (para a União) e 132 (para os Estados) da Constituição Federal de 1988 e art. 182 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 182. Incumbe à Advocacia Pública, na forma da lei, defender e promover os interesses públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, por meio da representação judicial, em todos os âmbitos federativos, das pessoas jurídicas de direito público que integram a administração direta e indireta. (BRASIL, 2015).

Não raras vezes, os contratos firmados pelo ente federado com escritórios de advocacia estão maculados de irregularidades e ilegalidades causando graves danos ao erário, além da ocorrência de crimes contra a Administração Pública. *Castelo Branco* (2018,

p. 95) afirma que a consolidação da Advocacia de Estado como órgão de controle da Administração não prescinde da desvinculação da instituição e quaisquer dos Poderes da República. Nas palavras da autora, o advogado público é antes de tudo um defensor da prevalência da vontade popular.

O Constituinte originário previu a regra do concurso público para ingresso na Advocacia Pública em âmbito federal, estadual e distrital, olvidando-se quanto aos procuradores municipais, o que não se quer afirmar que restou autorizada a contratação de advogados privados nos municípios onde houver órgão devidamente constituído. A exclusividade da atuação de advogados públicos na representação do ente faz-se necessária para a independência do órgão de defesa da fazenda municipal, evitando contratação de cargos comissionados jurídicos ou de advogados privados com pagamento de altas somas em honorários advocatícios.

Por outro lado, vale destacar que o Supremo Tribunal Federal, ao analisar o Recurso Extraordinário nº 1.156.016, também decidiu que os municípios não têm obrigação de instituir procuradorias, por ausência de previsão legal na Constituição Federal, sob o argumento de que a criação de cargos no âmbito do Poder Legislativo Municipal é questão atinente ao mérito administrativo, conforme julgado do Supremo Tribunal Federal, cuja ementa segue:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADVOCACIA PÚBLICA MUNICIPAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE NORMAS DE REPRODUÇÃO OBRIGATÓRIA. PRECEDENTES. CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. RESTRIÇÃO AO PODER DE AUTO-ORGANIZAÇÃO DOS MUNICÍPIOS. INVIABILIDADE. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. [grifos nossos] (BRASIL, 2019a).

Nessa linha de entendimento da jurisprudência, não há vinculação do município em criar Procuradoria Jurídica, mas discricionariedade, não podendo o Poder Judiciário interferir na organização administrativa, sendo questão *interna corporis* do ente, salvo se houver lei que preveja a criação de cargos jurídicos específicos. Após a criação do órgão ou cargos específicos, o ente tem a obrigação de observar as regras e os princípios constitucionais, podendo, o Poder Judiciário, intervir, em caso de descumprimento.

Instituído o órgão de representação jurídica, não poderá a Administração Pública invocar entendimento diverso para burlar o princípio constitucional da exigência ao concurso público, conforme art. 37, II, da Constituição Federal

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também ao seguinte: [...] (BRASIL, 1988).

Frise-se que tramita Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 17/2012 no Senado Federal, que objetiva alterar a redação do art. 132 da Carta Magna, estendendo aos municípios a obrigatoriedade de carreira organizada de procurador por meio de concurso público, o que não dispensa a necessidade de licitação do serviço, nos entes desprovidos de órgão jurídico.

5 O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO INSTITUIÇÃO FISCALIZADORA NA DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO

A Constituição Federal de 1988 instituiu o Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme art. 129 da Constituição Federal de 1988, de forma a zelar, dentre outras atribuições, pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados.

Sob essa nova roupagem, o Ministério Público passou a ser órgão de tutela do patrimônio público, responsável por fiscalizar a correta aplicação de recursos públicos, ajuizar ações reparatórias, assim como interpor ação civil por improbidade administrativa em desfavor do agente público ímprobo (CAVALCANTI, 2011, p. 71).

Nesse sentido, o *Parquet* apresenta um papel fundamental na prevenção ou, caso irremediável, na repressão de atos ou contratos ilegais, irregulares e onerosos firmados entre agentes públicos e escritórios de advocacia por inexigibilidade de licitação. Preventivamente, podem ser utilizados instrumentos mais consensuais, como a Recomendação Ministerial ou o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) prévios ao ajuizamento de ação judicial, enquanto que a Ação de Improbidade Administrativa e as sanções dela decorrentes devem ser manejadas após a ocorrência do dano.

As principais teses argumentativas da Administração Pública para justificar o imediatismo da contratação de escritórios de advocacia para patrocínio de processos judiciais residem na complexidade da causa, na deficiência do órgão jurídico e no exíguo lapso temporal para interposição de defesa prévia em processos já em trâmite, inviabilizando o procedimento licitatório em razão das demoradas fases. Cabe destacar ainda que a

economicidade e a notória especialização de serviços advocatícios são teses aventadas pelo gestor do órgão para fundamentar o contrato oneroso, principalmente em lides que envolvam órgãos do Estado atuantes na atividade econômica, como empresas públicas e sociedades de economia mista.

O problema consiste essencialmente no procedimento de escolha do escritório de advocacia por inexigibilidade, excluindo da contratação outros escritórios de advocacia que poderiam ser economicamente mais viáveis após regular pesquisa de preço ou chamamento público, ainda que urgente a contratação. Macêdo e Marteleto Filho (20147, p.472) ressaltam que a proteção ao patrimônio público (de que faz parte a probidade administrativa) e à moralidade administrativa são direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros, uma vez que constam expressamente do art. 5º da Constituição da República, o qual integra o seu Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”).

Não raras vezes, a Administração Pública, por intermédio de gestores ímprobos, repassa ilegalmente elevadas somas de recursos públicos a escritórios de advocacia por meio de contratos que não atendem aos requisitos exigidos pela Lei das Licitações, causando dano ao erário, o que atrai a atribuição do Ministério Público para a tutela do patrimônio público. Nesse sentido, o Ministério Público de Alagoas em 17 de abril deste ano ajuizou uma Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa contra o prefeito da Barra de São Miguel, José Medeiros Nicolau, o advogado Adriano Castro Dantas e a pessoa jurídica Castro e Dantas Advogados. Todos são acusados de utilizar recursos públicos de forma ilegal em razão da contratação do referido escritório de advocacia para fazer consultoria para a prefeitura daquele município (RIBEIRO, 2020).

Conforme a Ação de Improbidade Administrativa, a banca advocatícia precisou ajuizar apenas duas petições, uma com seis páginas e, a outra, somente com duas páginas, para receber quase R\$ 2 milhões, tendo o membro do *Parquet* alagoano afirmado que:

A simplicidade do trabalho somada à elevadíssima remuneração descortina o verdadeiro propósito dos demandados: desviar valores do município. Ora, é inegável que essas oito páginas poderiam ter sido redigidas por um procurador municipal, que recebe seus vencimentos justamente para elaborar petições dessa natureza. A bem da verdade, o requerimento de execução é tão simples que não seria nem mesmo necessário destacar um procurador para formulá-lo, um estagiário do curso de Direito conseguiria fazê-lo a contento. [grifos nossos] (RIBEIRO, 2020).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite a improbidade administrativa por dano ao erário em contratação de serviços advocatícios por meio de inexigibili-

dade de licitação realizada de forma ilegal.

No AREsp 1507099/GO, a Segunda Turma reconheceu ausentes os requisitos da singularidade do serviço e da notória especialização, configurando ilegal a contratação dos recorridos e amoldando-se aos atos de improbidade administrativa tipificados nos arts. 10, VIII, e 11, I, da Lei n. 8.429/92. Segundo o Ministro Francisco Falcão, relator, o Tribunal que teve acórdão objeto de recurso especial pelo Ministério Público adotou a errônea premissa de que o exercício da advocacia, em razão de sua natureza intelectual, por si só, consiste em uma atividade técnica de conhecimento específico que torna impossível a concorrência.

O acórdão atacado ofereceu incorreta qualificação jurídica ao requisito da singularidade do serviço, por vislumbrar singularidade em atividades rotineiras e comuns do município, as quais poderiam ser satisfatoriamente executadas por qualquer profissional do direito, bem como deixou de evidenciar a mestria jurídica extraordinária dos contratados. Nesse sentido, o Ministro declarou ainda que:

Ademais, descabido utilizar como critério para fundamentar a inexistência de singularidade a alegada confiança da Administração, já que as contratações devem ser feitas exclusivamente com base no interesse público, o qual não admite preferências de qualquer natureza, muito menos as pessoais. E mais descabidas ainda são as afirmações de que não houve dano ao erário porque o valor do contrato se mostrou razoável e o serviço foi efetivamente prestado, haja vista que é pacífico o entendimento de que frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente configura ato de improbidade que causa dano presumido ao erário (*in re ipsa*). (AREsp 1507099/GO, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019) [grifos nossos] (BRASIL, 2019b).

Em conformidade com esse posicionamento, a Primeira Turma do STJ também se posicionou quanto ao enquadramento da contratação direta de advogados como uma medida de improbidade administrativa ante a falta de arcabouço probatório suficiente. Nas palavras do voto do relator, Ministro Sérgio Kukina:

Assim, nos termos do art. 13, V, c/c art. 25, II, § 1º, ambos da Lei nº 8.666/1993, é plenamente possível a contratação de advogado particular para a prestação de serviços relativos a patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas sem que para tanto seja realizado procedimento licitatório prévio. Todavia, a dispensa de licitação

depende da comprovação de notória especialização do prestador de serviço e de singularidade dos serviços a serem prestados, de forma a evidenciar que o seu trabalho é o mais adequado para a satisfação do objeto contratado, sendo inviável a competição entre outros profissionais. (AgInt no REsp 1520982/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 28/04/2020, DJe 08/05/2020) [grifos nossos] (BRASIL, 2020b).

Mais recentemente, a Primeira Turma decidiu no mesmo sentido quando do julgamento do AgInt no AREsp 975.565/SP. Segundo o Ministro Gurgel de Faria, relator:

No caso concreto, a Corte de origem, ao reconhecer que a contratação de ELIAS JACOB, na condição de advogado, pela Câmara Municipal de Mongaguá/SP, então presidida por SEBASTIÃO FERREIRA LEITE, configurou improbidade administrativa, assentou que: a) os serviços prestados pelo advogado contratado consistiram, basicamente, em colher informações sobre dois inquiridos civis, não sendo preenchidos os requisitos legais da inexigibilidade de licitação (objeto singular e notória especialização), em razão da simplicidade da tarefa; b) o dolo de ambos os agravantes ficou caracterizado pelo fato de a contratação do causídico, às expensas do erário, ter por objetivo principal não o interesse público da Câmara Municipal de Mongaguá, mas sim a defesa de interesses privados de vereadores investigados por supostas despesas excessivas com congressos e viagens e suposto superfaturamento na contratação de serviços de manutenção do edifício daquela Câmara. (AgInt no AREsp 975.565/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 28/09/2020, DJe 30/09/2020) (BRASIL, 2020c).

Portanto, a jurisprudência de ambas as turmas que compõem a Seção de Direito Público do Superior Tribunal de Justiça, consolidando a tese na Corte, firmou entendimento no sentido de ser imprescindível à contratação de advogado com inexigibilidade de licitação os requisitos da singularidade do serviço e da inviabilidade da competição. Desta forma, a contratação de escritórios em desacordo à lei configura burla à regra da legalidade, do concurso público, do processo licitatório, da isonomia, dentre outros, além de configurar ato de improbidade que causa dano presumido ao erário *in re ipsa*, ante ausência dos requisitos da singularidade do serviço e da notória especialização, podendo ser decretada a indisponibilidade de bens transferidos ilegalmente ao contratado.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A celebração pela Administração Pública municipal de contratos onerosos com repasse de vultosas somas de recursos públicos a escritórios advocatícios decorrente da recuperação de *royalties* do petróleo e do gás natural indubitavelmente provoca dano ao erário e à sociedade de geral em razão da falta de atendimento a diversos princípios constitucionais, como o da isonomia, do concurso público, do processo licitatório e da economicidade e eficiência.

Verifica-se que o fortalecimento das Procuradorias Jurídicas municipais e a contratação de servidores por meio de concurso público atende prioritariamente ao princípio da unidade de representação jurídica do ente, evitando despesas desnecessárias do Estado no pagamento, muitas vezes ilegal, de honorários advocatícios. O favorecimento a certos escritórios de advocacia através de simulação de negócio jurídico com o fito de camuflar atos de corrupção e improbidade administrativa deve ser combatido pelo Ministério Público que tem a atribuição institucional de proteger o patrimônio público com o fim de que o recurso público seja utilizado primordialmente na tutela de direitos fundamentais nas diversas áreas das políticas públicas.

Por fim, em eventuais demandas de ressarcimento ao erário, o Ministério Público pode requerer alternativamente que, em sede de Ação Civil Pública, o magistrado julgue o feito com base nos percentuais fixados no § 3º do art. 85 do Código de Processo Civil de 2015, excluindo o percentual de 20% em honorários advocatícios estabelecidos em contrato e prejudicial às contas públicas.

THE ONEROUS CONTRACTS SIGNED BETWEEN THE PUBLIC ADMINISTRATION AND LAW FIRMS FOR THE RECOVERY OF OIL ROYALTIES AND THE IMPORTANCE OF THE PUBLIC MINISTRY IN PROTECTING PUBLIC ASSETS

ABSTRACT

The recovery of royalties from oil and natural gas through the direct hiring of private lawyers, due to the lack of a bidding process, imposes a burden on the federated entity, when they irregularly transfer the amount of 20% in attorney fees to the law firm. The discussion developed in the present article faces the occurrence of damage or loss to the treasury in the onerous contracting by the municipal public entities of law firms to sponsor lawsuits related to oil and natural gas royalties, to the detriment of the structuring and improvement local public advocacy. In view of the recurrence on the part of the mu-

municipal Public Administration to sign onerous contracts with law firms for the recovery of royalties from oil and natural gas, to the detriment of its own legal body, such as the Legal Attorneys, the defense of Public Advocacy is essential in this research, mainly in small municipalities, since the valorisation and strengthening of a judicial and extrajudicial representation body of the entity, by means of a public tender to hire its own body of employees and specific budgetary allocation, would reduce burdensome demands from the Public Power. Within this perspective, from a deductive research, supported by bibliographic procedures – by books and magazine articles – and documentary – by laws and national judgments – it concludes that it is up to the Public Ministry, in the context of its institutional mission to defend the legal order national law, to supervise and control any illegal and irregular acts of municipal Public Administrations, protecting public assets.

Keywords: Oil Royalties. Onerous contracts. Law offices. Public Advocacy. Guardianship of Public Heritage by the Public Prosecutor's Office.

REFERÊNCIAS

BERCOVICI, Gilberto. **Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

BERCOVICI, Gilberto. Não há qualquer razão legal ou econômica para abrir mão do controle da Petrobras. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 16 ago. 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Assembleia Nacional Constituinte, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.858 de 09 de setembro de 2013**. Dispõe sobre a destinação para as áreas de educação e saúde de parcela da participação no resultado ou da compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural... Brasília: Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112858.htm Acesso em: 25 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/

_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 25 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 14.039 de 17 de agosto de 2020**. Altera a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da OAB), e o Decreto-Lei nº 9.295, de 27 de maio de 1946, para dispor sobre a natureza técnica e singular dos serviços prestados por advogados e por profissionais de contabilidade. Brasília: Presidência da República, 2020a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14039.htm. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 17, de 2012. Altera o art. 132 da Constituição Federal**. Brasília, 2012b. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/105021>. Acesso em: 21 out. 2020.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Listagem das profissões regulamentadas: normas regulamentadoras. **Classificação Brasileira de Ocupações CBO**, Brasília, 17 maio 2009. Disponível em: <http://www.mtecbo.gov.br/cbsite/pages/regulamentacao.jsf>. Acesso em: 26 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial 1.520.982 São Paulo. Primeira Turma, Relator Min. Sérgio Kukina, julgado em 28 abr. 2020. **Diário de Justiça eletrônico**, Brasília, 8 maio 2020b. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 28 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo no Recurso Especial 975.565 São Paulo. Primeira Turma, Relator Min. Gurgel de Faria, julgado em: 28 set. 2020. **Diário de Justiça eletrônico**, Brasília, 30 set. 2020c. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 28 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo no Recurso Especial 1.507.099 Goiás. Segunda Turma, Relator Min. Francisco Falcão, julgado em 17 dez. 2019. **Diário de Justiça eletrônico**, Brasília, 19 dez. 2019b. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 28 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1.156.016 São Paulo. Primeira Turma, Relator Min. Luiz Fux, julgado em 6 maio 2019. **Diário de Justiça eletrônico (DJe)**, Brasília, n. 102, 16 maio 2019a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/>. Acesso em: 28 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 3.074 Santa Catarina. Primeira Turma, Relator Min. Roberto Barroso, julgado em 26 ago. 2014. **Diário de Justiça eletrônico (DJe)**, Brasília, n. 193, 3 out. 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/>. Acesso em: 28 out. 2020.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 21. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. Contratação direta de advogado particular pelo Poder Público por meio de inexigibilidade de licitação. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 18, n. 115, p. 249-276, jun./set. 2016. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1316>. Acesso em: 4 nov. 2020.

CASTELO BRANCO, Janaina Soares Noletto. **Advocacia pública e solução consensual dos conflitos**. Salvador: JusPodivm, 2018.

CAVALCANTI, Renata Neme. O papel do Ministério Público no controle externo da gestão municipal e das políticas públicas. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 67-105, 2011. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/9851>. Acesso em: 4 nov. 2020.

GILMAR pede destaque em processo que trata da contratação de advogados sem licitação. **Migalhas**, Ribeirão Preto, Migalhas Quentes, 24 out. 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/quentes/335226/gilmar-pede-destaque-em-processo-que-trata-da-contratacao-de-advogados-sem-licitacao>. Acesso em: 26 de out. 2020.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MACÊDO, Marcus Paulo Queiroz; MARTELETO FILHO, Wagner. **Temas Avançados do Ministério Público**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

PUBLICADA lei que retira obrigatoriedade da Petrobras explorar pré-sal. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 30 nov. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-30/publicada-lei-retira-obrigatoriedade-petrobras-explorar-pre-sal>. Acesso em: 25 out. 2020.

QUINTANS, Luiz Cezar P. **Manual de Direito do Petróleo**. São Paulo: Atlas, 2015.

RIBEIRO, Janaína. Ministério Público ajuíza ação por improbidade administrativa contra prefeito da Barra de São Miguel e Castro e Dantas Advogados. **[Portal do] Ministério Público do Estado de Alagoas**, Maceió, Notícias MPAL, 20 abr. 2020. Disponível em: <https://www.mpal.mp.br/ministerio-publico-ajuiza-acao-por-improbidade-administrativa-contra-prefeito-da-barra-de-sao-miguel-e-castro-e-dantas-advogados/>. Acesso em: 11 set. 2020.

STF forma maioria para dispensa de licitação na contratação de advogados. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 23 out. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-23/stf-forma-maioria-dispensa-licitacao-contratacao-advogados>. Acesso em: 11 set. 2020.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Inexigibilidade de licitação para contratação de advogado. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 11 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-18/paradoxo-corte-inexigibilidade-licitacao-contratacao-advogado>. Acesso em: 11 set. 2020.

CONTROLE RACIONAL DA ABSOLVIÇÃO
PELO TRIBUNAL DO JÚRI: ENSAIO SOBRE
UMA TEORIA DO CONTROLE JURISDICIONAL
DA CLEMÊNCIA

*RATIONAL CONTROL OF ABSOLUTION CRIMINAL
DECISIONS OF THE JURY: ESSAY ON A THEORY
OF JURISDICTIONAL CONTROL OF CLEMENCY*

CONTROLE RACIONAL DA ABSOLVIÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI: ENSAIO SOBRE UMA TEORIA DO CONTROLE JURISDICIONAL DA CLEMÊNCIA¹

RATIONAL CONTROL OF ABSOLUTION CRIMINAL DECISIONS OF THE JURY: ESSAY ON A THEORY OF JURISDICTIONAL CONTROL OF CLEMENCY

Francisco Elnatan Carlos de Oliveira Júnior²

Eduardo Rocha Dias³

RESUMO

O artigo analisa a possibilidade de interposição do recurso de apelação pelo Ministério Público contra a decisão absolutória proferida no Tribunal do Júri baseada no quesito genérico. São estudadas as três principais correntes de entendimento que discutem a legitimidade da absolvição por clemência e do seu controle pela via recursal. A Constituição, por meio do postulado da razoabilidade, e o CPP, através dos arts. 472, 495, XIV e 593, III, *d*, exigem que o veredicto seja amparado na prova e guarde harmonia com a equidade. Propõe-se a distinção entre duas espécies de clemência: qualificada e simples.

Palavras-chave: Recurso de apelação. Quesito genérico. Absolvição por clemência. Controle racional. Clemência qualificada e simples.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo, primeiramente, analisar a possibilidade de interposição do recurso de apelação pelo Ministério Público contra a decisão absolutória proferida no Tribunal do Júri, especificamente, quando esta decisão estiver baseada na resposta afirmativa ao quesito genérico, previsto no artigo 483, III e § 2º, do CPP (com redação dada pela Lei nº 11.689, de 09/06/2008)⁴.

1 Data de Recebimento: 09/10/2020. Data de Aceite: 23/11/2020.

2 Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Ceará. Especialista em Ciências Penais (UNISUL). Mestrando em Direito Constitucional (UNIFOR). E-mail: elnatan_junior@yahoo.com.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3040386591922181>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2758-1952>.

3 Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza-UNIFOR. Procurador Federal da Advocacia-Geral da União. Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. E-mail: eduardorochadias@unifor.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9095931754606099>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0972-354X>.

4 Art. 483. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre: I – a materialidade do fato; II – a autoria ou participação; III – se o acusado deve ser absolvido; [...] Respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) jurados

Nessa passagem, o Código dispõe que, após as respostas afirmativas aos quesitos relativos à materialidade e à autoria delitivas, será formulado quesito com a seguinte redação: “*O jurado absolve o acusado?*”. A finalidade da mudança legislativa foi a de simplificar a votação pelos juízes leigos, tornando abrangíveis, em uma só indagação, todas as teses defensivas que possam implicar o resultado absolutório. Assim, foi superada a sistemática anterior, em que cada uma dessas teses deveria ser indagada separadamente e, muitas vezes, ainda desdobradas em tantos quesitos quantos fossem os seus componentes jurídicos. Não raro, esse trabalho exaustivo rendia ensejo a nulidades, com prejuízo para a efetividade da prestação jurisdicional.

A nova indagação legal mitigou sobremaneira essa problemática. Sem embargo, abriu, na doutrina e na jurisprudência pátrias, acirrados debates sobre a extensão e o controle dos poderes absolutórios dos jurados. Isso porque a exclusão, no citado quesito, de qualquer referência a teses específicas de defesa tornou factível que os jurados apresentem o voto afirmativo por quaisquer razões, que entendam suficientes, para justificar o afastamento da pena, ainda que não estejam atreladas aos debates desenvolvidos em Plenário ou não possam ser enquadradas nas normas objetivas do Direito Penal ou Processual Penal. Vale dizer: a indagação do quesito genérico, ao menos do ponto de vista literal, tornou viável a chamada *absolvição por clemência*.

Mas, para além da dicção da lei, afloraram as seguintes questões: esse tipo de absolvição, por clemência, é compatível com a ordem jurídico-constitucional? Em caso afirmativo, pode o Ministério Público interpor o recurso de apelação indicado na letra *d* do inciso III do artigo 593 do CPP⁵, cujo cabimento é previsto para quando *a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos*? Afinal, se os jurados foram liberados de quaisquer amarras para proferirem o voto absolutório, ainda há sentido em controlar a sua decisão justamente sob o argumento da sua contrariedade aos autos?

Na busca de respostas a essas questões, abriram-se na doutrina e na jurisprudência, basicamente, três correntes de entendimento: a) uma primeira sustentando que, apesar da introdução do quesito genérico, os jurados permaneciam obrigados a julgar de acordo com a lei em sentido estrito, não podendo absolver fora das hipóteses previstas, notadamente, no artigo 386 do CPP; b) uma segunda no sentido de que o quesito genérico, além de simplificar o questionário, foi construído também para possibilitar aos jurados proferirem voto absolutório por qualquer motivo, de modo que não faria mais sentido a interposição de recurso apeloatório sob o fundamento de que as razões consideradas

os quesitos relativos aos incisos I e II do caput deste artigo, será formulado quesito com a seguinte redação: O jurado absolve o acusado?

5 Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: [...] III – das decisões do Tribunal do Júri, quando: [...] for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

pelos jurados fossem contrárias aos autos; e c) uma última corrente reconhecendo que a reforma, por um lado, potencializou o sistema de íntima convicção, reforçando a possibilidade (que já existia) de absolvição por clemência, porém, por outro, compreendendo que esse poder dos jurados não seria absoluto e estaria sujeito ao controle recursal.

Neste artigo, a primeira seção é dedicada à análise detalhada de cada uma das referidas teses, ao cabo do que será possível extrair, com clareza e objetividade, a conclusão de que as duas primeiras são contrárias à Constituição e ao Código de Processo Penal.

A seção seguinte é destinada à consecução do segundo objetivo do trabalho: contribuir para a solução da controvérsia mediante o fornecimento dos subsídios teóricos e dos fundamentos normativos para o controle jurisdicional da clemência. A chave interpretativa para essa sistematização é a exigência, no Estado democrático brasileiro, de que todas as decisões judiciais guardem harmonia com o postulado da *razoabilidade*, isto é: 1) que sejam amparadas em uma causa empiricamente demonstrada nos autos; e que, 2) mesmo não observando critérios de legalidade estrita, como ocorre no Júri, sejam no mínimo *equitativas*, *razoáveis* e *aceitáveis*. Tal postulado constitucional está refletido no Código de Processo para o Conselho de Sentença, respectivamente, nos artigos 495, XIV, e 593, III, *d*; e no artigo 472.

Na mesma seção, é proposta a distinção entre duas espécies de clemência: a *qualificada*, que atende às duas exigências constitucionais acima mencionadas; e a *simples*, que não atende a qualquer uma delas. Tal divisão tem importantes consequências para esclarecer as possibilidades técnicas de julgamento do recurso de apelação e para orientar o trabalho das partes em Plenário, à luz dos diferentes *ônus probatórios*.

Mediante metodologia qualitativa e exploratória, bem como por meio de pesquisa bibliográfica, são expostas as conclusões de que o recurso de apelação é plenamente cabível, convivendo com os princípios e regras constitucionais do Tribunal do Júri, notadamente a soberania dos veredictos, e de que, nas hipóteses de *clemência simples*, o apelo deve ser provido para submissão do caso a um novo julgamento.

2 DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

As três correntes de entendimento, em torno da possibilidade da clemência e do seu controle mediante recurso de apelação, foram identificadas, dentre outros, por Guilherme Madi Rezende e também por Aury Lopes Jr (2019), a partir dos votos que foram proferidos pela 6ª Turma do STJ no julgamento do HC nº 350.895/RJ (STJ, 2017).

2.1 Tese da impossibilidade de clemência

No referido aresto, o Ministro Nefi Cordeiro posicionou-se pela impossibilidade de absolvição por clemência. Para ele, a reforma não teria ampliado os poderes dos jurados, os quais permaneciam jungidos às hipóteses absolutórias previstas na legislação, especialmente no artigo 386, incisos I a VII, do CPP. O efeito da mudança legislativa teria sido apenas o de tornar mais fácil a votação, reunindo numa só pergunta todas as teses defensivas que possam implicar o veredicto absolutório. Por essa linha de entendimento, a resposta afirmativa ao terceiro quesito somente poderia ocorrer se a defesa houvesse alegado uma tese absolutória especificamente contemplada na lei. Do contrário, haveria um vício passível de ser sanado, por uma vez, mediante o recurso de apelação.

Na doutrina, registra-se o artigo elaborado por Diogo Erthal Alves da Costa (2019), o qual sustenta que a clemência não seria compatível com a ordem jurídico-constitucional. Para o autor, cuida-se de uma figura jurídica que não poderia ser enquadrada em qualquer das causas previstas na legislação que encerram a natureza de renúncia estatal à aplicação ou à execução da pena, a exemplo da graça, anistia, indulto e perdão judicial.

Ocorre, no entanto, que o Tribunal do Júri é regido, dentre outras balizas, pelo *princípio da plenitude de defesa*. Esse princípio significa, essencialmente, que tanto a defesa técnica, quanto o próprio réu (quando do interrogatório), podem invocar em Plenário quaisquer razões para lastrear o pedido absolutório, ainda que não sejam diretamente enquadráveis em regras penais ou processuais. Assim, a possibilidade de absolvição por clemência é um reflexo lógico desse princípio.

É oportuno advertir que a plenitude de defesa não traduz uma relação processual desequilibrada, ou uma condição privilegiada do réu dentro do processo, como parece ser, no ponto, a opinião de Nucci (2008), o qual chega a suscitar a figura de um julgador parcial⁶. A sua repercussão é, sobretudo, de ordem material: à acusação, é vedado ir além do direito penal ou processual para sustentar sua pretensão; mas, à defesa, técnica ou pessoal, em Plenário, é permitido ultrapassar esse limite. Nesse sentido, Andrey Borges de Mendonça (2008, p. 3) ensina que, para os defendentes: “[...] são admitidos, inclusive, argumentos extrajurídicos (morais, religiosos, éticos, etc.)”.

Além disso, é preciso atentar para raiz histórica do Júri, elevada a *status* constitucional na expressão “*é reconhecida a instituição do Júri*”, do inciso XXXVIII do artigo 5º

⁶ A adoção da diferença entre ampla defesa e plenitude de defesa provoca o desequilíbrio entre as partes (acusação e defesa), devendo pender o juiz, nas questões de direito, em favor do defensor, logo, do acusado” (NUCCI, 2008, p. 27). Tal posicionamento, todavia, não se afigura compatível com a Constituição, pois, a pretexto de atender a um princípio (plenitude de defesa), implica a anulação ou o prejuízo excessivo para outros, que são pressupostos essenciais à validade do exercício da jurisdição: contraditório, igualdade entre as partes, imparcialidade do julgador e devido processo legal.

da CRFB⁷. Nessa instituição, a Constituição outorgou a juízes leigos a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Deles, não se pode exigir que formem sua convicção exclusivamente por critérios de legalidade estrita. Do mesmo modo, não se lhes é imposta a obrigação de explicitar os motivos de seus votos, pelo que o seu julgamento se opera por *íntima convicção*. A íntima convicção torna possível a absolvição por clemência.

Por fim, há que se considerar que o quesito absolutório genérico é de formulação obrigatória, conforme se depreende da expressão “será formulado quesito”, empregada no § 2º do artigo 483 do CPP. Logo, o citado quesito será submetido aos julgadores mesmo quando a defesa houver se restringindo a alegar tese de negativa de autoria ou sequer tenha formulado pedido absolutório. Destarte, não resta dúvida de que, a partir de 2008, a absolvição por clemência passou a ser abrangida expressamente pelo artigo 483, III e § 2º, do CPP.

2.2 Tese da ausência de controle da decisão de absolvição fundada no quesito genérico

A segunda corrente identificada no julgamento do HC nº 350.895/RJ foi capitaneada pelo Ministro Rogério Schietti Cruz. Para ele, a absolvição por clemência não somente é possível como também seria insuscetível de qualquer forma de controle. O julgador partiu de um argumento inicial, bastante repetido em doutrina, a saber: como a Constituição prevê o Júri no “capítulo destinado aos direitos e garantias fundamentais”, significa que se trata de uma instituição destinada a tutelar o direito de liberdade (STJ, 2017).

Como consequência dessa premissa, costuma-se extrair a seguinte conclusão: o recurso de apelação do Ministério Público não seria cabível contra a decisão absolutória, pois colidiria com o princípio da soberania dos veredictos, o qual somente poderia “ceder” (ou seja, ser afastado) quando o objetivo fosse promover o direito à liberdade individual (FELBERG; FELBERG, 2013). Cumpre, aqui, analisar a compatibilidade dessa argumentação inicial com a Constituição.

Atentando para o texto constitucional, depreende-se que o Título II (e não o capítulo) é denominado “Dos direitos e garantias fundamentais”. Ele abrange os artigos 5º a 17, os quais compreendem, dentre outras disposições, normas definidoras de diversas espécies de direitos fundamentais (direitos individuais, direitos sociais, direitos políticos, etc.). O capítulo em que o Júri está inserido, Capítulo I, constituído somente pelo artigo

⁷ CF, art. 5º, XXXVIII – é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

5º, é intitulado “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”.

Ao se analisar o teor do artigo 5º e de seus incisos, é possível observar que aí não se encontram somente normas que tutelam a liberdade individual. A título de exemplo, veja-se o inciso XLIII, o qual determina que a lei considerará inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico de drogas, o terrorismo e os crimes definidos como hediondos. Outro exemplo pode ser encontrado no *caput* do artigo 5º, o qual protege, além de outros bens, a inviolabilidade do direito à vida.

O próprio inciso XXXVIII, que versa sobre o Júri, contém uma cláusula que *não* visa a proteger diretamente a liberdade do réu. Cuida-se da garantia do sigilo das votações, a qual resguarda a tranquilidade e a imparcialidade dos jurados, preservando-os contra interferências externas⁸. Note-se que o sigilo das votações interessa, primeiramente, *à sociedade* e, igualmente, *a ambas as partes*. Não é uma garantia exclusiva do réu; se o fosse, ele não seria obrigado a deixar a sala em que é realizada a votação (CPP, art. 485, *caput* e §§ 1º e 2º).

O processo que se desenvolve perante o Tribunal do Júri, a par de ser uma garantia individual da *liberdade do acusado*, é também um instrumento para a aplicação racional e equitativa das normas penais que tutelam a *vida*. Ora, esses dois bens jurídicos estão positivados no artigo 5º em normas dotadas de igual hierarquia constitucional. A liberdade ambulatoria não goza de nenhuma condição de preferência ou precedência abstrata. Portanto, o raciocínio de que a soberania dos veredictos somente poderia “ceder” se fosse para dar lugar à defesa da liberdade afigura-se destituído de uma razão jurídica. Deriva de uma escolha arbitrária feita por uma parte da doutrina e da jurisprudência.

Aparentemente, essa leitura encerra uma ideia de ponderação entre princípios. Todavia, a ponderação é uma técnica a ser empregada para solucionar conflitos *em concreto*, nas qual circunstâncias fáticas e razões específicas revelam qual dos princípios deve prevalecer (ALEXY, 2017, p. 96). Soa também inadequada a associação que é frequentemente feita entre o comentado raciocínio ponderativo e a teoria garantista de Luigi Ferrajoli. Na realidade, Ferrajoli critica, veementemente, a adoção generalizada da técnica de ponderação como solução de colisões entre normas constitucionais⁹.

Prosseguindo na análise da segunda corrente, encontra-se o argumento de que a ad-

8 “[...] visa assegurar aos jurados a garantia de que não sofrerão perseguições em razão de suas decisões” (MENDONÇA, 2008, p. 3).

9 “A minha crítica, portanto, não diz respeito ao papel da ponderação na atividade de produção do direito. Ela está voltada, sobretudo, à excessiva ampliação deste papel na atuação legislativa e na interpretação jurisdicional das normas constitucionais. Ela se refere, em outras palavras, à excessiva dimensão empírica associada à noção de ponderação, que não é menos limitada do que aquela antes ilustrada a partir da distinção entre regras e princípios. Na verdade, tenho a impressão de que, por causa de tal ampliação, a ponderação terminou se transformando, nestes últimos anos, em uma espécie de bolha terminológica, tão dilatada que chegou às formas mais variadas de esvaziamento e de inaplicação das normas constitucionais, tanto no nível legislativo quanto no nível constitucional”. (FERRAJOLI, 2012).

missão do recurso de apelação contra a decisão absolutória calcada no quesito genérico seria incompatível, diretamente, com os princípios constitucionais do Júri. É uma posição compartilhada por significativa parcela da doutrina, que, a propósito, vem encontrando acolhida no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Em uma das decisões mais representativas desse entendimento, o Ministro Celso de Mello, ao proferir voto no RHC nº 117.076/PR, aduziu que a apelação, nessa hipótese, implicaria: “frontal transgressão aos princípios constitucionais da soberania dos veredictos do Conselho de Sentença, da plenitude de defesa e do modelo de íntima convicção dos jurados” (STF, 2019).

Nesse tocante, um primeiro aspecto a ser destacado é de que os citados princípios, em verdade, estão presentes na apreciação de todos os quesitos, e não somente no absolutório genérico; e qualificam tanto a decisão condenatória quanto a decisão absolutória, haja vista que a Constituição não fez qualquer distinção. Por conseguinte, se o recurso de apelação fosse incompatível com os citados princípios, haveria de sê-lo em relação a todas as hipóteses de controle de mérito da decisão do Conselho de Sentença. Mas essa, evidentemente, não é a solução ventilada pelas cortes superiores, tampouco é compatível com o sistema constitucional e processual.

Sobre o princípio da soberania dos veredictos, a Constituição Republicana, na alínea *c* do inciso XXXVIII do artigo 5º, empregou o vocábulo “*veredictos*” no plural. Isso traduz a admissibilidade de mais de um julgamento por causa. De fato, acaso o constituinte pretendesse vedar um segundo julgamento, bastaria ter utilizado a mesma palavra no singular. Ressalve-se, outrossim, que são 02 (dois) os possíveis julgamentos, dado que essa característica deriva da tradição histórica da instituição e do próprio sistema processual. A eventualidade de uma terceira decisão seria algo absolutamente excepcional e somente possível em decorrência de invalidades procedimentais. Frederico Marques (1955, p. 73) percebeu esse aspecto na Constituição de 1946, que, no particular, tinha redação semelhante à atual, e asseverou: “Quer isto dizer que mais de um veredicto pode haver, embora o último, predominando sobre o primeiro, forçosamente o revogue”.

Note-se que o termo veredicto não pode ser confundido com votos. Estes últimos não são soberanos. Há votos que sequer são extraídos da urna ou consignados na ata de sessão (CPP, art. 483, §§ 1º e 2º). Há votos minoritários que são simplesmente derrotados pela maioria no sentido oposto. *A soberania, assim, é um atributo do resultado do julgamento.* A decisão coletiva dos jurados é que é chamada de veredicto. “Ela não pode ser mudada em seu mérito por um tribunal formado por juízes técnicos, mas apenas por outro Conselho de Sentença” (CAMPOS, 2018, p. 09).

Soberania dos veredictos traduz, conforme o escólio de Frederico Marques (1955, p. 70), a “impossibilidade de uma decisão calcada em veredicto dos jurados

ser substituída por outra sentença sem esta base”. Destarte, o segundo veredicto, ou julgamento, é igualmente soberano e constitucionalmente admitido. A soberania de um não afeta a do outro.

Com relação ao princípio da plenitude de defesa, este nada diz sobre o controle da decisão; e, em relação à íntima convicção, pela qual os jurados não expõem os motivos dos seus votos, não há incompatibilidade com a apelação, pois não são os motivos íntimos que são sindicados no recurso, como se passa a demonstrar, na abordagem ao argumento subsequente.

De fato, o terceiro argumento presente nas passagens jurisprudenciais já referidas – e possivelmente o principal – é o de que: não é possível a interposição de apelação pelo órgão acusador, haja vista que os motivos que levam os jurados a absolver permanecem sempre desconhecidos e podem desbordar das regras jurídicas ou do acervo probatório.

Na doutrina, Aury Lopes Jr. (2019) defende que, como o legislador passou a prever, no quesito genérico, a possibilidade do réu ser absolvido por qualquer motivo, inclusive não adstritos aos autos, não faria sentido que a acusação pretendesse cassar o veredicto justamente sob o argumento de sua contrariedade ao conjunto probatório. Nesse diapasão, argumenta o autor, os jurados só necessitam estar amparados na prova, quando emitem veredicto condenatório.

Guilherme Madi Rezende (2010) e, em sentido semelhante, Eliete Silva Jardim (2015), acrescentam que a decisão absolutória calcada no terceiro quesito não está relacionada a questões fáticas, de modo que não deriva (ou não pode derivar) da prova produzida. Reflete, unicamente, a vontade livre ou o senso de justiça dos julgadores.

Conquanto esses argumentos pareçam amparados pela lógica, partem de um equívoco: o de supor que os motivos que levaram os jurados a absolver consistem no objeto recursal. Em verdade, a norma do art. 593, III, *d*, do CPP, prevê o cabimento da apelação, quando “a decisão dos jurados” for “manifestamente contrária à prova dos autos”. Observe-se que o dispositivo se refere ao confronto entre a decisão e a prova. No Júri, a decisão não se confunde com motivos íntimos de cada jurado. O termo empregado na lei deve ser compreendido como sendo referente ao resultado do julgamento, isto é, ao veredicto.

O objeto do recurso de apelação é a correspondência entre, de um lado, o sentido do julgamento e, de outro, o contexto da prova (expressão que inclui as teses expostas em Plenário, a serem devidamente consignadas em ata). Tais elementos são perfeitamente delineados no processo e podem ser cotejados pelo tribunal, que fará um controle de racionalidade da decisão.

As decisões dos jurados não são controláveis pelos seus motivos, somente as decisões dos juízes togados é que o são. Estas últimas são atos estruturalmente complexos,

compostos, em regra, por relatório, fundamentação e dispositivo. Em decorrência de tal estrutura, podem as partes questionar detalhadamente os fundamentos que conduziram o convencimento do julgador togado. Por outro lado, os votos dos jurados são atos simples, formados apenas pelos vocábulos SIM ou NÃO. Não existem fundamentos externalizados. O seu controle ocorre somente em relação ao resultado formado pela maioria, quer seja no sentido condenatório, quer seja no sentido absolutório (OLIVEIRA JR., 2020).

Não se pode perder de vista que, como os julgadores leigos não expõem as razões dos seus votos, os motivos que os levaram a decidir em um ou outro sentido podem ser os mais variados possíveis. Inclusive, há de se considerar que, sendo sete os julgadores, os motivos podem variar de um para outro; e ainda: sendo o resultado do julgamento decidido por maioria formada por quatro votos no mesmo sentido (CPP, art. 489), não se sabe, a rigor, nem mesmo quais entre os votantes efetivamente produziram o resultado final. Essa é uma realidade não somente na resposta ao quesito absolutório genérico, mas em todos.

É evidente que, para proferirem votos condenatórios, os julgadores têm de estar ligados à prova produzida em contraditório. No entanto, no seu âmbito, não é possível preestabelecer o que a consciência de cada um irá considerar. Um jurado pode decidir votar pela condenação porque o réu preferiu fazer uso do direito ao silêncio, ou porque tem antecedentes criminais, ou porque confessou na fase policial, etc.

O que se externaliza para o direito, independentemente do quesito que esteja sendo submetido à votação, não são os motivos presentes nas consciências dos julgadores, mas o resultado da soma de pelo menos quatro votos iguais. Fica, então, esclarecido que é o sentido do julgamento que necessita espelhar uma correspondência racional com conjunto probatório (OLIVEIRA JR., 2020).

Ademais, a ideia de que a absolvição por clemência não estaria relacionada a questões fáticas e, por isso, não poderia ser confrontada com o conjunto probatório, está igualmente equivocada. O julgamento por clemência é aquele em que os jurados, apesar de terem reconhecido que o réu fora autor ou partícipe de crime doloso contra a vida, decidem pela absolvição, mesmo sem existir uma regra jurídica que exclua a responsabilidade penal. Ocorre, porém, que a compaixão com o réu não brota no coração ou na mente do julgador sem que haja uma causa que a tenha provocado, mormente relacionada a condições pessoais ou familiares do inculpado. Do mesmo modo, o juízo de ausência de reprovabilidade da conduta não se forma no espírito do jurado sem atenção às peculiaridades que marcaram o cometimento do delito. *A clemência não é incausada*. Ela não brota do nada. Deriva, ao revés, de uma causa anterior, que pode (e deve, quando for o caso) ser demonstrada pela prova (OLIVEIRA JR., 2020).

2.2.1 Consequências da segunda corrente

Analizados os principais argumentos invocados em favor da segunda corrente, cumpre agora tecer considerações sobre as suas consequências, especialmente se guardam compatibilidade com a Constituição.

A primeira delas é o desaparecimento de quaisquer limites ao poder absolutório dos jurados. Nessa linha, aduziu o Ministro Celso de Mello que, a partir da reforma operada pela Lei nº 11.689/08, os jurados “*passaram a gozar de ampla e irrestrita autonomia na formulação de juízos absolutórios*” (STF, 2019).

Entretanto, convém transcrever a indagação feita por Diogo Erthal Alves da Costa (2019): “Há espaço para poder sem limites no Estado Democrático de Direito?”¹⁰. Esse autor expôs, em seu trabalho, que, historicamente, soberanos dotados de poderes absolutos podiam punir ou perdoar sem necessidade de justificativa legítima. Em relação aos atos de clemência, deles se valiam como instrumento político, para agradar aos súditos ou isentar apoiadores, chancelando, por vezes, iniquidades. Porém, com o advento do Estado de Direito, “a clemência, como todas as manifestações estatais, não pode se traduzir em mera arbitrariedade, calcada apenas no poder, mas deve estar em harmonia com o Direito” (COSTA, 2019).

É comum se dizer, na doutrina e na jurisprudência, que as absolvições no Júri podem estar associadas a sentimentos altruístas de piedade ou compaixão. Por outro lado, é pouco lembrado que podem derivar de contextos motivacionais espúrios, seriamente contrários aos valores constitucionais. São exemplos: preconceito “racial”; preconceito sexual; preferências religiosas; aprovação comunitária de atividades ilícitas (como grilagem de terras e exploração ilegal de madeira); preconceitos políticos; simpatia com o réu ou com o defensor; desprezo pela vítima; conluio; dentre outros. A própria piedade pode derivar de circunstâncias inteiramente aleatórias: como um choro pungente durante o interrogatório, ou a presença circunstancial de familiares do réu à sessão.

Tais situações podem se apresentar em casos aberrantes. Suponha-se uma situação de concurso entre homicídio e estupro contra vítima de tenra idade, com enorme sofrimento para a família e comoção social. Na sessão, o réu chora copiosamente e suplica uma nova chance de mudar de vida; comove quatro dos julgadores e alcança sua absolvição. Embora essa situação seja juridicamente possível, em decorrência da estrutura do julgamento, como se poderia justificar que a sociedade não tivesse o direito de questionar a decisão iníqua, nem mesmo por uma vez, a fim de pleitear a

10 Embora o referido autor defenda que a clemência não seria legítima, posição que não é adotada neste trabalho, ele teceu importantes considerações a respeito da necessidade de controle sobre os poderes dos jurados, parte das quais serão aqui abordadas.

realização de um novo julgamento? (OLIVEIRA JR., 2020).

Além de colidir com a exigência de limitação do poder, outro princípio constitucional também vulnerado é a *segurança jurídica*, insculpida no art. 5º, *caput*, da CRFB. Com a tese em apreço, institui-se no Brasil um regime de grande instabilidade e insegurança no tratamento jurídico dos crimes dolosos contra vida. Em termos enfáticos, porém necessários, significa que todo homicídio no país se torna, de antemão, sujeito à absolvição por qualquer motivo. Não há como deixar de reconhecer em tal proposta um potencial criminógeno e uma significativa vulneração à vida.

Cesare Beccaria, que entendia que a clemência haveria de ser abandonada à medida em que se humanizasse o Direito Penal, trouxe uma importante advertência, em seu *Dos Delitos e Das Penas*, sobre a banalização da absolvição indulgente. Para esse autor, além do estímulo à impunidade, se os criminosos acreditarem que seus delitos podem ser perdoados e que o castigo não é mais uma consequência necessária, passarão a encarar as penas impostas “*não como atos de justiça, porém como atos de violência*” (BECCARIA, 2014, p. 60).

Esse contexto de insegurança jurídica, oriundo da tese em análise, não se restringiria aos crimes dolosos contra a vida. Na realidade, em face da norma do art. 78, I, do CPP, o Tribunal do Júri julga também todos os delitos comuns conexos. Dessa forma, o espectro de incerteza findaria por se estender sobre as demais normas penais incriminadoras.

Outro princípio constitucional inviabilizado para além do razoável com a tese em análise é o da *isonomia*, previsto no artigo 5º, *caput*, da CRFB. Isso porque, no Júri, os réus são julgados em separado (CPP, art. 483, §6º). Em casos de coautoria, acusados que concorreram de maneira semelhante para um crime podem acabar recebendo tratamento diverso, pela concessão da clemência somente a parte deles. Sem o recurso da acusação a isonomia não poderia ser invocada para o controle da discriminação.

A Constituição determina também, em seu art. 5º, XLIII, que são inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia os crimes de tortura, tráfico, terrorismo e os *definidos como hediondos*. Dentre os hediondos, está o homicídio qualificado (Lei nº 8.072/90, art. 1º, I), a figura delitiva mais recorrente apreciada pelo Júri. Está claro que o constituinte originário instituiu um regime de maior severidade na resposta penal a ser conferida essa espécie de delitos. A tese de clemência sem controle colide com a teleologia que emana desse dispositivo.

Há de se atender, ainda, ao princípio constitucional do *duplo grau de jurisdição*¹¹. Segundo Fredie Didier Jr (2016), esse princípio assegura à parte ao menos um recurso; e

11 Princípio que encontra vasto esteio na ordem constitucional: na estrutura escalonada do Poder Judiciário; nas normas dos incisos LIV e LV do artigo 5º; e no artigo 8º, 2, *h*, do Pacto de São José da Costa Rica, internalizado pelo Decreto nº 678/1992.

garante a sujeição da matéria decidida a dois julgamentos. Não se trata, evidentemente, de um princípio absoluto. Comporta exceções. No entanto, tais exceções somente são admissíveis quando constantes em expressa previsão legal. Deve-se lembrar que o artigo 483, III e § 2º, do CPP, não é, rigorosamente, uma norma sobre recurso. É uma norma sobre quesitação. O dispositivo em que o recurso de mérito é previsto é o artigo 593, III, *d*, do mesmo diploma, o qual não faz qualquer distinção entre as partes que podem manejá-lo. Por conseguinte, a tese de inadmissibilidade da apelação ministerial implica a *supressão do duplo grau de jurisdição pela via interpretativa*.

Do que foi exposto, difícil é qualificar a interpretação em epígrafe como sendo uma “interpretação conforme a Constituição”, mesmo porque, em 2008, não houve qualquer alteração da Constituição. Repita-se, a mudança residiu apenas na legislação ordinária e, mais precisamente, na disciplina relativa ao questionário, e não ao recurso de apelação.

2.3 Tese da possibilidade, tanto da decisão de clemência, quanto do seu controle

A terceira tese identificada no julgamento do HC nº 350.895/RJ, liderada pelo Ministro Sebastião Reis Júnior, foi no sentido de que: primeiramente, a clemência é legítima, já que guarda harmonia com o sistema da íntima convicção e pode decorrer naturalmente da resposta afirmativa ao quesito genérico; ademais, ela é controlável, por uma vez, na via do recurso de apelação, mediante a verificação de sua correspondência com a prova dos autos.

A divergência em relação à corrente anterior consiste na possibilidade de controle da decisão de clemência. A análise desse entendimento pode partir de uma breve investigação acerca das circunstâncias histórico-sociais que renderam ensejo à aprovação da Lei nº 11.689/08, o que se costuma denominar em doutrina de *occasio legis* (MAGALHÃES FILHO, 2009, p. 46). Trata-se de uma pesquisa que pode contribuir para trazer a lume a finalidade que a norma pretende realizar, o objetivo para o qual foi feita.

Walfredo Campos Cunha (2018) registra em sua doutrina que o projeto que resultou na Lei nº 11.689/08 foi aprovado pelo Congresso Nacional após a comoção gerada pela absolvição do fazendeiro Vitalmiro Bastos de Moura, o “Bida”, acusado de ter matado a missionária Dorothy Stang. O fazendeiro havia sido condenado no primeiro julgamento a uma pena de 30 anos de reclusão, mas, em virtude do recurso de protesto por novo júri, foi a um segundo julgamento, no qual restou absolvido.

Segundo Cunha (2018), o próprio Ministro Celso de Mello criticou a decisão afirmando que: “a absolvição poderia passar à população a sensação de que o Judiciário deixou de cumprir sua obrigação”. O relator do projeto, Deputado Flávio Dino, afirmou em entrevista que o Parlamento intentava, com a reforma, abreviar o procedimento do

júri, evitar absolvições temerárias e simplificar a quesitação, que vinha dando causa a inúmeras anulações de decisões do Júri. “O intuito da lei era, portanto, cerrar armas contra a impunidade, e não escancarar as portas da Justiça a ela” (CUNHA, 2018, p. 437).

Portanto, essa pesquisa histórica aponta no sentido de que a razão de ser da norma do artigo 483, III e § 2º, do CPP, (a *ratio legis*) seria a de simplificar o questionário para reduzir o grande número de nulidades geradas pelo regime anterior, com vistas a otimizar a efetividade da prestação jurisdicional relativa ao julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Ao mesmo tempo, não se pode deixar de reconhecer que a norma em apreço – como de resto todas as reformas operadas a partir de 2008 – pretendeu também reforçar as garantias individuais do acusado. O quesito absolutório em si já foi um enorme reforço ao direito de defesa, facilitando o acolhimento das teses absolutórias, desatando-as dos enquadramentos em regras jurídicas e em quesitos específicos. Não obstante, a questão que se coloca é saber se isso é ou não sinônimo de poderes absolutórios incontroláveis.

Para se responder a essa pergunta, necessário é recorrer ao elemento sistemático da interpretação, isto é, à exigência de coerência e unidade entre as normas do Código de Processo Penal. Segundo José de Albuquerque Rocha (2009), se o Direito é um sistema, ou seja, se as normas que o compõem não estão soltas ou isoladas, mas, ao revés, formam um todo coerente, isto significa que, para conhecer o conteúdo de uma norma, é preciso relacioná-la ou compará-la com o das demais que integram o sistema. “[...] a interpretação sistemática baseia-se no postulado fundamental da moderna teoria da ciência, segundo o qual não é possível o conhecimento das coisas isoladas. Conhecer é descobrir as relações entre as coisas” (ROCHA, 2009, p. 49). Eros Roberto Grau (2009) ensina que o direito não é interpretado em tiras ou aos pedaços. Assim, a norma do artigo 483, III e § 2º, do CPP, não pode ser compreendida de maneira isolada; ao contrário, deve ser buscado o seu significado para o conjunto (sistema) no qual está inserida.

Nesse sentido, é preciso considerar que a Lei nº 11.689/08 também inovou na disciplina sobre a *ata de julgamento*, ao introduzir o *inciso XIV do artigo 495*. Por tal preceptivo, a ata deverá conter a descrição fiel de todas as ocorrências, mencionando, obrigatoriamente, dentre outros aspectos, os debates e as alegações das partes com os respectivos fundamentos.

René Ariel Dotti foi o principal responsável pela redação do atual inciso XIV do artigo 495 do CPP. Ele a propôs ainda nos idos de 1993, em seu anteprojeto de reforma do procedimento do Júri¹². O objetivo da mudança proposta era justamente o de facilitar o controle de mérito da decisão do Júri: “esta complementação tem o importante objetivo

12 O anteprojeto de Dotti pode ser considerado como a raiz do que viria a ser o Projeto nº 4.203/01, o qual, por sua vez, resultou na aprovação da Lei nº 11.689/08.

de facilitar o julgamento da apelação quando se alega que a decisão do Júri foi manifestamente contrária à prova dos autos” (DOTTI, 1994).

Andrey Borges de Mendonça, um dos primeiros comentadores da reforma, observou a *nítida relação* entre o registro em ata dos fundamentos das alegações das partes e o quesito absolutório: “A questão ganha importância frente ao quesito genérico estabelecido pela nova Lei e será relevante para que as partes possam impugnar, em via recursal, a decisão dos jurados” (MENDONÇA, 2008, p. 140).

Orlando Faccini Neto (2016) ressalta ser “eloquente” que, antes do ano de 2008, o Código, ao tratar da ata de julgamento do Tribunal do Júri, não continha determinação semelhante. À época, cada uma das teses defensivas desdobrava-se em quesitos próprios, de modo que a mera análise da quesitação já permitia inferir quais teses haviam sido alegadas. Com a reforma, no entanto, é exatamente a consignação em ata de julgamento, na forma do artigo 495, XIV, do CPP, que permite à Corte recursal confrontar a absolvição havida com os fundamentos que foram invocados pela defesa em Plenário.

Pelas considerações tecidas até aqui, conclui-se que o recurso de apelação do Ministério Público contra a decisão absolutória proferida no Tribunal do Júri é plenamente admissível, mesmo quando o veredicto houver decorrido da resposta afirmativa ao quesito absolutório genérico.

3 TEORIA DO CONTROLE JURISDICIONAL DA CLEMÊNCIA

O sistema processual penal, como visto – notadamente através dos artigos 495, XIV, e 593, III, *d* – exige que a decisão do Tribunal do Júri observe, para a sua legitimidade, primeiramente, uma *relação de coerência* entre o *sentido do veredicto* e o *contexto probatório*, sobre o qual se desenvolvem as alegações das partes em Plenário. Essa exigência, no entanto, não é oriunda somente do Código. Na realidade, ela é uma aplicação, ao Tribunal do Júri, do postulado constitucional da *razoabilidade*.

No Estado Democrático de Direito, a razoabilidade atua – ao lado do princípio da proporcionalidade – como cláusula de controle da validade material dos atos do Poder Público, notadamente de normas jurídicas e decisões judiciais. Ele coíbe a adoção de medidas arbitrárias, irracionais e abusivas, exigindo a conformação lógica do ato controlado com: as suas causas ou premissas; com as particularidades da situação fática a que se destina; e com o conjunto de valores e fins iminentes ao sistema constitucional.

A exigência de razoabilidade nos atos do Poder Público pode assumir diversas concepções. Na primeira e mais básica delas, identificada, dentre outros, por Jane Reis Gonçalves Pereira (2018, p. 395), “o conceito de razoabilidade é empregado como antônimo de arbitrariedade”. Essa concepção está associada à necessidade de que todos

os atos do Poder Público sejam sempre motivados por razões relevantes juridicamente. “Isso significa que devem ser entendidos como irrazoáveis tanto os atos estatais que são destituídos de causa ou fundamento como aqueles que se amparam em razões irrelevantes” (PEREIRA, 2018, p. 395).

Humberto Ávila (2003, p. 106) denomina essa concepção de razoabilidade-congruência: “a razoabilidade exige, para qualquer medida, a recorrência a um suporte empírico existente”. Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ela é extraída da dimensão substantiva do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV)¹³.

A partir dessa compreensão, fica claro que a ausência de motivo que justifique o ato estatal implica vulneração à cláusula de razoabilidade. No caso da decisão proferida pelo Tribunal do Júri, a razoabilidade repercute exigindo que o julgamento tenha uma coerência com uma *causa demonstrada nos autos*. A prova, assim, deve proporcionar uma base racional para a decisão. Decisões baseadas em elementos inexistentes na prova tornam arbitrária a solução adotada. É o que deflui da leitura conjugada artigo 5º, LIV, da CRFB, com os artigos 495, XIV, e 593, III, *d*, do CPP

Pontifica A. Gordillo (1997, p. 70): “*El Derecho está concebido como mínimo para asegurar que hay prueba documentada que proporciona una base racional o lógica para lá decisión [...] y que ésta es efetivamente um produto del razonamiento a partir de la prueba*”.

A congruência, porém, não é o único parâmetro para o controle da legitimidade das decisões emanadas do Conselho de Sentença. Isso porque a razoabilidade, em outra acepção, também exige que toda decisão judicial guarde conformidade com as exigências de justiça veiculadas pelo caso concreto e com os valores fundamentais vigentes na sociedade. Trata-se de uma projeção, para o Poder Judiciário, do princípio de justiça, positivado, expressamente, no artigo 3º, I, e no preâmbulo da Constituição.

Humberto Ávila (2003, p. 106) denomina essa concepção de *razoabilidade-equidade*. Consiste, basicamente, na exigência de considerar o aspecto individual do caso concreto nas situações em que ele é sobremodo desconsiderado pela generalização legal. O autor leciona que tal acepção da razoabilidade corresponde aos ensinamentos de Aristóteles a respeito da equidade, cuja natureza é a de ser um corretivo da lei, exatamente

¹³ Um exemplo pode auxiliar à compreensão da referida acepção da razoabilidade. Na ADI nº 1158/AM, o STF declarou a inconstitucionalidade de uma Lei do Estado do Amazonas que instituiu adicional de férias para servidores inativos. Considerou-se que se tratava de uma vantagem destituída de causa, pois só faz jus a adicional de férias quem efetivamente goza de férias, o que não é o caso de servidores em inatividade. Na concessão da medida cautelar (que foi confirmada quando do julgamento definitivo), o Tribunal, acolhendo o voto do Relator, Ministro Celso de Mello, consignou: “A norma legal, que concede a servidor inativo gratificação de férias [...] ofende o critério da razoabilidade que atua, enquanto projeção concretizadora da cláusula do “*substantive due process of law*”, como insuperável limitação ao poder normativo do Estado. Incide o legislador comum em desvio ético-jurídico, quando concede a agentes estatais determinada vantagem pecuniária cuja razão de ser se revela absolutamente destituída de causa”.

onde esta é falha ou incompleta, em virtude da sua universalidade.

Para Aristóteles (2011), quando a lei coloca uma regra universal e aparece inesperadamente um caso particular que lhe se escapa, é legítimo aplicar um corretivo para obviar essa omissão, determinando em concreto aquilo que o legislador teria incluído na lei se tivesse tido conhecimento prévio do caso. O filósofo comparou a equidade à régua utilizada na construção de Lesbos, que era feita de chumbo, não era rígida e se adaptava às formas das pedras, servindo para medi-las. A decisão equitativa seria aquela capaz de se adaptar aos fatos.

De acordo com Ávila (2003), em situações anômalas, extraordinárias, a exigência de equidade pode justificar até mesmo o afastamento da aplicação de uma regra, apesar de aperfeiçoadas as condições fáticas descritas em sua previsão abstrata. Isso ocorreria quando os efeitos da aplicação colidissem gravemente com a própria razão motivadora da regra ou com os princípios que lhe são subjacentes, gerando soluções claramente iníquas e insuportáveis perante a ordem jurídica.

No Estado Democrático de Direito, as decisões judiciais devem estar respaldadas, primeiramente, em regras jurídicas, dotadas do caráter de generalidade/universalidade (CF, art. 5º, II). Mas, além disso, as soluções judiciais precisam interiorizar a ideia de justiça ínsita ao ordenamento jurídico e não conflitar com os valores plasmados na Constituição.

Observa Chaïm Perelman (2000) que nisso radica a concepção do Direito construída a partir da segunda metade do século XX, após o debacle do positivismo na Europa continental. As experiências dos regimes totalitários e o processo de Nuremberg puseram em evidência que um Estado e sua legislação podiam ser iníquos. Tal processo abriu espaço para o reencontro do Direito com a sua dimensão axiológica e “para a busca de uma solução que seja não só conforme a lei, mas também equitativa, razoável, aceitável”. Vale dizer: uma solução, a um só tempo, “justa e conciliável com o direito em vigor”.

Neil MacCormick (2009, p. 192) também pode ser lembrado nessa reflexão. Ele defende “que as leis têm objetivos racionais voltados para garantir benefícios sociais ou evitar males sociais de um modo compatível com a justiça entre indivíduos”. E arre-mata: a “busca desses valores deveria exibir uma coesão racional, na medida em que as consequências de uma decisão particular estivessem em consonância com os propósitos atribuídos a princípios afins de direito”.

A possibilidade de realizar a justiça do caso concreto, mesmo além das previsões legais expressas, é uma excepcionalidade para os órgãos do Poder Judiciário em geral. Não, propriamente, para o Tribunal do Júri. Ela deriva da sua essência, de sua raiz histórica, especialmente do aspecto do julgamento ser realizado por juízes leigos. É também

uma derivação do princípio constitucional (expresso) da plenitude de defesa e do princípio constitucional (implícito) da íntima convicção.

Cumpra-se notar, outrossim, que a própria *razoabilidade-equidade* funciona como um limite para as decisões dos julgadores leigos. Ela demarca as fronteiras das quais os julgadores não poderão extravasar, sob pena de emitirem uma decisão destituída de legitimidade perante a ordem jurídico-constitucional. Thomas da Rosa de Bustamente (2005) sustenta que *razoabilidade-equidade* implica a busca de uma solução justa e adequada; e acrescenta: “a equidade, tal como hoje ela é concebida, permite decisões contra legem, mas *intra ius*”.

Assim como ocorre em relação ao primeiro filtro de controle da decisão do Júri (coerência com a prova), o Código de Processo Penal também contempla, atualmente, uma disciplina que externaliza para o mundo formal-positivo o segundo filtro de controle, dado pela equidade. Cuida-se, particularmente, do artigo 472. Esse dispositivo determina que todos os juízes leigos, antes de iniciarem na prática o ofício de julgar a causa, prestem juramento de proferirem seus votos “de acordo com a consciência” e com os “ditames da justiça”. O cerne do juramento radica no seguinte: embora os jurados não estejam adstritos a critérios de legalidade estrita, devem, por outro lado, emitir um julgamento equânime e razoável.

A equidade da decisão há de ser aferida na perspectiva leiga, pois foi a juízes leigos que o constituinte outorgou a competência para decidir a causa. A decisão equânime é aquela que adota solução que contenha uma leitura do caso e uma solução aceitáveis perante o senso comum¹⁴.

É no contexto da prova e da equidade que se encontram as balizas que podem justificar, para além das regras, um veredicto absolutório. Por isso é que, após se reconhecer a admissibilidade do recurso apelatório, propõe-se a distinção entre duas espécies de clemência: a clemência qualificada e a simples.

3.1 Espécies de clemência: qualificada e simples

A primeira, clemência qualificada, também pode ser chamada de lúcida ou clarividente. É aquela quem tem respaldo na prova dos autos e na equidade (atende a ambos os filtros de controle). Ela se configura quando da prova se extrai uma situação ou um contexto situacional que, para o senso comum, pode justificar uma absolvição indulgente.

A segunda espécie (clemência simples), que também pode ser chamada de cega, é o oposto: é aquela que, ou não tem respaldo na prova dos autos, ou não se harmoniza

¹⁴ Ensina Humberto Ávila (2003, p. 105) sobre a interpretação dentro do razoável, que é aquela “feita ‘em consonância com aquilo que, para o senso comum, seria aceitável perante a lei’”.

com a razoabilidade-equidade. A título exemplificativo, cogite-se que, em uma dada sessão, o defensor técnico tenha alegado que o réu, ao praticar o delito, estava possuído por um espírito maligno; então, não seria o imputado que deveria sofrer a condenação, e sim o espírito. Imagine-se que os julgadores decidam acolher tal alegação e absolvam o acusado. Outro caso: suponha que o defensor tenha composto uma bela canção musical a respeito do perdão e tenha inclusive pedido para consignar a canção em ata de julgamento, registrando que a sua súplica seria apenas a da clemência; e, ao final, o réu vem a ser absolvido.

Nessas hipóteses, observe-se, embora do ponto de vista fático a clemência seja possível, não há justificativa para vedar a cassação do julgamento em caso de interposição de recurso de apelação. Em se verificando tal contexto, o recurso de apelação da parte acusatória haveria de ser *provido*, cassando-se o veredicto.

É muito importante anotar que a expressão “manifestamente contrária à prova dos autos” deve ser compreendida: tanto de maneira literal, para alcançar aquelas situações em que não há, efetivamente, na prova, uma causa para a absolvição; quanto de maneira lógico-sistemática, para alcançar as situações em que a causa da absolvição, a despeito de eventualmente exposta no contexto da prova (o que inclui os debates em Plenário), não seja hábil a conduzir racionalmente ao resultado absolutório. A decisão deve ser o produto de um raciocínio a partir da prova (GORDILLO, 1997, p. 70). Essa é uma interpretação do artigo 593, III, *d*, do CPP, que pode receber o predicativo de interpretação conforme a Constituição.

Por isso, tomando como base os exemplos fictícios acima apresentados, verifica-se que a configuração de clemência simples ou cega corresponde exatamente ao veredicto entendido como manifestamente contrário à prova dos autos, o qual permite a cassação da primeira decisão e a submissão da causa a um segundo julgamento.

Considerem-se agora exemplos de possíveis clemências qualificadas. (i) Imagine-se um caso de tentativa branca de homicídio, em que a vítima sobrevivente, ao ser ouvida em juízo, afirmou expressamente que perdoou o réu e não tem mais interesse no julgamento da causa, ao passo que o réu é um indivíduo idoso, que sofre de diversas problemas de saúde, inclusive encontra-se sem mobilidade dos membros inferiores, estando em cadeiras de rodas e é obrigado a utilizar constantemente uma bolsa de colostomia; o cárcere, em eventual condenação, seria para ele extremamente penoso. (ii) Suponha-se que um réu está sendo julgado por um crime de homicídio ocorrido há muitos anos, quando de sua juventude, sendo que o fato lesivo foi único em sua vida social, sem grandes notas de gravidade e com nítida provocação da vítima, e há provas nos autos de que o acusado mantém, na atualidade, uma conduta íntegra perante a comunidade, com emprego lícito e ainda com família numerosa, da qual é o único provedor. (iii) Cogite-

-se, ainda, do seguinte caso: um indivíduo criminoso, em ocasião pretérita, arrancou uma menina de cinco anos dos braços de sua mãe e, sem se importar com os gritos das ofendidas, efetuou contra o rosto da criança vários disparos de arma de fogo do tipo pistola, matando-a diante da genitora; o pai da menina, então, decide vingar-se; planeja a execução do crime e, tempos depois, mata o criminoso em uma emboscada. Ao ser levado a Júri, o Promotor, invocando um raciocínio legalidade estrita, posiciona-se no sentido de que o pai da criança venha a ser condenado por homicídio privilegiado (por relevante valor moral), mas o Conselho decide pela absolvição.

Em tais situações, forçoso é convir que a eventual absolvição indulgente não seria arbitrária: desde que as causas tenham sido demonstradas na prova dos autos, não há divergência entre elas e os “ditames da justiça”. Nesses casos, há razões que, embora não sejam rigorosamente enquadradas em regras jurídicas, podem justificar ou legitimar, na percepção do leigo, o afastamento da pena. Desse modo, o recurso de apelação contra a decisão absolutória, apesar de admitido, haveria de ser improvido pelo Tribunal, pois aí não se teria uma decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

A clemência qualificada, quando assim constatada pela segunda instância, não pode ser rescindida; já a clemência simples sim. Esta última somente teria o condão de gerar uma decisão definitiva quando viesse a ser repetida em um segundo julgamento, mas não pela sua natureza de pura indulgência, e sim porque a lei processual penal, em homenagem à soberania dos veredictos, veda um segundo recurso fundado em contrariedade à prova dos autos. Mas cumpre anotar que, sendo a decisão radicalmente iníqua, a probabilidade de ela vir a ser repetida por outro Conselho de Sentença é bastante reduzida.

Por derradeiro, deve-se analisar de quem seria o ônus da prova em torno da clemência. Para alguns, a partir da Reforma de 2008, o Ministério Público, além da obrigação de demonstrar as provas de autoria e materialidade, passaria a ter o encargo de justificar perante o Conselho de Sentença a necessidade da condenação do réu. Ao que parece, o Promotor de Justiça teria de recorrer a aspectos ligados à pessoa do acusado, de valor negativo, para convencer o Conselho de Sentença da necessidade de condená-lo. Isso, em verdade, além de constituir uma prova diabólica, seria criar um Direito Penal do autor, discriminatório, no âmbito do Poder Judiciário.

A hipótese oposta, que é aqui defendida, é a de que o ônus da prova que ampara a clemência deve ser da defesa. A clemência, em essência, é uma tese defensiva. Ao Ministério Público, incumbe carrear aos autos os elementos de convicção que interessam à função punitiva; e, à defesa, os que concernem à liberdade do réu (CPP, art. 156).

Na esteira desse raciocínio, a defesa, acaso pretenda pleitear a absolvição fundada na clemência, deve produzir prova sobre aspectos que entende que possam justificar, no

plano da razoabilidade e do senso comum, o veredicto absolutório, mesmo porque, à luz do princípio da plenitude de defesa, poderão ser invocados argumentos que vão além das regras jurídicas. Se a defesa se desincumbir adequadamente desse ônus (e desde que o caso comporte a respectiva justificação), a decisão que vier a acolher o seu pleito não poderia ser tomada como manifestamente contrária à prova dos autos, dado que teria se revestido do caráter de clemência qualificada, não podendo ser cassada pelo tribunal. Por outro lado, caso não se desincumbam, a defesa suportará o risco processual de uma eventual clemência vir a ser entendida como simples ou cega pela instância revisora.

4 CONCLUSÃO

Pelos argumentos expostos, foi possível constatar, primeiramente, que o recurso de apelação contra a decisão absolutória proferida pelo Tribunal do Júri permanece plenamente cabível e em nada foi prejudicado pela introdução do quesito genérico no artigo 483, III e § 2º, do CPP, com redação dada pela Lei nº 11.689/08. A possibilidade de absolvição por clemência, que já existia como decorrência dos princípios da plenitude de defesa e da íntima convicção, foi agora potencializada pela reforma processual. Isso, porém, não é a mesma coisa que dotar os jurados de poderes absolutos. Ao revés, o sentido de sua decisão, ou seja, o veredicto por eles proferido, continua sendo controlado, por uma vez, mediante o recurso de previsto no artigo 593, III, *d*, do CPP. A Constituição, inclusive, admite a existência de mais de um julgamento por causa, ao empregar o termo *veredictos* no plural.

A ideia de absolvição sem qualquer forma de controle é incompatível com os princípios do Estado Democrático de Direito, da isonomia, da segurança jurídica e do duplo grau de jurisdição, bem como com a teleologia que emana do artigo 5º, XLIII, da CF. Ademais, a mesma lei que introduziu o quesito absolutório genérico trouxe também, no artigo 495, XIV, do CPP, a obrigação de serem consignados na ata de julgamento os debates e as alegações das partes, com os respectivos fundamentos. Essa mudança na disciplina da ata de julgamento não pode ter outro fim que não o de viabilizar o controle da decisão pelo tribunal.

Assentadas essas conclusões, passou-se, na segunda seção, à exposição dos fundamentos teóricos do controle jurisdicional da clemência. Eles derivam do postulado constitucional da razoabilidade e estão refletidos no Código de Processo Penal.

A razoabilidade atua para proibir a decisão arbitrária, destituída de causa. Ao se projetar sobre o Tribunal do Júri, esse princípio implica a exigência de que a decisão derive de uma causa empiricamente demonstrada na prova dos autos. Tem-se aqui uma interpretação conjugada do artigo 5º, LIV, da CRFB, com os artigos 483, III, 495, XIV,

e 593, III, *d*, ambos do CPP. Atua também a acepção razoabilidade-equidade, que encontra esteio no artigo 3º, I, e no preâmbulo da Constituição. Cuida-se da exigência de que toda decisão judicial tem de se harmonizar com as particularidades do caso concreto e com a ideia de justiça ínsita ao ordenamento jurídico. Essa exigência se revela no Código de Processo Penal, no artigo 472, por força do qual os jurados, antes de receberem a causa, prestam compromisso de proferir um julgamento em conformidade com os “ditames da justiça”. Isso significa que, embora não estejam adstritos a critérios de legalidade estrita, não podem, por outro lado, emitir um veredicto que, à luz do senso comum, seja claramente injusto.

A identificação desses dois filtros de controle permite a distinção entre duas espécies de clemência: a qualificada e a simples. A primeira espécie é aquela que reúne os dois requisitos de legitimidade: conformidade com o contexto da prova e com a justiça do caso concreto (equidade); e a segunda é a que se ressentir de qualquer desses requisitos. Esta última corresponde à decisão manifestamente contrária à prova dos autos (sendo tal expressão lida no sentido lógico-sistemático e em conformidade com a Constituição). No último caso, a absolvição não é o produto de um raciocínio a partir da prova, mas sim um arbítrio.

O presente trabalho cumpre a finalidade de reabilitar o papel da razão jurídica no âmbito do Tribunal do Júri, evitando que esse órgão possa se convolar em um espaço de injustiça e discriminação incompatível com o Estado Democrático de Direito.

RATIONAL CONTROL OF ABSOLUTION CRIMINAL DECISIONS OF THE JURY: ESSAY ON A THEORY OF JURISDICTIONAL CONTROL OF CLEMENCY

ABSTRACT

The article analyzes the possibility of appeal by the Public Prosecutor concerning absolution decisions rendered by the jury based on the generic question. The three main trends of understanding that discuss the legitimacy of absolution due to clemency and its control by appeal are studied. The Constitution, through the principle of reasonableness, and the CPP, through arts. 472, 495, XIV and 593, III, *d*, demand that this verdict must be grounded upon evidences and keep harmony with equity. It is proposed to distinguish between two kinds of clemency: qualified and simple.

Keywords: Appeal. Generic question. Absolution based upon clemency. Rational control. Qualified and simple clemency.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed., 5ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed., revista, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômano**. Tradução de Torrieri Guimarães. 5ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2011.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. 6ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2014.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Conceito e critérios de razoabilidade: uma proposta para o direito brasileiro. **Direito, Estado e Sociedade** – v. 9 – n. 28 – p. 242 a 255 – jul/dez 2005.
- COSTA, Diogo Erthal Alves da. A Clemência no Tribunal do Júri no Brasil. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 71, jan./mar. 2019.
- CUNHA, Walfredo Campos. **Tribunal do Júri. Teoria e Prática**. 6ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2018.
- DIDIER JR, FREDIE; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 3. Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- DOTTI, René Ariel. Anteprojeto do Júri. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 31 nº 122 mai./jul. 1994.
- FELBERG, Rodrigo; FELBERG, Lia. A soberania dos veredictos e a inconstitucionalidade da apelação pelo Ministério Público com fundamento no art. 593, III, d, do Código de Processo Penal. **Tribunal Virtual IBCCRIM**, ano 01, ed. Nº 04, maio de 2013.
- FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista; in FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- GORDILLO, Augustin. **El Metodo em Derecho**. Aprender, enseñar, scribir, crear, hacer. Madrid: Editorial Civitas S. A., 1997.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- JARDIM, Eliete Costa Silva. Tribunal do Júri – Absolvição Fundada no Quesito Genérico: Ausência de Vinculação à Prova dos Autos e Irrecorribilidade. **R. EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 13-31, jan – fev. 2015.
- LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica Jurídica Clássica**. 3ª ed. aumentada e atualizada. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MARQUES, José Frederico. **O Júri no Direito Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova Reforma do Código de Processo Penal**. Comentada – artigo por artigo. São Paulo: Método, 2008.

NETO, Orlando Faccini. A tese de clemência no Tribunal do Júri: uma solução possível. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, nº 74, out-nov/2016. P. 42-54.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA JR., Francisco Elnatan Carlos de. O poder ilimitado dos jurados para absolver. **O JOTA**, 21 ago. 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/autor/francisco-elwatan-c-de-o-junior>>. Acesso em: 28 nov. 2020.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**, 2ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica: nova retórica**. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REZENDE, Guilherme Madi. Júri: decisão absolutória e recurso da acusação por manifesta contrariedade à prova dos autos – descabimento. **IBCCrim**, n. 207, fevereiro de 2010.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 10ª ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2009.

STJ. HABEAS CORPUS: HC nº 350.895/RJ 2016/0061223-6, 6ª Turma. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Julgamento em: 14 mar. 2017. DJE: 17 maio 2017. **Portal do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27HC%27.clap.+e+@num=%27350895%27\)+ou+\(%27HC%27+adj+%27350895%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27HC%27.clap.+e+@num=%27350895%27)+ou+(%27HC%27+adj+%27350895%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>. Acesso em: 08 out. 2020.

STF. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS: RHC nº 117.076/PR 0048936-50.2012.3.00.0000, 2ª Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello em 01 ago. 2019. DJE: 02 ago. 2019. **Portal do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4380035>>. Acesso em: 27 out. 2020.

STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI nº 1158/AM 0002519-26.1994.0.01.0000, Plenário. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgamento em 20 ago. 2014.

DJE: 07 out. 2014. **Portal do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1602263>>. Acesso em: 27 out. 2020.

INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL
DA CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO
PERSECUÇÃO PENAL

*MATERIAL UNCONSTITUTIONALITY
OF CONFESSION IN THE CRIMINAL
NON-PERSECUTION AGREEMENT*

INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DA CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL¹

*MATERIAL UNCONSTITUTIONALITY OF CONFESSION IN THE CRIMINAL
NON-PERSECUTION AGREEMENT*

*José Carlos Félix da Silva²
Debora Cristyna Ferreira Reis³
Klinsmann Alison Rodrigues Félix da Silva⁴*

RESUMO

O acordo de não persecução penal foi introduzido no código de processo penal através da lei 13.964/19, com o intuito de aprimorar a justiça negociada e favorecer o atendimento das demandas a fim gerar punição mais efetiva. Contudo, uma problemática tomou voz, sendo ela a confissão como requisito à celebração do acordo entre Ministério Público e acusado, o que denota inconstitucionalidade para tanto, tendo em vista a sua notória desnecessidade, angariando eventual vantagem ao *parquet* em possível instauração da ação penal. Partindo do método bibliográfico e documental, o presente trabalho irá apresentar como ocorre a inconstitucionalidade material da confissão, partindo da análise da evolução histórica do processo penal à inserção do acordo no âmbito jurídico brasileiro, a fim de demonstrar o vício no requisito da confissão. Então, embora seja instituto inovador, a discussão é válida, tendo em vista que ocasionará efeitos jurídicos práticos ao longo do tempo.

Palavras-chave: Confissão. Ministério Público. Acordo de Não Persecução Penal. Justiça Consensual.

1 Data de Recebimento: 08/10/2020. Data de Aceite: 23/11/2020.

2 José Carlos Félix da Silva, Promotor de Justiça do Estado do Ceará e professor no curso de Direito da Universidade Regional do Cariri, graduado pela Universidade Federal do Ceará, especialista em Direito Penal e Criminologia. E-mail: mrkharal@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7175640017301800>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5712-8684>. E-mail: mrkharal@gmail.com.

3 Debora Cristyna Ferreira Reis. Estagiária da Secretaria Judiciária de 1º Grau do Crajubar. Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Paraíso. E-mail: debora-cristina1945@hotmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9803551593677886>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3939-0029>. E-mail: debora-cristina1945@hotmail.com.

4 Klinsmann Alison Rodrigues Félix da Silva. Advogado inscrito na OAB/CE 44.110. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Paraíso. E-mail: klinsmannfelix@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5432647978793789>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3017-9385>.

1 INTRODUÇÃO

O Pacote Anticrime, visualizado a partir da lei 13.964/19, trouxe em seu bojo a possibilidade do Ministério Público oferecer acordo de não persecução penal, negócio jurídico bilateral e formal, sofrendo posterior ratificação pelo magistrado. Em seu corpo legal, o requisito da confissão vem denotando incômodo e possível prejuízo ao acusado, vez que empodera a acusação, a partir da obtenção da vantagem, por procedimento que não seja o tradicional devido processo legal. Assim, o instituto inovador tem por base uma problemática que direciona o requisito da confissão à inconstitucionalidade material.

O princípio da presunção da inocência, constitucionalmente previsto, estabelece que a culpa do indivíduo somente poderá ser decretada, após transitada em julgado a sentença penal condenatória, pois resguarda a segurança jurídica, não só para o indiciado, e futuro réu, mas também, para a população como um todo, pois impede arbitrariedade estatal, permitindo o contraditório e a ampla defesa, bem como a colheita de provas pelos métodos coerentes e lícitos.

Neste diapasão, é que o acordo não persecutório se insere, prejudicando o direito ao acusado de ser considerado definitivamente culpado, somente após sentença definitiva, se comprometendo com tal requisito com a finalidade de angariar benefícios por parte do Estado, como a não taxação para fins de antecedentes criminais. Denota-se, no entanto, a compulsoriedade em aceitar o negócio, por parte do acusado, possuindo por vantagem a legalidade e a voluntariedade em aceitar a proposta, já formulada, sem que seja pactuada em todos os seus termos.

Partindo do método bibliográfico e documental, com tendência a livros doutrinários e artigos para embasamento do tema, além da pormenorização feita com a busca do método qualitativo, a fim de formar conceito e crítica a respeito da confissão, em sua forma inconstitucional, o presente trabalho aborda a vertente histórica-descritiva, apresentando a evolução do direito penal às medidas alternativas da pena, concentrando-se, ao final, no acordo de não persecução penal.

O tema é de suma relevância para aflorar debates acerca do negócio jurídico implementado no código de processo penal, em seu artigo 28-A, possibilitando análise de sua futura repercussão jurídica, acrescendo aos conceitos da comunidade acadêmica com conteúdo inovador e atual. Objetivando, ainda, demonstrar a inconstitucionalidade material da confissão, da maneira em que ocorre e analisá-la no sistema penal vigente, além de apresentar as mutações sofridas pela persecução penal no Brasil.

2 A EVOLUÇÃO DO PROCESSO PENAL ÀS MEDIDAS ALTERNATIVAS DA PENA

A pretensão punitiva do Estado decorre da ação delituosa ocasionada por pessoas que violam as leis penais existentes, doravante há a transformação do direito de punir em abstrato para o *ius puniendi in concreto*. A pretensão do Estado em ver punir os infratores, por si só, demonstra insuficiência para resolução do conflito, pois é fundamental a aplicação de uma punição ao criminoso, assim como deve haver todo um procedimento para a sua aplicação, sendo impossível a imposição da pena de maneira arbitrária, como explica Lima (2017, p.37) “Apesar do Estado ser titular do direito de punir, não se admite a imposição imediata da sanção sem que haja um processo regular, assegurando-se, assim, a aplicação da lei penal ao caso concreto, consoante as formalidades prescritas em lei, e sempre por meio dos órgãos jurisdicionais”. O processo penal será o instrumento estatal para haver a punição da maneira mais adequada ao criminoso, sempre possuindo como pilar a Constituição, fazendo valer o Estado Democrático de Direito e uma clara distinção entre a democracia e o autoritarismo.

Tendo em vista esse impasse existente entre o *ius puniendi* estatal e os direitos fundamentais, no momento da aplicação das sanções sobre os indivíduos, faz-se mister a compreensão da estrutura da persecução penal brasileira para detectar, no ordenamento jurídico criminal, onde se insere o acordo celebrado entre Ministério Público e o indiciado. Diante do exposto é válido ressaltar a existência de três sistemas que norteiam o processo penal: o inquisitorial, acusatório e o francês, também conhecido por misto (adotado pelo Brasil).

O primeiro sistema, o inquisitorial, é caracterizado pela inexistência do contraditório e de ampla defesa, concentrando na mão de uma única pessoa, conhecido como juiz inquisidor, o poder de acusar, defender e julgar. Foi adotado pelo direito canônico a partir do Século XIII e posteriormente foi amplamente aderido pelo continente Europeu ficando bem explícito seu funcionamento pela Inquisição, prática que consistia na acusação e julgamento pela Igreja Católica de pessoas taxadas como hereges. É evidente a violação da imparcialidade na figura do juiz inquisidor, pois atua em diversos polos, inclusive opostos, no qual cairá sobre sua responsabilidade, denotando a inegável confusão existente na ação de acusar e simultaneamente decidir sobre a culpa do acusado, uma vez que o acusador fica iníquo ao seu resultado.

O processo inquisitório confere ao juiz amplos poderes probatórios, com o intuito de encontrar uma verdade absoluta, por isso tamanho poder concedido, uma vez que pouco importa como ocorrerá a obtenção da prova e em qual momento deverá ser invocada, pois o acusado é um mero objeto processual, não possuindo direito algum. Embasado

nesse pensamento, era admitida a tortura do infrator como meio de obtenção da verdade real, Lima (2017, p. 39) afirma que “A gestão das provas estava concentrada, assim, nas mãos do juiz, que, a partir da prova do fato e tomando como parâmetro a lei, podia chegar à conclusão que desejasse”.

A fundamentação para a arbitrariedade estatal era a efetividade da justiça, vez que se dava de maneira rápida e garantia segurança para a sociedade, pois o suposto delinquente era isolado, preso, somado ao fato de, como era negada a sua participação no curso processual, **não haver maneira** de sair impune ao delito cometido, ou supostamente cometido, tendo em vista que em muitos casos haviam condenações duvidosas, proferidas mediante o uso de provas obscuras. Nestor Távora (2019, p.55) explica:

O réu, mero figurante, submete-se ao processo numa condição de absoluta sujeição, sendo em verdade mais um objeto de persecução do que sujeito de direitos. É que, conforme esse sistema, os direitos de um indivíduo não podem se sobrepor ao interesse maior, o coletivo.

O segundo sistema persecutório denomina-se acusatório, distinguindo-se do anterior por possibilitar a desconcentração do poder de acusar, defender e julgar, ou seja, há divisão de funções entre partes distintas, garantindo assim igualdade e, conseqüentemente, imparcialidade, possuindo como base o princípio da ampla defesa e da publicidade. Se caracteriza por ser oral e público, além de garantir ao acusado a presunção da inocência que, diferentemente do inquisitorial, garante a liberdade durante todo o processo, em regra. A separação das funções processuais fez com que a obtenção das provas exclusivamente e abusivamente pelo magistrado fosse afastada. No referido sistema prevalece a produção de provas pelas partes de maneira igualitária, ficando a cargo do juiz garantir os direitos e liberdades fundamentais, e mesmo que o magistrado possa intervir, no ato da instrução, às partes cabe o encargo das provas:

Ainda que se admita que o juiz tenha poderes instrutórios, essa iniciativa deve ser possível apenas no curso do processo, em caráter excepcional, como atividade subsidiária da atuação das partes (LIMA, 2017, p. 40).

O último sistema de persecução penal é o francês, ou misto, possuindo duas fases distintas. A primeira fase, denominada pré-processual, é inquisitorial, contudo, não ocorre de forma pura, tendo por único objetivo a apuração da autoria delitiva, sendo um

procedimento sigiloso e sem a possibilidade da ampla defesa (podendo, no entanto, ser monitorado por defesa técnica instituída pelo acusado), como ocorre, por exemplo, no Inquérito Policial. A segunda fase, a processual, tem caráter acusatório, pois ocorrerá a acusação perante o juiz o qual deve garantir a defesa do acusado para proferir uma decisão sobre o caso, com respeito ao devido processo legal, bem como ao contraditório e a ampla defesa. Notória também é a distinção entre o órgão que acusa e o que julga, bem como a oportunidade à defesa técnica do acusado, o que favorece a imparcialidade. Vale dizer que o sistema penal adotado pelo Brasil é o misto, e o sistema adotado em seu respectivo processo penal é o acusatório, expresso na Constituição Federal, em seu artigo 129, inciso I, delegando ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública e conferindo ao juiz o gerenciamento do processo penal impedindo atitudes prejudiciais aos atuantes processuais.

Nesse diapasão é que se inclui o ANPP, tendo em vista as características do acordo em estudo, sendo a aceitação das propostas e a confissão um meio de alternativa a denúncia e posteriormente o cumprimento da pena, outorgado pelo promotor de justiça, fica evidente a origem de um novo sistema, pois não há a figura de juiz inquisidor e tampouco o oferecimento da denúncia. Assim, encerrada a fase inquisitorial, o Ministério Público poderá dispor da ação em face da justiça consensual, oferecendo acordo de não persecução, evitando o início de um processo, por vezes, moroso, e poupando gastos, tendo em vista a possibilidade do acusado ser, após todo o tramite processual, posto em liberdade, quando por meio de negócio jurídico, tal situação ocorreria antes mesmo de ser movimentado o tradicional rito processual, com conseqüente desgaste econômico.

O progresso do sistema penal pode ser analisado sobre várias perspectivas, possuindo como ponto primordial a inovação e adaptação conforme a sua necessidade. Cunha (2020) traz consigo uma perspectiva diferente sobre essa evolução, analisando sob o aspecto de cinco velocidades, baseadas nas ideias de Jesús-Maria Silva Sánchez, contida em sua obra denominada “*La Expansión del Derecho Penal*”.

A autora define como a primeira velocidade do Direito Penal, o cárcere, portanto, a pena é a última medida a ser aplicada, quando adentrada em seara criminal, sendo ela a regra dotada pelo Brasil, considerando que a justiça negociada ainda está sendo formada. A segunda velocidade apresenta-se essencialmente contrária à anterior, tendo em vista que estabelece medidas alternativas à pena privativa de liberdade, no Brasil pode ser verificada a partir da lei 9.099/95, conhecida por ser a Lei dos Juizados Especiais, através dos institutos da transação penal e suspensão condicional do processo.

A terceira velocidade possui como norte o direito penal do inimigo, teoria criada por Günther Jakobs, distinguindo o cidadão do infrator, este não sendo sujeito de direitos podendo ser vítima de métodos cruéis para a obtenção da verdade como a tortura. Possui

aplicabilidade conferida na lei do abate, lei 9.614/98, que permite a derrubada de aeronaves desconhecidas no espaço aéreo brasileiro. Considerada híbrida, por possuir duas vertentes, a primeira que visa como último fim a pena de prisão, decorrente da primeira velocidade, e a segunda vertente prevendo o afastamento de determinadas garantias penais e processuais do indivíduo, extraída da segunda velocidade.

A quarta velocidade é conhecida como neopunitivismo que é caracterizado pela prática de um sistema penal de um Estado sobre o outro, ou seja, ocorre um julgamento de um determinado país, a partir do embasamento legal e normativo de outro país, ou grupo de países, uma evidente violação da soberania. Tal prática foi perceptível no julgamento da Alemanha Nazista perante o Tribunal Internacional de Nuremberg, pelos países vitoriosos da Segunda Guerra Mundial.

Por fim, a quinta e última velocidade, tem seu foco na coletividade na qual não se deve analisar o individual, devendo ser ultrapassada a esfera do particular para abranger bens jurídicos transindividuais e possuir um olhar mais amplo, como a proteção ao meio ambiente. Tal ideia foi criada pelo professor penalista Günter Stratenwerth, podendo ser observado a aplicação dessa ideia no ordenamento brasileiro com a lei 9.605/98 que preserva o meio ambiente e a lei 8.069/90 que criou o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Visto isso, enquadra-se, o acordo de não persecução, nos anseios da segunda velocidade do direito penal, por ser método nitidamente despenalizante e ocasionar cessão de direitos por parte do acusado, entretanto, tal cessão não pode ser explanada como anormal, dada a característica da justiça consensual ceder direitos frente a outros direitos, como forma de ponderação e negociação, visando algo maior e mais benéfico.

3 A LEGALIZAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

A constitucionalização do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) se deu através da lei 13.964/19, intitulada de Pacote Anticrime, que em seu artigo 3º atribuiu ao Código de Processo Penal (CPP) o artigo 28-A que disciplina toda a matéria de não persecução em âmbito pré-processual penal. Antes o referido instituto era regulamentado pelas Resoluções 181/2017 e 183/2018, ambas do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), o que gerava sérias discussões quanto à sua aplicação, tendo em vista a ausência de amparo legal para dar suporte e reger a matéria procedimental.

O Pacote Anticrime foi concebido diante da crescente impunidade dos agentes delituosos por consequência de vários motivos, inclusive por serem agraciados pela prescrição decorrente da demora em processar e julgar os casos. Assim, a realização do

ANPP, demonstra uma possível redução dos problemas que cercam o Poder Judiciário, enxugando as demandas processuais que, conseqüentemente, poupará dispêndio público para toda a instrução criminal, em decorrência da sua irrelevância, vez que o conflito será previamente resolvido mediante o consenso entre o acusador e o acusado.

A nível internacional cabe ressalva à Resolução 45/110 da Organização das Nações Unidas (ONU), denominada Regras de Tóquio, prevendo a adoção de medidas despenalizadoras ainda na fase pré-processual, conforme o item 5.1 da Resolução (ONU, 1990):

Sempre que adequado e compatível com o sistema jurídico, a polícia, o Ministério Público ou outros serviços encarregados da justiça criminal podem retirar os procedimentos contra o infrator se considerarem que não é necessário recorrer a um processo judicial com vistas à proteção da sociedade, à prevenção do crime ou à promoção do respeito pela lei ou pelos direitos das vítimas. Para a decisão sobre a adequação da retirada ou determinação dos procedimentos deve-se desenvolver um conjunto de critérios estabelecidos dentro de cada sistema legal. Para infrações menores, o promotor pode impor medidas não privativas de liberdade, se apropriado.

Visível é que o mecanismo internacional prevê medidas não privativas de liberdade sem desconsiderar a singularidade de cada Estado e, embora tenha caráter de *soft law*, ou seja, norma não obrigatória de relevante saber jurídico, o Brasil ao incorporar o acordo de não persecução, abraça a Resolução 45/110 da ONU, vez que se utiliza de método alternativo à privação da liberdade.

A fase pré-processual penal brasileira, considerada por Lopes Júnior (2020) de fase inquisitorial, encerra-se com a conclusão do inquérito policial (IP), mediante relatório feito pelo Delegado de Polícia, que terá encaminhamento ao órgão ministerial para adotar a medida que achar cabível, sendo ela optar pelo arquivamento do feito; solicitar novas diligências junto à autoridade policial, para complementação das investigações; ou oferecer a denúncia, em caso de satisfação do IP, por garantir indícios suficientes de autoria e materialidade do fato delituoso para que o Ministério Público (MP) possa peticionar e dar início à ação penal.

A lei 13.964/19 possibilita ao MP propor também o ANPP, tornando-se uma quarta possibilidade à adoção das medidas anteriormente mencionadas, sendo adotado logo após o recebimento do IP e antes da instauração do processo penal. De acordo com o *caput* do artigo 28-A do CPP (BRASIL, 1941), após a conclusão do IP, não sendo caso de arquivamento, pois assim não se tem a perda do objeto, contudo, antes do ofere-

cimento da denúncia, evitando a instauração do processo, o *parquet* poderá oferecer acordo não persecutório. Sua propositura poderá ser em qualquer delito, desde que com ausência de violência ou grave ameaça, inclusive cabendo para delitos que envolvam a Administração Pública e em se tratando da seara eleitoral. Além disso, estabelece que a pena mínima para o delito cometido, seja inferior a 4 anos, para que coincida com o limite aplicado às penas diversas da privativa de liberdade, podendo ainda sofrer redução de 1/3 a 2/3, estabelecida no ato da negociação, além disso, no quantum mencionado, considera-se as causas de aumento e diminuição da pena.

É forçoso destacar a seletividade ocasionada pelo acordo, pois ao ser implementado seleciona os casos que passarão pelo trâmite tradicional do devido processo legal, dos casos que poderão se submeter ao método desburocratizado do negócio jurídico. Contudo, a destinação primordial do pacto penal interpartes é satisfazer as finalidades do direito penal, são elas a reprovação e a prevenção dos crimes, assim, independentemente do uso de medidas privativas da liberdade, o que se torna mais relevante é a efetividade da ressocialização, sendo necessário e suficiente para tanto, atentando a proporcionalidade.

Portanto, o *caput* do artigo 28-A, traz requisitos cumulativos à existência do acordo, a ausência de um gera impossibilidade da realização consensual para pacificação do problema, em síntese são: não ser caso de arquivamento; o investigado deverá confessar o crime formal e circunstancialmente; o delito cometido deverá ter a ausência de violência e grave ameaça; o delito deverá ter pena mínima inferior a 4 anos; e o ANPP deverá ser necessário e suficiente à reprovação e prevenção do crime. Depreende-se, no entanto, curiosidade quanto a confissão, expressamente prevista e como requisito cumulativo, onde a sua inexistência ocasiona a perda da possibilidade de negociar na seara penal, denotando essência ao dispositivo legal.

Os incisos do *caput* do artigo 28-A do CPP, estabelecem as condições que poderão ser impostas no acordo, condições estas com teor alternativo (podendo escolher uma ou outra) ou com teor cumulativo (podendo adotar duas ou mais condições), são elas:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de

1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. (BRASIL, 1941).

O inciso V apresenta a qualidade de rol discricionário das condições elencadas para o acordo não persecutório, podendo o MP estipular outra condição, por prazo determinado, desde que atente à proporcionalidade, averiguada no casuístico. Ainda, do mesmo inciso, decorre o encargo do MP em reduzir de 1/3 a 2/3, no ato negocial, muito embora seja competência da Vara de Execução Penal a aplicação de tal medida.

Trata-se de procedimento e não processo, haja vista não ter a presença da denúncia, dando início à ação penal, e conseqüentemente ser de cunho investigatório administrativo, sem a figura clássica do juiz, réu e promotor. Não implica dizer em total ausência dos três atores principais do processo penal, porém, trata-se de atribuição nova a cada um deles, considerando a formação da justiça consensual, onde todos cooperam à medida de suas capacidades, cedendo direitos em troca de outros direitos.

Ocorre que, após as deliberações entre promotor e indiciado (diferentemente de réu, qualidade esta atribuída quando há o processo), o acordo deverá ser homologado pelo juiz competente, que deverá analisar a voluntariedade e a legalidade. Além disso, incidirá sobre os processos em curso, quando da vigência da lei 13.964/19, visto que é benéfico ao réu, retroagindo ao fato, conforme artigo 5º, inciso XL, da Constituição da República. Ao final, para que seja fiscalizado o cumprimento do negócio jurídico, o Juízo da Vara das Execuções Penais é quem terá a competência respectiva, dando início a partir da entrega do contrato por parte do órgão ministerial.

4 A JUSTIÇA CONSENSUAL FRENTE À INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DA CONFISSÃO

Com a nova previsão legislativa do ANPP, notória é a sua incidência em mais de 70% dos crimes penais, aumentando o arcabouço jurídico quanto à justiça negociada, indo além do que existe na lei 9.099/95 ou no negócio jurídico referente à colaboração

premiada. Porém, o requisito da confissão formal e circunstancial é algo que vem causando incômodo no momento da aplicação do acordo de não persecução penal, vez que denota desnecessidade e consequente inconstitucionalidade material.

Os acordos em âmbitos penais, tais como a transação penal e a suspensão condicional do processo, já sofriam duras críticas quanto ao seu caráter de contrato adesivo, por findar com imposição unilateral da vontade, restando ao possível beneficiário a aceitação dos termos preexistentes e formalizados, o que é oposto à cultura da justiça consensual. No entanto, agrega-se a tal estrutura de críticas e divergências, a confissão como requisito para que o acordo não persecutório seja devidamente homologado pelo juízo competente.

O consenso jurídico penal, embora trate de relativizar direitos e garantias fundamentais, não há de se falar em ofensa ao Estado Democrático de Direito, vez que tal relativização está cedendo lugar a outros direitos e garantias, observando a necessidade do caso concreto. O *parquet* se absterá de promover a ação penal pública, a qual é titular, tendo em vista que é atribuição privativa do órgão, delegada pela Constituição, conforme artigo 129, inciso I, da Constituição da República, fracionando, inclusive, a obrigatoriedade da ação penal em prol do princípio da oportunidade, dando leve grau de disponibilidade à ação.

Entretanto, a confissão, como requisito para barganha entre órgão acusador e o sujeito acusado, prejudica o direito ao silêncio, previsto no artigo 5º, LXIII, da Constituição da República (1988), assegurando ao preso o direito de permanecer calado com a devida assistência familiar e de defesa técnica. O mencionado dispositivo tem suas origens na Convenção Americana de Direitos Humanos e possui a regra do *nemo tenetur se detergere*, assim, ninguém será obrigado a depor contra si produzindo provas, evitando a autoincriminação. Cumpre ressaltar a colisão com direito constitucionalmente previsto, em seu aspecto material.

Outro aspecto material da Constituição violado, que pode ser notadamente argumentado, refere-se ao princípio da Dignidade Humana, contido no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República, pois, sendo ele a base de todo o Estado Democrático de Direito, tratando os indivíduos como sujeitos de direito dentro do âmbito persecutório penal, não mais como objeto, a confissão como cessão necessária por parte do indiciado apresenta-se como fundamento à instauração da ação penal, tornando-se verdade real, por assim dizer, finda por tornar objeto o indivíduo, servindo apenas aos caprichos do *ius puniendi*.

Contudo, embora o acusado possa optar em aceitar ou não o negócio (requisito da voluntariedade, analisado no momento da homologação), estará o mesmo adstrito às imposições contraídas no acordo que, ao aceitá-las, estará automaticamente confessan-

do o delito, podendo fazê-lo não só por questões de ser de fato o autor do crime, mas pelos benefícios que se angaria ao momento do oferecimento do ato formal não persecutório, tal como a não formação de antecedentes criminais, para fins de reincidência, ou o fato de não haver punição com pena privativa de liberdade.

A confissão, por sua vez, não é averiguada no momento da ratificação judicial, pois seria entrar no mérito da causa e ao homologar o acordo, o Judiciário apenas analisa as condições de legalidade e voluntariedade, reafirmando a necessária dispensa da confissão em fase pré-processual, a nível de ANPP, já que é trabalhada em fase processual, a título de mérito, demonstrando ferimento ao artigo 8º, §2º, da Convenção Americana de direitos Humanos, recepcionada pela Constituição Federal brasileira, ao trazer o devido processo legal como forma devida de averiguação de culpa, conseqüentemente preservando também a presunção da inocência.

A Declaração Universal de Direitos Humanos aprovada pela ONU, em seu artigo 11 afirma:

Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

A formalização do acordo, necessariamente se dá por escrito, devendo conter não somente a presença do MP e acusado, mas também da defesa técnica para a efetividade do contraditório e ampla defesa. Embora devidamente acompanhado, as reais consequências jurídicas são perceptíveis no momento da confissão, em que o acusado declara culpa, ferindo o princípio constitucional da presunção da inocência, antecipando a culpa ao período pré-processual, desconsiderando a sua averiguação mediante o devido processo legal, com a sentença transitada em julgado.

A eficácia de uma norma jurídica necessita estar de acordo com alguns requisitos, destacando-se entre eles a existência de possível vício na sua origem que caso seja confirmado irá gerar uma inconstitucionalidade formal ou material. A diferença entre ambos se dá no local do vício, pois enquanto o primeiro é notado em sua origem, o segundo a inconstitucionalidade ocorre na matéria da lei, ou seja, na essência da lei.

O vício formal ocorre quando em algum momento do trâmite legal há uma violação aos pressupostos e do procedimento solene, ou seja, ocorreu uma transgressão a guisa na formação da lei, o vício nesses casos, ocorrem no ato dos pressupostos, no procedimento de formação ou na sua forma final (Mendes, 2018).

O vício material acontece na medida que a lei se torna incompatível, através de uma

violação ao integrado na *Lex Legum* ou então a algum princípio fundamental protegido por ela. Axiomático o encaixe da inconstitucionalidade material no âmbito do ANPP, uma vez que um de seus requisitos para sua validade é a confissão do indiciado, medida notoriamente contrária a presunção da inocência aderida pela Carta Magna.

Esse princípio é um norteador do direito brasileiro, pois através dele há uma cisão dos excessos do Estado com o cidadão, possibilitando uma busca pela verdade sem a violação dos preceitos fundamentais. O Brasil por acolher o sistema misto na sua persecução penal apenas reforça o quão necessário é este princípio para realização da justiça, demonstrando assim uma arbitrariedade do legislador ao prever a confissão como condição com o intuito de garantir um benefício para as partes.

Demonstrada a abusividade quando se nota o quão é desnecessário a confissão no ANPP, uma vez que a finalidade de tal instrumento é a agilidade processual para crimes pequenos somado a intenção de uma ressocialização do delinquente, fatos independentes da necessidade da manifestação compulsória do acusado.

A justiça negocial caracteriza-se por um acordo justo entre as partes visando uma substituição da pena, notada a eficácia prática na transação penal e na suspensão condicional do processo executada nos Juizados Especiais Criminais que não tem a confissão como indispensável para sua oferta, logo, malgrado o ANPP ter como destaque os requisitos de uma negociação judicial ela se evidencia por possuir uma inconstitucionalidade material, violadora de um princípio ponderoso no ordenamento jurídico desnecessariamente, afinal a confissão não é critério para validade de um acordo jurídico.

Cumprе ressaltar que a confissão como requisito, assemelha-se com a rainha das provas, potencializando a busca incessante da verdade real às custas da desjudicialização dos atos, entretanto, na confissão em si, o acusado reconhece os fatos, sem, no entanto, ter ciência plena das consequências jurídicas. Ao confessar o delito, está se admitindo culpa, o que vai além do reconhecimento do casuístico, porém, na justiça consensual, essa autoacusação não é essencial, sendo necessária apenas a convenção interpartes.

Ainda, ocasionará disparidade entre os integrantes do procedimento, pois a acusação possuirá maior vantagem sobre o acordo, que uma vez extinto por qualquer motivo, que não por cumprimento integral do negócio jurídico, o membro do Ministério Público deverá oferecer a denúncia de imediato, com a finalidade de instauração do processo penal, podendo se utilizar da confissão como embasamento ao seu pleito, como consequência jurídica, de certo modo, não visualizada em primeira mão, se tem a não possibilidade de celebrar suspensão condicional do processo, embora não incida a sanção em forma de *astreintes*, para o descumprimento, a imediata instauração da ação penal corresponde a tal punição possuindo efeitos jurídicos bem maiores que o mero pagamento da multa, considerando a vantagem do órgão acusador pela obtenção de tal requisito, muitas vezes

impensado, devidamente analisado apenas com um processo instrutório.

O que denota agravamento à situação ora analisada, é a suspensão do denominado juiz das garantias, mediante liminar, situado no artigo 3º-B do CPP, pois seria o responsável pela homologação do procedimento do negócio de não persecução penal, com vistas a julgar eventual ilegalidade ou coação para obrigar o acusado a aceitar o acordo, diferentemente do juiz responsável pela instrução criminal, que tratará do mérito, onde só então poderá trabalhar a confissão.

Sem a figura do juiz das garantias, conseqüentemente o magistrado que analisa o ANPP será o mesmo de eventual instrução, em caso de o *parquet* oferecer a denúncia pelo não cumprimento do instituto aplicado ao acusado. A distinção de atribuições reforça a ideia de, no ato da homologação do acordo, ser examinado unicamente a voluntariedade e a legalidade do ato, tendo em vista o disposto no artigo 28-A §6º, do CPP, quanto à monitoração do acusado ao cumprimento efetivo do negócio, ser de competência da Vara da Execução Penal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O acordo de não persecução penal é instituto inovador no âmbito jurídico brasileiro, principalmente por enriquecer o setor penal com nova forma para dirimir conflitos, ainda mais em uma área que pouco possibilita a disponibilidade de direitos. Muito embora prometa satisfazer os anseios sociais, de ver punir os infratores e resguardar a boa reputação do Poder Judiciário, um impasse pode ser observado quando da feitura do ANPP, sendo ele quanto à confissão, expressamente contida no *caput* do artigo 28-A do CPP, com a qualidade de cumulativo aos demais requisitos, tornando-se essencial e indispensável à feitura do mencionado negócio jurídico.

Contudo, a confissão denota irrelevância para constituição da barganha, tendo em vista se tratar de contrato consensual e como tal a necessidade maior se faz no momento do acordo de vontades, devidamente pactuadas, quanto a determinadas questões imputadas ao acusado. Além disso, visível é a possível forma de contrato de adesão, restando ao indiciado aceitar o que lhes foi unilateralmente oferecido.

No ato de homologação do acordo, o magistrado deverá, unicamente, averiguar a voluntariedade, para impedir eventual coação em prol da realização não consentida do acordo, bem como a legalidade do referido contrato. Assim, eventuais problemas referentes à confissão serão analisados no bojo de processo penal, mediante fase instrutória, reforçando a ideia falida do requisito logo em momento inicial para formalização do pacto interpartes.

As efetivas conseqüências do acordo somente poderão ser notadas ao longo do tem-

po, dado o seu teor inovador, requerendo aplicação. Então, a confissão e seus possíveis efeitos, somente poderá apresentar maior incomodo e demandar atenção, à medida de sua utilização diária. Entretanto, sua propositura como está, poderá angariar prejuízos, principalmente ao acusado que precisa admitir culpa, objetivando adquirir benevolência estatal. Portanto, a confissão como requisito essencial à homologação do acordo pelo Judiciário não possui utilidade constituída de forma legal.

MATERIAL UNCONSTITUTIONALITY OF CONFESSION IN THE CRIMINAL NON-PERSECUTION AGREEMENT

ABSTRACT

The non-criminal prosecution agreement was dependent on the criminal procedure code through Law 13964/19, with the aim of improving the negotiated justice and favoring the fulfillment of demands in order to generate more effective punishment. However, a problem took over, namely confession as a requirement for the conclusion of the agreement between the Public Prosecutor and the accused, which denotes unconstitutionality for this purpose, in view of its notorious needlessness, gaining an advantage to the parquet in possible prosecution. Starting from the bibliographic and documentary method, the present work will present how the unconstitutionality of the material confession occurs, starting from the analysis of the historical evolution of the criminal process to the insertion of the agreement in the Brazilian legal scope, in order to show the addiction without the requirement of confession. So, although it is an innovative institute, the discussion is valid, considering that it will cause practical legal effects over time.

Keywords: Confession. Public Ministry. Non-Persecution Agreement. Consensual Justice.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 mar. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado-

htm. Acesso em: 11 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.099%2C%20DE%2026%20DE%20SETEMBRO%20DE%201995.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20Juizados%20Especiais%20C%C3%ADveis%20e%20Criminais%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias. Acesso em: 11 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 2 abr. 2020.

CNJ. **Regras de Tóquio**: Regras Mínimas Padrão das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade. CNJ, 2016: Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38-2.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2020.

CUNHA, R. S. *et al.* (coord.). **Acordo de Não Persecução Penal**: Resolução 181/2017 do CNMP com alterações feitas pela Resol. 183/2018. 3. ed. rev., amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Brasa**, 2013. Disponível em: https://brasa.org.br/declaracao-universal-dos-direitos-humanos/?gclid=Cj0KCQjw8fr7BRDSARIsAK0Qqr7KX0jnkgcZ87ydjchR_oYyb8Yb5K3T-T9jI7u8dzh1sfavoYBxLIAaAs56EALw_wcB. Acesso em: 05 out. 2020.

LIMA, R. B. **Manual de Processo Penal**. 5. ed. rev., amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

LOPES JÚNIOR, A. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

SÁNCHEZ, J. M. **La Expansión del Derecho Penal**: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. rev. e amp. Madrid: Civitas, 2001

TÁVORA, N. **Curso de Direito Processual Penal**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO
COMO ÓRGÃO INTERVENIENTE NOS
PROCESSOS JUDICIAIS CÍVEIS
REFERENTES AO SEGURO DPVAT

*THE ROLE OF STATE PROSECUTION
AS CUSTOS IURIS IN DPVAT INSURANCE
LEGAL PROCEEDINGS*

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO ÓRGÃO INTERVENIENTE NOS PROCESSOS JUDICIAIS CÍVEIS REFERENTES AO SEGURO DPVAT¹

*THE ROLE OF STATE PROSECUTION AS CUSTOS IURIS IN DPVAT
INSURANCE LEGAL PROCEEDINGS*

Manuel Lima Soares Filho²

RESUMO

O Seguro DPVAT diferencia-se dos seguros privados, possuindo função social ao proporcionar cobertura para vítimas de acidentes automobilísticos, possibilitando indenizações por despesas médicas e danos pessoais. Contribui, ainda, com a política nacional de trânsito e aporte à saúde pública. A importância deste estudo cinge-se à necessidade de firmar a atuação do Ministério Público na matéria. Assim, traçou-se o panorama histórico-legal do seguro e dos temas debatidos nas ações judiciais correspondentes. Constatou-se a compatibilidade da atuação do Ministério Público visando ao resguardo do interesse social, a propiciar a efetividade do direito com a finalidade de realizar justiça.

Palavras-chave: Seguro Obrigatório. DPVAT. Interesse Social. Ministério Público. Fiscal da Ordem Jurídica.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Cidadã, como ficou conhecida a Carta promulgada em 1988, anunciou um novo ciclo político através de um amplo acordo. A partir da conciliação nego-

¹ Data de recebimento: 09/11/2020. Data de Aceite: 23/11/2020.

² O autor é Doutorando em Direito e pós-graduado em Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI pela Universidade de Coimbra. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Pesquisador nas áreas de filosofia política, história social, direito constitucional, direitos fundamentais, direito à saúde, atuação do Ministério Público. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Ceará. Membro do Corpo Docente e do Conselho Editorial da Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público/CE. E-mail: soaresml@uol.com.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3236887815860791>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6119-3577>.

ciada, trouxe a promessa de redimir o país das desigualdades, a promover justiça social.

O estudo ora apresentado, nesse sentido, enfoca o Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres (DPVAT), que tem por escopo amparar pessoas acidentadas. Procura destacar aspectos legais e, com esteio na doutrina e na jurisprudência, avaliar questões processuais enfrentadas pelas vítimas de acidentes automotores que buscam o respectivo adimplemento.

É inegável que o seguro DPVAT possui características intrínsecas que o diferencia dos seguros de natureza privada, possuindo função social ao buscar ampla cobertura para as vítimas de acidentes automobilísticos a possibilitar indenizações diversas, compreendendo danos pessoais, inclusive morte e incapacidades, bem como despesas médicas e suplementares. Ademais, o seguro contribui com a manutenção da saúde pública e a política nacional de trânsito, o que se entende também por função social.

Dessa feita, a abrangência social do seguro DPVAT é motivadora da atuação do Ministério Público nas ações judiciais decorrentes, por sua missão institucional de defesa da ordem jurídica, dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme o regime democrático em vigor. Tudo isso, visando ao asseguramento do cumprimento da Lei que busca atender as vítimas de acidentes de trânsito e seus familiares, a repercutir coletivamente.

2 CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DO SEGURO POR DANOS PESSOAIS CAUSADOS POR VEÍCULOS AUTOMOTORES (DPVAT)

O Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres – DPVAT é uma modalidade de seguro de essencial importância devido os altos índices de acidentes. Todavia, embora relevante, não é conhecido por boa parte da população.

O objetivo do seguro é amparar as vítimas de acidentes de trânsito ocorridos no Brasil, sem que, para isso, haja atualmente a necessidade de verificação de culpa, destinando-se a sua cobertura, exclusivamente, aos danos pessoais causados a motoristas, passageiros e pedestres, em caso de morte, invalidez permanente ou reembolso de despesas médico-hospitalares e suplementares.

Importante ressaltar que não estão cobertos pelo DPVAT (SUSEP, *online*):

1. Danos materiais (roubo, colisão ou incêndio de veículos);
2. Acidentes ocorridos fora do território nacional;
3. Multas e fianças impostas ao condutor ou proprietário do veículo e quaisquer despesas decorrentes de ações ou processos criminais; e

4. Danos pessoais resultantes de radiações ionizantes ou contaminações por radioatividade de qualquer tipo de combustível nuclear, ou de qualquer resíduo de combustão de matéria nuclear.

Trata-se de um seguro que emerge de uma demanda social, em decorrência dos seguidos riscos aos quais os cidadãos estão expostos cotidianamente, como desdobramento do constante tráfego de veículos e de pedestres, que concorrem em busca de espaço no caótico trânsito urbano. Sendo assim, a instituição deste tipo de seguro tem por objeto a cobertura de riscos relacionados ao trânsito cujas despesas resultantes dos sinistros ocorridos, muitas vezes, o condutor do veículo não teria condições financeiras de arcar por si só.

Com o Decreto-lei nº 73 de 1966 e o Decreto nº 61.867 de 1967, que o regulamentou, o seguro tornou-se mais robusto, exigindo ao proprietário de automóvel a contratação de um seguro de responsabilidade civil para garantir o ressarcimento dos danos provocados por seu uso e circulação (RCOVAT), estabelecendo que, a partir de 1º de janeiro de 1968, nenhum veículo poderia ser licenciado, sem a comprovação efetiva do seguro (art. 28 do Decreto nº 61.867).

Castello Branco (1971, *apud* SCARPASSA, 2007) destacava que, no período, tais seguros filiavam-se à teoria da culpa, já que “este ramo visa cobrir, como já dissemos, as obrigações contraídas em virtude de ato ilícito culposo pelo qual responda o segurado”.

No mesmo sentido, o Código Civil de 1916 prescrevia que a culpa era o fundamento da responsabilidade civil por ato ilícito no seu art. 159: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

Em trabalho referente, Juscelino Rodrigues Cabral (2010, p. 28) aduz que:

Na forma da lei muitas divergências surgiram a respeito do seguro, questões relacionadas principalmente ao fator culpabilidade e para amenizar essas divergências o governo edita o Decreto-lei 814 em 04 de novembro de 1969, que modificou completamente o seguro obrigatório de veículos, garantindo a partir de 1º de outubro de 1969, a reparação dos danos causados por veículo ou pela sua carga transportada a pessoas transportadas ou não, excluída a cobertura a danos materiais.

Pouco menos de dez anos após sua criação, esse Decreto foi substituído pela Lei nº 6.194, de 19 de setembro de 1974, atualizada pelas Leis nº 8441/92, 11.482/07 e

11.945/09. Assim, o seguro, que antes era vinculado à teoria da culpa, agora vincula-se à teoria do risco. Isso torna-se perceptível no art. 5º da referida lei que estatui “O pagamento da indenização será efetuado mediante simples prova do acidente e do dano decorrente, independentemente da existência de culpa, haja ou não resseguro, abolida qualquer franquia de responsabilidade do segurado”.

Portanto, a cobertura do seguro DPVAT não está vinculada nem mesmo à observância das “regras de trânsito, à medida que as indenizações devem ser pagas independentemente de apuração de culpa, pouco importando, igualmente, se a vítima é transportada, ou não, por um veículo automotor” (SCARPASSA, 2007).

Segundo Scarpassa (2007), o direito da vítima à indenização do DPVAT se mantém mesmo quando o nexo de causalidade não exista, tendo em vista a presença dos fatores de exclusão de responsabilidade – caso fortuito e força maior, por exemplo, bem como a culpa exclusiva da vítima e ato de terceiro -, assim como quando o veículo causador do dano não for identificado, ou mesmo quando não houver pagamento do prêmio devido. Da mesma maneira, se mantém o direito ao recebimento da indenização quando o veículo não está circulando, quando a vítima for o próprio condutor ou o proprietário do veículo responsável pelo pagamento.

Nesse ponto, Martins (2009, p. 25) destaca o seu marcante perfil de alcance social, ao afirmar que o seguro DPVAT, “diferentemente de outras espécies de seguro, é dotado de função social altamente relevante, sobretudo quando se analisa com requintes de detalhes os valores pertinentes a sua finalidade”.

Conforme Sérgio Cavalieri Filho (2003, p. 153):

Pode-se dizer que o seguro obrigatório deixou de ser caracterizado como um seguro de responsabilidade civil do proprietário, para se transformar em um seguro social em que o segurado é indeterminado, só se tornando conhecido quando da ocorrência do sinistro, ou seja, quando assumir a condição de vítima de um acidente automobilístico. Segundo o autor, o proprietário do automóvel, ao contrário do que ocorre no seguro de responsabilidade civil, não é o segurado, e sim o estipulante em favor de terceiro.

Assim, do caráter social que se lhe apresenta, o DPVAT ampara vítimas e familiares por meio de indenizações que emergem dos acidentes.

O art. 3º da Lei nº 6.194/74, em sua redação original, fixava o valor da indenização tendo por parâmetro o salário-mínimo vigente no País. Neste ponto, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se no sentido de que o art. 7º, inciso IV, da Carta Magna não vedaria,

a priori, a fixação do valor da condenação em múltiplos de salários mínimos, para os fins indenizatórios previstos na referida Lei, considerando, portanto, legítima a utilização do salário mínimo, pois tinha por finalidade apenas a expressão do valor inicial da indenização (ADPF nº 95/DF-MC).

De acordo com Filipe Coelho de Lima Duarte e Luiz Carlos de Santos Júnior (2015, p. 57):

Os valores das indenizações foram estabelecidos na Lei nº 11.482, de 31 de maio de 2007, sendo o seu teto R\$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais). Em caso de morte, a indenização é integral; para invalidez permanente, o valor pode ser integral ou proporcional, conforme percentual de incapacidade referente aos parâmetros estabelecidos na Lei n.º 6.194/1974, com as alterações dadas pelas Leis nº 11.482/2007 e nº 11.945/2009, e pela tabela de Danos Corporais Totais, constante do anexo daquela Lei, tendo como ressarcimento máximo a importância segurada vigente na época da ocorrência do sinistro; de até R\$ 2.700,00 se for a título de reembolso de despesas de assistência médica e suplementares

Portanto, o valor, que antes era indexado em múltiplos do salário mínimo vigente à época do sinistro, passou a ser limitado ao montante de R\$13.500,00 (treze mil e quinhentos reais) para os casos de invalidez permanente ou morte, sendo incabível a promoção do reajuste, por via judicial, para fins de recomposição valorativa.

Questionava-se a possibilidade de gradação da quantia a depender das lesões remanescentes do sinistro. A tese que prevaleceu, ao fim da discussão acerca da matéria, foi a seguinte: “a indenização do seguro DPVAT, em caso de invalidez parcial permanente do beneficiário, será paga de forma proporcional ao grau da invalidez” (Súmula nº 474/STJ).

Já o prêmio do Seguro DPVAT é fixado e revisado anualmente pelo Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), com base em estudos estatísticos e atuariais desenvolvidos pela SUSEP, a partir das informações encaminhadas pela entidade gestora do Consórcio DPVAT. Esse valor varia de acordo com a categoria de veículo (carros de passeio, moto, ônibus), mas não são levadas em consideração outras variáveis, que individualizem os riscos representados pelos veículos (como potência do motor, região de utilização, itens de segurança) e seus condutores (como idade, sexo).

Uma parcela dos recursos arrecadados é destinada à cobertura indenizatória das vítimas, cuja gestão é realizada pelo Consórcio DPVAT. Esse consórcio é constituído

por seguradoras autorizadas pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP). Em outras palavras, a gestão do Seguro DPVAT é realizada por regência de monopólio, não havendo, portanto, liberdade de contratação do seguro obrigatório.

Ademais, a saúde pública e a política nacional de trânsito recebem do seguro substancial aporte, o que demonstra sua outra função social. O Decreto nº 2.867/1998 estabelece que quarenta e cinco por cento do valor arrecadado pelo seguro DPVAT seja destinado ao Fundo Nacional de Saúde (FNS), para prover despesas com assistência médica e hospitalar das vítimas seguradas. Referido diploma legal também estabelece que cinco por cento do arrecadado seja destinado ao Departamento Nacional de Trânsito (DENATRAN) para aplicação na prevenção de acidentes. Os cinquenta por cento restantes são destinados à própria seguradora, visando ao pagamento das indenizações.

Em novembro de 2019, houve uma tentativa de extinção do seguro DPVAT por meio da edição da Medida Provisória nº 904, cuja exposição de motivos, a despeito de reconhecer o caráter social do seguro, trouxe como fundamento para o ato as fraudes relativas ao pagamento das indenizações, o alto custo regulatório, e a existência de políticas sociais a compensar a externalidade negativa causada às vítimas de acidentes de trânsito (acesso universal e gratuito ao SUS, pensão por morte concedida pelo INSS, Benefício de Prestação Continuada – BPC, conforme o caso).

Houve grande repercussão social em oposição à medida, porquanto a natureza do seguro obrigatório, como dito, diferencia-se dos demais seguros privados, possuindo clara função social ao amparar vítimas de acidentes de trânsito, muitas delas hipossuficientes, além de propiciar considerável aporte financeiro ao SUS, bem como ao DENATRAN, para a promoção de campanhas educativas de prevenção aos acidentes de trânsito.

Prontamente, o Supremo Tribunal Federal, instado a se manifestar por meio da ADI 6262, deferiu medida cautelar para suspender os efeitos da MP nº 904/2019. Como não foi convertida em lei pelo Congresso Nacional, perdeu a sua eficácia. Restou preservado, assim, o direito ao seguro obrigatório.

Em contrapartida, o prêmio do seguro DPVAT sofreu redução ao longo dos últimos anos e, de forma mais substancial, após a tentativa frustrada de sua extinção, por alegada distorção nos cálculos pretéritos que resultou em valores excedentes acumulados. A medida repercute, negativamente, não só na manutenção da saúde pública e da política nacional de trânsito, mas também na esfera dos segurados, que poderiam beneficiar-se, por exemplo, do reajuste de indenização máxima e do aperfeiçoamento das práticas administrativas necessários ao recebimento do benefício.

Por sua marcante característica social, o seguro obrigatório há de ser garantido àqueles que se enquadram nas hipóteses de cobertura, evitando-se retrocessos.

3 QUESTIONAMENTOS RECORRENTES NOS PROCESSOS JUDICIAIS CÍVEIS REFERENTES AO SEGURO DPVAT

Como visto, dada à adoção da teoria do risco, basta ao beneficiário do seguro DPVAT comprovar a ocorrência do acidente, envolvendo veículo automotor e os danos decorrentes, ou seja, o nexos causal entre ambos, independentemente da existência de culpa, haja ou não resseguro, abolida qualquer franquia de responsabilidade do segurado (art. 5º da Lei nº 6.194/74). Nesse ponto, o Superior Tribunal de Justiça reforça:

O seguro obrigatório de responsabilidade civil de veículos automotores decorre de imposição legal, em que, mesmo na situação de não pagamento do prêmio respectivo pelo proprietário do veículo, exsurge a obrigação de indenizar pelas seguradoras participantes do convênio, ressalvado o direito de regresso (REsp 163836/RS).

Na espécie, incide integralmente a Súmula nº 257 do Superior Tribunal de Justiça, a pronunciar que “a falta de pagamento do prêmio do seguro obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres (DPVAT) não é motivo para a recusa do pagamento da indenização”.

Na seara cível, raros são os processos judiciais em que há controvérsia quanto à ocorrência do acidente e o nexos causal entre as lesões apresentadas e o sinistro. O que se tem são múltiplos pleitos referentes ao recebimento de diferença entre a indenização paga, administrativamente, e a que os requerentes apresentam como devida em razão de incapacidade resultante do sinistro, mormente para as hipóteses de invalidez permanente.

O prazo prescricional, dada a clara natureza de seguro de responsabilidade civil, é o previsto no art. 206, §3º, inciso IX, do Código Civil, qual seja, três anos (súmula nº 405/STJ). Nos diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, consolidou-se o entendimento que referido prazo se inicia quando a vítima tem o conhecimento inequívoco de sua incapacidade (súmula nº 278), a depender de laudo médico, exceto nos casos de invalidez notória, ou naqueles em que o conhecimento anterior resulte comprovado na fase de instrução (súmula nº 573), podendo o prazo ser suspenso, enquanto o segurado recebe resposta administrativa (súmula nº 229). Nesse contexto, “não se tratando de invalidez permanente notória (amputação de membro, entre outros) ou naqueles em que o conhecimento anterior resulte comprovado na fase de instrução, merece ser afastada a prescrição” (STJ - AgInt no REsp 1660272/MG). Por pertinente à interpretação dos verbetes sumulares acima transcritos, traz-se à colação as palavras do

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino no REsp 1388030 (01/08/2014):

Essa questão deve ser contextualizada a realidade brasileira em que a maioria das vítimas se submetem a tratamento médico e fisioterápico custeado pelo SUS (Sistema Único de Saúde), que sabidamente é bastante demorado nesses casos em que não há mais risco de vida [...]. Para se afirmar que uma lesão é permanente, ou seja, sem perspectiva terapêutica, é necessário concluir pela inviabilidade de qualquer dos tratamentos disponíveis, o que não é possível sem conhecimentos médicos. Frise-se que não se pode confundir ciência da lesão (ou da incapacidade) com ciência do caráter permanente da invalidez, pois esta última só é possível com auxílio médico.

Assim, o termo inicial do prazo prescricional nem sempre coincide com a data do sinistro ou do tratamento imediato recebido.

Quanto aos pleitos dirigidos ao Poder Judiciário, é comum a inicial não estar instruída com laudo do Instituto Médico Legal a descrever a existência e quantificação das lesões permanentes (art. 5º, § 5º da Lei nº 6.194/74), a suscitar realização de perícia médica judicial para fins de comparação com o laudo da perícia administrativa. Referida prova é imprescindível ao exame do mérito, pois somente assim é possível aferir a lisura do pagamento realizado pela seguradora.

Dada a importância da prova, já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em reiteradas ocasiões, que a intimação ao exame pericial tem caráter personalíssimo, e exige comprovação nos autos, sendo anulável a sentença de improcedência cuja intimação não tenha logrado êxito por equívoco no endereço (TJCE - AP 0116618-27.2016.8.06.0001)³.

Neste ponto, impende destacar ser dever da parte e de seus procuradores “declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva”, presumindo-se “válidas as intimações dirigidas ao endereço constante dos autos, ainda que não recebidas pessoalmente pelo interessado, se a modificação temporária ou definitiva não tiver sido devidamente comunicada ao juízo” (art. 77, V e art. 274, parágrafo único do CPC/15). Então, a ocorrência de falha impeditiva da realização do ato não pode prejudicar a parte pelo não comparecimento à perícia médica agendada, caso não comprovada sua desídia.

³ Na mesma ocasião, pontuou-se que “a ausência de produção da prova não operou por desídia do autor, pois, em razão do equívoco na expedição da carta, sequer teve conhecimento da data agendada para sua realização”.

O cálculo da indenização por invalidez parcial permanente, hipótese mais corriqueira na prática, segue os parâmetros da Lei 6.194/74, levando-se em consideração as alterações legislativas posteriores, em especial com a edição das Leis nº 11.482/2007 e 11.945/2009.

Art. 3º [...]

§ 1º No caso da cobertura de que trata o inciso II do caput deste artigo, deverão ser enquadradas na tabela anexa a esta Lei as lesões diretamente decorrentes de acidente e que não sejam suscetíveis de amenização proporcionada por qualquer medida terapêutica, classificando-se a invalidez permanente como total ou parcial, subdividindo-se a invalidez permanente parcial em completa e incompleta, conforme a extensão das perdas anatômicas ou funcionais, observado o disposto abaixo: (grifou-se)

I - quando se tratar de invalidez permanente parcial completa, a perda anatômica ou funcional será diretamente enquadrada em um dos segmentos orgânicos ou corporais previstos na tabela anexa, correspondendo a indenização ao valor resultante da aplicação do percentual ali estabelecido ao valor máximo da cobertura; e

II - quando se tratar de invalidez permanente parcial incompleta, será efetuado o enquadramento da perda anatômica ou funcional na forma prevista no inciso I deste parágrafo, procedendo-se, em seguida, à redução proporcional da indenização que corresponderá a 75% (setenta e cinco por cento) para as perdas de repercussão intensa, 50% (cinquenta por cento) para as de média repercussão, 25% (vinte e cinco por cento) para as de leve repercussão, adotando-se ainda o percentual de 10% (dez por cento), nos casos de sequelas residuais.

A Medida Provisória nº 451/08, posteriormente convertida em Lei nº 11.945/09, trouxe para a legislação específica uma tabela orientadora do cálculo da indenização, sendo incontestável a aplicabilidade desta aos sinistros ocorridos após 16 de dezembro de 2008, data estabelecida pela referida norma para o início da produção de seus efeitos (art. 33, inciso IV, alínea “a”).

Para os acidentes com veículos automotores ocorridos antes da entrada em vigor da Medida Provisória 451/08, posteriormente convertida na Lei nº 11.945/09, a controvérsia jurisprudencial acerca dos critérios para o pagamento das indenizações por invalidez permanente foi dirimida pelo Superior Tribunal de Justiça, sob o rito do art. 543-C do

Código de Processo Civil de 1973, ao consolidar entendimento de que a “validade da utilização de tabela do CNSP para se estabelecer a proporcionalidade da indenização ao grau de invalidez, na hipótese de sinistro anterior a 16/12/2008, data da entrada em vigor da Medida Provisória 451/08”.

Assim, a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, inscrita no enunciado da súmula nº 474, consolidou-se no sentido de que “a indenização do seguro DPVAT, em caso de invalidez parcial permanente do beneficiário, será paga de forma proporcional ao grau da invalidez”.

Outra questão bastante recorrente é a relativa à correção monetária do quantum indenizatório. De acordo com o regramento, a indenização do seguro DPVAT deve ser paga no prazo de trinta dias da entrega dos documentos, sob pena de sujeitar-se à correção monetária e juros moratórios, conforme estabelece o artigo 5º, §1º e §7º, da Lei nº 6.194/74, desde a data do evento danoso, consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça registrado na súmula 580 e no REsp nº 1.483.620/SC, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos. Incide, portanto, quando demonstrada a mora da seguradora.

Uma vez delineada a questão legislativa e processual, passemos à análise da pertinência da atuação do Ministério Público na matéria.

4 DA NECESSÁRIA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO ÓRGÃO INTERVENIENTE

Ante o disposto no art. 127 da Constituição Federal de 1988, ao Ministério Público é incumbida a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Ademais, o art. 129, IX do mesmo diploma legal, determina que outras funções podem ser atribuídas ao órgão ministerial, desde que compatíveis com sua finalidade.

A Constituição de 1988 confere ao Ministério Público legitimidade para o ajuizamento de ações na tutela do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros direitos e interesses difusos e coletivos, cabendo-lhe ainda o zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos garantidos na Lei Maior. É a partir de comandos constitucionais que o Parquet recebe titularidade de aferição do interesse público e social a legitimar sua atuação. Assim lecionam Nery Junior e Nery (2006, p. 264):

Como defensor do povo (ombudsman), pode o MP ajuizar qualquer ação judicial para compelir os poderes públicos e os serviços públicos, bem como os particulares de relevância pública, a observarem

os direitos assegurados na CF, pois a CF 129 II o autoriza a promover as medidas cabíveis (judiciais e extrajudiciais) para tanto. [...] O MP é parte legítima para ajuizar ACP, não apenas na defesa dos direitos difusos e coletivos (CF 129 III), mas de outros direitos individuais. A CF 129 IX autoriza a lei infraconstitucional a cometer outras atribuições ao MP, desde que compatíveis com sua função institucional de atuar no interesse público, defendendo os direitos sociais e os individuais indisponíveis (CF 127 *caput*).

Conforme interpretação da Lei Maior, exsurge a valoração explícita, não só do interesse público, mas também do interesse social, a definir como atribuição a intervenção do Órgão do Ministério Público para atuar na condição de custos legis visando resguardar a coletividade.

Analisando-se os dispositivos insertos no Código de Processo Civil de 1973, ao Ministério Público cabia intervir, como fiscal da lei, nas causas referentes a interesses de incapazes (incapacidade total ou relativa); nas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade; nas ações atinentes a litígios coletivos pela posse da terra rural e em todas as demais, quando verificado interesse público, evidenciado pela natureza do conflito ou qualidade da parte litigante, conforme o artigo 82 da anterior lei adjetiva civil.

A capacidade postulatória estava prevista no artigo 81 do antigo CPC, a autorizar, então, o ajuizamento de Ações Cíveis Públicas nos casos previstos em lei. Esse princípio da taxatividade foi sobremodo mitigado (NERY JUNIOR e NERY, 2006, p. 263). A Constituição Federal, as Leis Orgânicas, a Lei da Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente e outros documentos legais ampliaram em muito as hipóteses de ajuizamento, a respaldar, inclusive, a aferição do interesse legitimador da atuação.

A evolução legislativa trouxe uma nova Lei Processual Civil, o novo Código de Processo Civil/2015. Em linhas gerais, compete ao Ministério Público intervir como “fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam interesse público ou social, interesse de incapaz e litígios coletivos pela posse da terra rural ou urbana” (art. 178 *caput* e incisos, CPC). Desse modo, conveniente a observância da matéria a ser objeto da intervenção, buscando-se o zelo do interesse público a apresentar relevância social.

Convém ressaltar que Hugo Nigro Mazilli (2007, p. 107/108), em sua obra, aponta que não só no direito indisponível há interesse público autorizador da atuação ministerial, mas também no direito individual que, por suas características intrínsecas,

interessam à coletividade como um todo.

Já temos defendido que a tônica da intervenção do Ministério Público consiste na indisponibilidade do interesse. Hoje vamos além. A par dos casos em que haja indisponibilidade parcial ou absoluta de um interesse, será também exigível a atuação do Ministério Público se a defesa de qualquer interesse, disponível ou não, convier à coletividade como um todo.

Em outras palavras, são três as causas que podem levar à atuação do Ministério Público: a) o zelo de interesse indisponível ligado a uma pessoa (v.g., um incapaz); b) o zelo de interesse indisponível ligado a uma relação jurídica (v.g., em ação de nulidade de casamento); c) o zelo de um interesse, ainda que não propriamente indisponível mas de suficiente abrangência ou repercussão social, que aproveite em maior ou menor medida a toda a coletividade (v.g., em ação para defesa de interesses individuais homogêneos, de larga abrangência social).

Pode, portanto, o MP interpor ação para defender direitos individuais homogêneos, cabendo-lhe a atuação interventiva, como fiscal da lei, nos casos em que o ajuizamento da ação se deu por outro legitimado.

Em uma análise superficial, poder-se-ia chegar à conclusão de que as demandas judiciais referentes ao seguro DPVAT não reclamariam a participação do Ministério Público como fiscal da lei. O argumento seria por tratar-se de ações de cobrança, de cunho individual, discutindo-se apenas direitos disponíveis e, assim, sem a caracterização do interesse público a ensejar a atuação respectiva, isso numa leitura estreita do Texto Constitucional e da Lei Processual Civil.

Esse não é o melhor entendimento. Nos casos dos processos judiciais onde são reclamados valores decorrentes da cobertura do seguro DPVAT, discute-se direito individual disponível, mas com repercussão para a coletividade, sendo relevante, juridicamente, dirimir as dúvidas causadas pelas sucessivas leis e resoluções do Conselho Nacional de Seguros Privados no tema. Trata-se de matéria com alargada abrangência social, como visto, e conseqüente repercussão coletiva no atendimento das vítimas de trânsito e de seus familiares, cabendo ao Ministério Público a atuação legítima conforme suas funções institucionais.

De se destacar, inclusive, a superação de entendimento que afastava a legitimidade do Ministério Público para pleitear, em ação civil pública, a indenização decorrente do DPVAT em benefício do segurado, consoante decisões mais recentes do Supremo Tribu-

nal Federal (RE 631.111/GO) e Superior Tribunal de Justiça (REsp 858.056/GO), dado o interesse individual homogêneo presente na matéria. Concluiu-se, acertadamente, que em razão da natureza e a finalidade do seguro obrigatório DPVAT, o seu adequado funcionamento transcende os interesses individuais dos segurados.

A partir de 2015, no âmbito das Procuradorias de Justiça Cíveis, intensificou-se o debate referente à atuação do Ministério Público nos processos em grau de recurso referentes ao Seguro DPVAT, deliberando-se pela necessidade de atuação na matéria, nos termos do artigo 20 da Lei 8.625/1993 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. Tal entendimento está sedimentado no art. 3º, §1º, XXIII da Resolução nº 047/2018 – CPJ/OE⁴, que regulamenta, em atenção à Recomendação emanada do Conselho Nacional do Ministério Público, a atuação dos órgãos de execução em matéria de natureza cível no âmbito do Ministério Público do Estado do Ceará.

No âmbito local, passou-se, então, a solicitar a remessa dos autos ao Ministério Público como medida necessária ao exercício do seu múnus público, por entender existente interesse justificador da intervenção, consoante Artigo 26, VIII, da Lei 8.625/1993, não se restringindo apenas às hipóteses de parte menor/incapaz, muito menos a mera liberalidade. No caso, a identificação do interesse a demandar a atuação do Ministério Público é própria da Instituição (consoante art. 5º da Resolução nº 047/2018 – Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça – MPCE).

Tendo em vista a natureza e finalidade do seguro obrigatório, há interesse público e social a legitimar a intervenção do fiscal da lei. Por interesse público, na ótica (visão) do Ministério Público, entende-se aquele caracterizado como interesse geral, ligado a valores de maior relevância, com vínculo aos fins sociais e ao bem comum. No que diz respeito à natureza do conflito, o interesse público não se verifica, em regra, nas lides em que se discute direito individual disponível, daí a necessidade de se aferir a importância e a vinculação à finalidade social e assim também ao interesse da comunidade. O interesse público qualificado pela relevância social reclama a fiscalização do Parquet no processo civil como afirmação da sua missão constitucional de promoção do bem-estar social e como meio de realização da justiça.

Eis como se consolidou a necessidade de atuação do Ministério Público como órgão interveniente em demandas judiciais referentes ao seguro DPVAT.

4 Art. 3º. Considera-se interesse público e social a legitimar a intervenção do Ministério Público no processo civil aquele interesse considerado primário, que sintetiza a razão de ser do próprio Estado, especialmente a promoção da justiça, segurança e bem-estar social. § 1º - Para fins desta Resolução constituem interesse público e social, além dos temas em que a lei faça expressa alusão à intervenção do Ministério Público, dentre outros, os seguintes: [...] XXIII - ações decorrentes de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre – Seguro DPVAT.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As sociedades contemporâneas exigem proteções inerentes aos riscos a que as pessoas estão expostas, fazendo-se construir teorias e preceitos legais visando à cobertura de acidentes. Em relação aos veículos automotores, inseriu-se seguro obrigatório a ser suportado pelos proprietários, destinado a supedanejar os custos de um direito que decorre da relação máquina automotiva conduzida por indivíduo e outro(s) indivíduo(s) feito(s) vítima(s).

O seguro obrigatório DPVAT tem parte considerável de seus recursos imprescindivelmente voltada à promoção de políticas públicas, a ressaltar financiamento do sistema público de saúde do país, educação no trânsito e desenvolvimento educacional do mercado de seguros. De deduzir sua característica complexa: uma parte relacionada a um seguro, ainda que detenha aspectos especiais e diversos de um seguro privado, e a outra parte, referente a uma política pública. Prevalece o sentido comunitário a suscitar proteção do Estado-sociedade.

Diante dessas configurações, constata-se extensividade social e considerável repercussão coletiva, quando se busca o atendimento das vítimas e de seus familiares, a legitimar a atuação judicial do Ministério Público na tutela de interesses compatíveis com suas funções institucionais, mormente a de fiscal da ordem jurídica, recebendo substancial reforço com a denominada Constituição Cidadã e decorrente Código de Processo Civil/2015. No caso, a lisura da aplicação da lei para o recebimento das indenizações devidas, primando por demonstrar o teor das lesões e o correto enquadramento, propicia a efetividade do direito com a finalidade de realizar verdadeira justiça.

Afinal de contas, implementar direitos é o fazer Justiça conforme promessa da modernidade, cuja concretização, no Brasil, historicamente, percorre longo caminho, tendo por última trilha a Constituição de 1988.

THE ROLE OF STATE PROSECUTION AS CUSTOS IURIS IN DPVAT INSURANCE LEGAL PROCEEDINGS.

ABSTRACT

DPVAT Insurance differs from private insurances, having a social function by providing coverage for victims of automobile accidents and indemnities for personal injuries, medical and supplementary expenses. It also contributes to public health maintenance and the national traffic policy. The importance of this study is to establish the role of the State Prosecution Service in this matter. Therefore, it was described the legal history of

this insurance and discussed the recurring issues on corresponding lawsuits. The role of State Prosecution Service validates its work on those proceeding, in order to protect social interests, promoting the effectiveness of the law to achieve justice.

Key words: Mandatory Insurance. DPVAT. Social Interests. State Prosecution Service. Custos iuris.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31 out. 2020.

_____. **Decreto nº 2.867, de 8 de dezembro de 1998**. Dispõe sobre a repartição de recursos provenientes do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres - DPVAT. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2867.htm#:~:text=DECRETO%20No%202.867%2C%20DE,que%20lhe%20confere%20o%20art.. Acesso em: 31 out. 2020.

_____. **Decreto nº 61.867, de 11 de dezembro de 1967**. Regulamenta os seguros obrigatórios previstos no artigo 20 do Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D61867.htm#:~:text=D61867&text=DECRETO%20No%2061.867%2C%20DE,1966%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAsncias.. Acesso em: 27 nov. 2020.

_____. **Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, regula as operações de seguros e resseguros e dá outras providências. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0073.htm#:~:text=Del0073&text=DECRETO%2DLEI%20N%C2%BA%2073%2C%20DE%2021%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201966.&text=Disp%C3%B5e%20s%C3%B4bre%20o%20Sistema%20Nacional,resseguos%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAsncias.&text=Art%201%C2%BA%20T%C3%B4das%20as%20opera%C3%A7%C3%B5es,disposi%C3%A7%C3%B5es%20do%20presente%20Decreto%2Dlei. Acesso em: 31 out. 2020.

_____. **Decreto-lei nº 814, de 4 de setembro de 1969**. Dispõe sobre o Seguro Obrigatório de Responsabilidade Civil dos Proprietários de Veículos Automotores de Vias Terrestres e dá outras providências. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0814.htm#:~:text=Del0814&text=DECRETO%2DLEI%20N%C2%BA%20814%2C%20DE,Lei%20n%C2%BA%206.194%2C%20de%201974.&text=Disp%C3%B5e%20s%C3%B4bre%20o%20Seguro%20Obrigat%C3%B3rio, Terrestres%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias.. Acesso em: 31 out. 2020.

_____. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm. Acesso em: 31 out. 2020.

_____. **Lei nº 6.194, de 19 de dezembro de 1974.** Dispõe sobre Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm. Acesso em: 31 out. 2020.

_____. **Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993.** Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18625.htm. Acesso em: 31 out. 2020.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 31 out. 2020.

_____. **Lei nº 11.945, de 4 de junho de 2009.** Altera a legislação tributária federal e dá outras providências.. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/111945.htm Acesso em: 31 out. 2020.

_____. **Lei nº 13.015, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm Acesso em: 31 out. 2020.

_____. **Medida Provisória nº 904, de 11 de novembro de 2019.** Dispõe sobre a extinção do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres - DPVAT e do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais Causados por Embarcações ou por suas Cargas - DPEM, de que trata a alínea \square do caput do art. 20 do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv904.htm Acesso em: 06 nov. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp 1660272/MG**, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. DJe 21 set. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 858056/GO**, Rel. Ministro Marco Buzzi. Segunda Seção. DJ 05 jun. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 163836/RS**, Rel. Ministro Aldir Pas-sarinho Junior. Quarta Turma. DJ 28 ago. 2000.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.303.038/RS**, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Segunda Seção. DJ 01 ago. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.483.620/SC**, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Terceira Turma. DJ 02 jun. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 229**. O pedido do pagamento de indenização à seguradora suspende o prazo de prescrição até que o segurado tenha ciência da decisão. Publicada em 20 out. 1999.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 257**. A falta de pagamento do prêmio do seguro obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres (DPVAT) não é motivo para a recusa do pagamento da indenização. Publicada em 09 ago. 2001.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 278**. O termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral. Publicada em 16 jun. 2003.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 405**. A ação de cobrança do seguro obrigatório (DPVAT) prescreve em três anos. Publicada em 24 nov. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 474**. A indenização do seguro DPVAT, em caso de invalidez parcial do beneficiário, será paga de forma proporcional ao grau da invalidez. Publicada em 19 jun. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 573**. Nas ações de indenização decorrente de seguro DPVAT, a ciência inequívoca do caráter permanente da invalidez, para fins de contagem do prazo prescricional, depende de laudo médico, exceto nos casos de invalidez permanente notória ou naqueles em que o conhecimento anterior resulte comprovado na fase de instrução. Publicada em 27 jun. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 580**. A correção monetária nas indenizações do seguro DPVAT por morte ou invalidez, prevista no § 7º do art. 5º da Lei n. 6.194/1974, redação dada pela Lei n. 11.482/2007, incide desde a data do evento danoso. Publicada em 19 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6262/DF**. Relator Ministro Edson Fachin, DJe 05 fev. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 95-5/DF**. Relator Ministro Eros Grau, DJe 31 ago. 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. **AI em AgR 738177**. Relator Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 03 ago. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 631.111/GO**. Relator Ministro Teori Za-

vascki, Plenário, DJe 07 ago. 2014.

_____. SUSEP. Superintendência de Seguros Privado. “**O que cobre e o que não cobre o Seguro DPVAT?**”. Disponível em: <http://www.susep.gov.br/setores-susep/cg-pro/dpvat>. Acesso em: 30 out. 2020.

_____. SUSEP. Superintendência de Seguros Privado. “**Quais são os atuais valores de indenização do DPVAT no caso de envolvimento em acidente de trânsito?**”. Disponível em: <http://www.susep.gov.br/setores-susep/cgpro/dpvat>. Acesso em: 30 out. 2020.

CABRAL, Juscelino Rodrigues. **Serviço social e o trânsito com ênfase no seguro DPVAT**. Dourados: UNIGRAN, 2010.

CASTELLO BRANCO, Elcir. **Seguro Obrigatório de Responsabilidade Civil e dos Proprietários de Veículos Automotores**. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1976.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 4. ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

CEARÁ. Ministério Público do Estado do Ceará. **Resolução nº 047/2018 OECPJ**. Regulamenta, em atenção à Recomendação emanada do Conselho Nacional do Ministério Público, a atuação dos órgãos de execução em matéria de natureza cível no âmbito do Ministério Público do Estado do Ceará e dá outras providências. Diário Oficial Eletrônico do MPCE nº 302. 12 abril 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. **Apelação Cível 0116618-27.2016.8.06.0001**. Relatora Maria Vilauba Fausto Lopes. DJ 25 abril 2018.

COLLARES, Alceu; Sabbi, Alcides P. **As vítimas do Seguro Obrigatório**. Canoas: Bells, 1975.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 23ª ed. v. 3 São Paulo: Saraiva, 2007.

DUARTE, Filipe Coelho de Lima; SANTOS JÚNIOR, Luiz Carlos. Análise estatística e atuarial do mercado de seguro DPVAT. In: **Revista Evidenciação Contábil & Finanças**, V. 3, n. 3, p. 55-67, set./dez, 2015.

MARTINS, Rafael Tárrega. **Seguro DPVAT: seguro obrigatório de veículos automotores de vias terrestres**. Campinas, SP: Servanda Editora, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime Jurídico do Ministério Público**. Análise do Ministério Público na Constituição, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, na Lei Orgânica do Ministério Público da União e na Lei Orgânica do Ministério Público paulista. 6.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 9.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora

Revista dos Tribunais, 2006.

NOGUEIRA, Lucio Paulo. **Prática, Processo e Jurisprudência: Seguro Obrigatório**. v. 32. Curitiba: Juruá Editora, 1978.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Contrato de seguro: interpretação doutrinária e jurisprudencial**. Campinas: LZN Editora, 2002.

OLIVEIRA, Erica Diniz; DUARTE, Danielle Cavalcante. Uma análise jurídico-econômica dos objetivos regulatórios do Seguro DPVAT. **Economic Analysis of Law Review**, v. 8, n. 2, p. 275-298, 2017.

RIBEIRO. Amadeu Carvalhães. **Direito de seguros: resseguro, seguro direto e distribuição de serviços**. São Paulo: Atlas, 2006.

SCARPASSA, Marco Antonio. DPVAT: Reflexões sobre prescrição e decadência e os interesses das vítimas de acidentes de trânsito. **Jus Navigandi, Teresina**, 2007, v. 12.

SENE. Leone Trida. **Seguro de Pessoas: Negativas de Pagamento das Seguradoras**. Curitiba: Juruá, 2008.

SILVA. Ivan de Oliveira. **Curso direito do Seguro**. São Paulo: Saraiva, 2008.

A ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO NO PERÍODO DE
PANDEMIA: ESTUDO DE CASO DO
MUNICÍPIO DE BATURITÉ - CEARÁ

*THE EXTRAJUDICIAL PERFORMANCE OF
THE PUBLIC MINISTRY IN THE PANDEMIC
PERIOD: A CASE STUDY IN THE TOWN
OF BATURITÉ - CEARÁ - BRAZIL*

A ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PERÍODO DE PANDEMIA: ESTUDO DE CASO DO MUNICÍPIO DE BATURITÉ – CEARÁ¹

*THE EXTRAJUDICIAL PERFORMANCE OF THE PUBLIC MINISTRY
IN THE PANDEMIC PERIOD: A CASE STUDY IN THE TOWN OF
BATURITÉ - CEARÁ – BRAZIL*

Renata Murta de Lima²

RESUMO

O perfil demandista sempre marcou a atuação do Ministério Público. No entanto, as novas atribuições do *Parquet* conferidas pelas Constituição Federal de 1988 e os instrumentos extrajudiciais que surgiram permitem o crescimento do modelo resolutivo, fundamental para evitar a judicialização. Este artigo busca analisar, qualitativamente, como a 3ª Promotoria de Justiça de Baturité (CE) utilizou esses instrumentos extrajudiciais, para solucionar as demandas que surgiram de março a setembro de 2020, período marcado pela pandemia de Covid-19. A análise da atuação extrajudicial da promotoria supracitada foi realizada tendo como referência as características da dinâmica resolutiva do MP elencadas por Rodrigues (2011).

Palavras-chave: Ministério Público Estadual. Modelo Resolutivo. Procedimentos extrajudiciais. Covid-19. Baturité.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 é considerada um marco na trajetória institucional do Ministério Público brasileiro, por ampliar, significativamente, seu campo de atribuição, conferir-lhe autonomia orçamentária, financeira e funcional, e conceituá-lo como função essencial à justiça. Deveras conhecido por suas funções de fiscal da lei e de titu-

¹ Data de Recebimento: 08/10/2020. Data de Aceite: 23/11/2020.

² Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC), Pós-Graduada em Direito Administrativo pela Universidade Estácio de Sá, Bacharela em Comunicação Social com Habilitação em Jornalismo pela Faculdade Cearense e Assessora Jurídica no Ministério Público do Estado do Ceará. E-mail: renatamurta@hotmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7674333479932328>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4024-322>.

lar da ação penal, o Ministério Público tem um histórico no qual se sobressai o modelo demandista, ou seja, de buscar junto ao Judiciário a resolução das demandas sociais, em detrimento de soluções consensuais e sem apelo a um magistrado. Com os papéis atribuídos ao *Parquet* pela Constituição Cidadã, bem como com novas possibilidades de atuação previstas no ordenamento jurídico, o MP vem, atualmente, aperfeiçoando-se e apropriando-se, cada vez, mais no modelo resolutivo.

O modelo resolutivo tem sido abordado por diversos autores como ferramenta para o diálogo e para a prática de um Direito vivo e dinâmico, capaz de dialogar com outros saberes e se adaptar às constantes mudanças sociais. Para se chegar a um modelo resolutivo de MP, foi necessário um longo percurso, que ainda não findou, e que vem sendo destrinchado pelos membros, pelas entidades, pela sociedade. Os próprios integrantes do MP, quando da Constituinte de 1988, precisaram passar por uma autoavaliação, a fim de se chegar a uma ideia minimamente homogênea sobre os anseios institucionais. Acrescente-se que a tutela coletiva realizada por meio de instrumentos extrajudiciais ainda não recebeu a devida atenção dos poderes do Estado, o que prejudica o protagonismo institucional do Ministério Público no movimento de acesso à justiça no país³. Ademais, a lógica de acesso à justiça no Brasil acaba por privilegiar demandas individuais, em detrimento das coletivas⁴ e a busca frequente pelo Judiciário gera um sistema de justiça moroso e repleto de mazelas⁵.

O surgimento da Covid-19 exigiu das instituições e da sociedade novos movimentos e cooperação coletiva, e acabou modificando algumas estruturas sociais. Como tutor da coletividade e titular de amplas atribuições constitucionais, o MP não ficou de fora da necessidade de ação durante a pandemia, que fez sobressair a importância de resguardar, a um só tempo, grande quantidade de pessoas e direitos.

Considerando que a doutrina tece vários apontamentos a respeito das atribuições institucionais do MP frente à necessidade de defesa de direitos, notadamente no âmbito da tutela coletiva, e considerando que a pandemia apresentou novas demandas, carentes de soluções interinstitucionais, fez-se necessário perquirir como tem agido o Ministério Público diante da nova realidade que se apresenta. Para tanto, realizou-se um recorte local e temporal, restringindo-se a análise da atuação extrajudicial do MP durante a pandemia ao município de Baturité e aos meses de março a setembro de 2020. O acesso aos

3 GAVRONSKI, Alexandre Amaral. ALMEIDA, Gregório Assagra de. **O Movimento do Acesso à Justiça no Brasil e o Ministério Público**. In: Conselho Nacional do Ministério Público Manual de negociação e mediação para membros do Ministério Público / Conselho Nacional do Ministério Público. 2. ed. Brasília : CNMP, 2015, p. 62.

4 *Idem*, p. 63.

5 Nesse sentido, Silva (2018, p. 122) aponta que “Deve-se sempre atentar que a máquina judicial se encontra emperrada, lenta e anacrônica, inexistindo uma priorização para o célere andamento e julgamento das medidas judiciais coletivas, optando, frequentemente, alguns magistrados pela resolução das demandas individuais, por serem menos complicadas e poderem ser findas com maior rapidez.”

procedimentos foi formalmente solicitado à Promotora titular da Promotoria de Justiça analisada e a escolha do município se deu pela possibilidade de estudar os procedimentos de tutela coletiva concentrados em uma só membra do *Parquet*, o que permite uma análise contextualizada da atuação da instituição. Para a análise, utilizou-se como referência teórica as características da dinâmica institucional resolutiva do MP, definidas por Rodrigues (2011).

2 A TRAJETÓRIA INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Historicamente, o Ministério Público no Brasil passou por fases diversas no que diz respeito ao seu desenho institucional e, até que se chegasse ao *Parquet* com as atribuições vistas atualmente, foram necessárias mudanças não só constitucionais e legislativas, mas também sociais e no próprio pensamento dos membros da carreira⁶.

A Constituição Federal de 1988 é considerada um marco nesse novo desenho institucional. Por intermédio da CF, o Ministério Público, antes diretamente atrelado ao Poder Executivo, passou à condição de fiscal da lei e guardião dos interesses da sociedade, sendo conceituado como “função essencial à justiça” e acumulando importantes atribuições no contexto democrático. Arantes (1999, p. 87) resume bem o que representou a Carta Magna na trajetória do MP:

A partir de 1988, o MP passou a invocar a Constituição como uma espécie de certidão de (re)nascimento institucional, suficiente para habilitá-lo a ultrapassar suas funções tradicionais e reforçar sua responsabilidade pela defesa dos direitos coletivos e sociais.

Assim, embora a legislação ordinária na década de 1980, ainda que de maneira esparsa, já viesse dando novos rumos à atuação do MP⁷, foi a CF que oficializou o novo

6 A Constituinte de 1988 foi marcada por uma atuação dos membros do Ministério Público junto aos congressistas. As lideranças nacionais do MP desejavam participar ativamente da nova ordem constitucional e novo desenho institucional que seria conferido pela Carta Magna. Concluíram que era necessário que a instituição se reestruturasse constitucionalmente a partir das reflexões de seus próprios membros. A vinculação ao Executivo vigente antes de 1988 e as disparidades dentro do próprio MP impulsionaram a busca de uma “consciência coletiva” na instituição, o que motivou a realização de um congresso, em meados de 1985, para discutir o Ministério Público e a Assembleia Nacional Constituinte. Um encontro em Curitiba no ano seguinte, com a presença de membros do MP de todo o país, resultou num compilado chamado de “Carta de Curitiba” que objetivava uniformizar os discursos dos membros nos diálogos com os congressistas constituintes. Segundo COMPLOIER (2015, p. 320), a “Carta de Curitiba era considerada um sonho irrealizável”, tendo os próprios membros que a formularam ficado surpresos ao constatar que a Constituição Federal delineou um Ministério Público mais forte do que a própria Carta de Curitiba pretendia estabelecer. COMPLOIER (2015) narra de que forma os anseios da classe foram reunidos no texto constitucional e como foi possível uma Constituição considerada inovadora até mesmo pelos próprios promotores.

7 Textos legais anteriores à Constituição, como a Lei Nº 6.938, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, a Lei Complementar nº 40/1981, que deu nova organização nacional ao Ministério Público e a Lei nº 7347/85, Lei da Ação

desenho institucional do Ministério Público: marcado por independência do Executivo, por garantias e prerrogativas funcionais, que garantiam aos membros mais liberdade de atuação, e por uma maior desenvoltura e autonomia. O novo formato da instituição veio acompanhado pelo reconhecimento legal de certos direitos que, até então, não tinham grande espaço: os direitos difusos e coletivos. Arantes (1999, p. 84) afirma que “constituiu-se no Brasil uma nova arena judicial de solução de conflitos que até então não tinham acesso ao sistema de justiça”.

Com efeito, paralelamente ao novo papel do MP, a CF 88 trouxe ainda a possibilidade de que direitos antes visivelmente limitados ao debate na seara política, como os direitos sociais, passassem a ser defendidos, inclusive judicialmente, pelo Ministério Público, transformando-o em importante ator na busca pela cidadania consignada na Lei Maior.

Destarte, o novo papel do MP pós-1988 logrou consagrá-lo em seu novo e mais recente papel: o de defensor dos direitos que asseguram o exercício da cidadania. A “nova” função decorrente do texto constitucional possibilitou que o MP atuasse em uma frente que independe de judicialização. Nas palavras de Asensi (2010, p. 70).

[...] outros espaços têm sido adotados como esferas de resolução de conflitos que visam, em maior ou menor grau, se afastarem da estrutura de funcionamento similar à do Judiciário. Tais espaços têm estabelecido estratégias de mediação, pactuação e negociação fundamentalmente céleres, pois visam, em certa medida, atuar na efetivação de direitos existentes e na construção de novos direitos. No âmbito dessas novas esferas estatais, o Ministério Público desempenha papel fundamental, pois promove uma reflexão que pode situar os direitos como práticas concretas que atendam a critérios substanciais de justiça e cidadania.

As novas estratégias de mediação e de efetivação de direitos levam uma maior possibilidade de ampliar diálogos, gerando ações efetivas junto ao poder público e, conseqüentemente, diminuindo a demanda, já enorme, no Poder Judiciário. Asensi (2010, p.70) pontua ainda que o MP vem conferindo “algum grau de legitimidade democrática às decisões alocativas de recursos públicos em saúde, exercendo um protagonismo decisivo nesta seara”.

Os estudos a respeito da judicialização dos direitos colocam a figura do juiz no centro do debate jurídico e da solução dos conflitos sociais. Essa centralização “tem sido

operada em detrimento de reflexões sobre outras formas jurídicas e não-jurídicas de aplicação e efetivação de direitos” (ASENSI, 2010, p. 86). O Ministério Público vem, então, tomando posse das outras formas possíveis e desenvolvendo novas soluções para as demandas que surgem, o que resulta num processo de juridicização⁸. Para tanto, lança mão de estratégias extrajudiciais e de dimensão interdisciplinar que promovem um protagonismo na defesa de direitos difusos e coletivos e possibilitam superar, ainda que de maneira limitada, os entraves da judicialização.

Assim, a atuação do Ministério Público pode ser dividida em dois modelos: o judicial, de cunho demandista, resultante da busca crescente pelo Poder Judiciário na solução de embates sociais e no papel do MP enquanto agente processual; e o resolutivo, que se baseia na figura de intermediador e negociador do *Parquet*, na busca proativa de um consenso pela via extrajudicial, dialogando com a sociedade, o Estado e acompanhando a pacificação dos conflitos fora do aparato judicial.

Embora partindo de premissas distintas, os dois modelos não se excluem, uma vez que, a despeito de esforços dos promotores, há diversos casos em que a *ultima ratio*, qual seja, a ação judicial, é a única forma de sanar um problema que se apresenta. Temos, portanto, “dois perfis de necessária convivência, um sendo o complemento do outro” (RODRIGUES, 2015, p.144). Deve-se ainda ter em mente que não é necessária uma polarização em que cada modelo é visto como melhor em detrimento do outro, uma vez que ambos são necessários ao Estado Democrático de Direito e a opção por um ou outro modelo deve ser feita de acordo com a situação fática (RODRIGUES, 2015, p. 145).

Feita a distinção entre os modelos demandista e resolutivo de atuação do MP, urge detalhar a atuação resolutiva da instituição. Para que referido modelo tenha sucesso no plano fático, deve o Promotor conhecer e compreender a realidade social em que atua. Nesse sentido,

Além de diagnosticar previamente as principais características e problemas que afligem o espaço social e territorial, onde se encontra o agente ministerial laborando, deve agir de modo proativo, antecipando-se, para evitar que as conjunturas mais complexas se

⁸ Em oposição ao conceito de “judicialização”, Asensi aponta o conceito de “juridicização” para designar o processo em que o MP aparece como protagonista na resolução de conflitos, através de estratégias extrajudiciais. Segundo Asensi (2010, p. 98), nesse contexto o Ministério Público desempenha papel fundamental pelo menos em cinco dimensões: na juridicização “predomina a ideia de consenso pelo diálogo”, sendo enfatizado o processo de mediação e construção coletiva da solução; há a busca de por estratégias de execução pró-ativa de políticas públicas; há a incorporação da sociedade civil na busca por respostas plurais; há espaço para a pluralidade de atores e instituições no processo de interpretação constitucional, que não se restringe somente à interpretação do juiz ou de um colegiado; por fim, na juridicização, há ainda a possibilidade de avaliar as especificidades das demandas.

materializem, ou seja, desenvolvendo o seu trabalho independentemente de provocação. Diante dos dados obtidos, sempre que possível, deve tomar a iniciativa, não se mantendo inerte no aguardo de que alguém do povo, ou um grupo, venha ao seu encontro para lhe pedir o que já se tem conhecimento de que é necessário, para fins de pacificação de questões complexas que afetam a sociedade na atualidade. (SILVA, 2018, p.127).

Assim, a atividade resolutiva pressupõe certa agilidade, criatividade e conhecimento da realidade local, num processo que não se esgota na tradicional atividade de subsumir o fato à norma, exigindo uma perspectiva crítica e um Direito inserido na comunidade.

Rodrigues (2015, pp. 146-157) elenca as características da dinâmica institucional resolutiva do MP: proatividade, como sendo a busca espontânea por soluções dos problemas, inclusive antecipando-se a eles, numa postura ativa e não somente reativa⁹; dinamismo, considerando que a sociedade está em constante mutação, deve a instituição ser capaz de se adaptar às realidades que se apresentam, com a flexibilidade e a agilidade necessárias; intersetorialidade, assim entendida como a articulação e a cooperação entre diversos agentes sociais na consecução de objetivos em comum, o que inclui o estabelecimento de diálogo interinstitucional e o compartilhamento de saberes, práticas e necessidades¹⁰; relação interna dialogal: não basta que o diálogo se dê de maneira institucional, sendo necessário que promotores e procuradores de justiça dialoguem entre si e ajam, respeitada a autonomia funcional, de maneira convergente, unidos em prol de um Ministério Público que é uno e tem um “discurso próprio da categoria”¹¹; planejamento, que equivale a preparar as ações, com o fito de assegurar “uma justa correspondência entre as demandas ou expectativas sociais e os resultados apresentados pela instituição (RODRIGUES, 2015, p. 154); inovação: “capacidade de fazer mais e melhor (comição” ganho de eficiência) com menos recursos, na prestação de serviços afetos à instituição” (RODRIGUES, 2015, p. 154); e, por fim, eficiência e gestão de resultados: não sendo o Direito e a criação legislativa um fim em si mesmo, deve a atuação do Ministério Público buscar a realização prática dos anseios sociais, resolvendo as demandas de maneira eficiente, com vistas ao progresso social.

9 A fatia de atribuições extrajudiciais (um rol sempre crescente) tem obrigado a instituição a adotar uma postura assumidamente proativa e resolutiva, em que passa a concentrar seus recursos e esforços na busca de respostas preventivas para os problemas comunitários. Ao invés de reagir contra incidentes ou fatos consumados (que em boa parte das vezes não encontram uma solução adequada com a submissão judicial), o Ministério Público passa a trabalhar para a solução dos problemas mesmos, em conjunto com a comunidade. (RODRIGUES, 2015, pp. 147-148).

10 A sociedade não deve ser analisada de maneira fragmentada, como se não houvesse interação entre os indivíduos e os direitos que titularizam.

11 RODRIGUES, 2015, p. 153.

As características do perfil resolutivo do Ministério Público poderão ser percebidas na prática, no contexto do estudo de caso apresentado ao final do trabalho.

3 MODELO RESOLUTIVO E ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL

As atribuições institucionais do MP no Brasil estão elencadas na Constituição Federal, na Lei Complementar nº 75/93, nas Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos Estaduais e na legislação ordinária esparsa. No ordenamento jurídico, estão previstos diversos instrumentos que concretizam o modelo resolutivo de Ministério Público, a exemplo do procedimento administrativo, do inquérito civil público, do compromisso de ajustamento de conduta, das recomendações, das audiências públicas.

O Conselho Nacional do Ministério Público, no exercício das atribuições que lhe são conferidas pelo artigo 130-A, § 2º, inciso I, da Constituição Federal e com fulcro no artigo 64-A, de seu Regimento Interno, editou a Resolução nº 23/2007¹², disciplinando a instauração e tramitação do inquérito civil. Editada em virtude da necessidade de uniformizar o procedimento do inquérito civil, em vista dos princípios que regem a Administração Pública e dos direitos e garantias individuais, referida resolução determinou que cada Ministério Público deveria adequar seus atos normativos referentes a inquérito civil e a procedimento preparatório de investigação cível aos termos da normativa do CNMP (art. 16).

No âmbito do Ministério Público do Estado do Ceará, a determinação do CNMP foi cumprida através da Resolução nº 036/2016-OECPI, que disciplina e regulamenta a instauração e tramitação dos feitos extrajudiciais cíveis nas questões de interesses ou direitos difusos, coletivos, individuais homogêneos e individuais indisponíveis, estabelecendo o fluxograma desses feitos.

A Resolução nº 036/2016 conceitua os principais procedimentos utilizados na atividade extrajudicial do Ministério Público Estadual do Ceará e, conseqüentemente, esses são os principais instrumentos analisados no estudo de caso ora empreendido. O art. 1º, *caput*, define a Notícia de Fato como sendo

qualquer demanda dirigida aos órgãos de execução do Ministério Público, conforme as atribuições das respectivas áreas de atuação, podendo ser formulada presencialmente ou não, entendendo-se como tal a realização de atendimentos, bem como a entrada de notícias, documentos, requerimentos ou representações.

12 Posteriormente alterada pela Resolução nº 59/2010.

Já o art. 27 trata do Procedimento Administrativo, definindo-o como o

procedimento formal, sem caráter investigativo em função de um ilícito específico, destinado ao acompanhamento e fiscalização, de cunho permanente ou não, , de fatos, instituições e políticas públicas, bem como do cumprimento de cláusulas de termo de ajustamento de conduta firmado, de fato que enseje a tutela dos interesses ou direitos mencionados no art. 7º desta Resolução.

Com efeito, considerando que os procedimentos supracitados são os mais utilizados como referencial para a análise que se buscou realizar e que tais conceitos foram expostos, passa-se ao estudo de caso do município de Baturité.

4 ESTUDO DE CASO: O EXERCÍCIO DA ATRIBUIÇÃO EXTRAJUDICIAL NO MUNICÍPIO DE BATURITÉ DURANTE A PANDEMIA

O art. 2º da Resolução nº 22/2015 - OECPJ estabelece a divisão de atribuições nas comarcas, que, a depender de sua dimensão, possuem mais ou menos promotorias. Nas comarcas dotadas de duas Promotorias de Justiça e uma Promotoria do Juizado Especial Cível e Criminal, como é o caso do Município de Baturité, cabe à Promotoria do Juizado Especial Cível e Criminal atuar nas áreas de defesa da cidadania, defesa dos direitos do consumidor, defesa do meio ambiente, planejamento urbano e bens de interesse histórico, artístico, cultural, turístico e paisagístico, na área de defesa de patrimônio público e da moralidade administrativa, na defesa da educação e da saúde pública.

Pelas atribuições da Promotoria do Juizado Especial Cível e Criminal, atualmente denominada de 3ª Promotoria de Justiça de Baturité, é possível inferir que a tutela coletiva se concentra em um só membro do *Parquet* na comarca, o que permite, sobremaneira, uma visão global e não fragmentária da atuação extrajudicial no município.

Para analisar, na prática, o crescimento de uma atuação extrajudicial voltada para o consenso e o diálogo, ou seja, baseada no modelo resolutivo, optou-se por tomar como estudo de caso os procedimentos extrajudiciais realizados em Baturité no período de março a setembro de 2020. A análise não pretende ser exaustiva, tampouco pretende esgotar todos os detalhes a respeito do objeto aqui delineado, notadamente pelo fato de que a pandemia, pano de fundo de todos os procedimentos analisados, ainda não acabou. O que se pretende é analisar qualitativamente de que forma o modelo resolutivo e a atuação extrajudicial podem contemplar a tutela coletiva, ainda mais necessária nos últimos meses, em virtude da pandemia que se instalou e que alcançou alto índice de

mortos¹³ no mundo. Dito isto, passa-se a discorrer sobre os feitos extrajudiciais no âmbito da 3ª Promotoria de Justiça de Baturité.

Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde declarou situação de pandemia de COVID-19, doença causada pelo novo coronavírus (Sars-Cov-2) e que já vinha afetando significativamente os chineses desde 2019, ano em que a cidade de Wuhan registrou os primeiros casos da doença e onde a pandemia teve início. Posteriormente, o Ministério da Saúde, nos termos da Portaria nº 188/2020, editada com base no Decreto Federal n.º 7.616/2011, declarou situação de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em decorrência da mesma infecção humana. A partir daí, foram sendo descobertos novos casos em todo o Brasil, que, atualmente, é o 4º colocado em número de óbitos por covid-19¹⁴.

Diante da decretação de Emergência de Saúde Pública de Importância Nacional para o coronavírus (COVID-19), o Conselho Nacional do Ministério Público e o Ministério Público Federal elaboraram a Nota Técnica Conjunta nº 1/2020, que trata da atuação dos membros do Ministério Público brasileiro. Referida nota pontua “a necessidade de Atuação conjunta, interinstitucional e voltada à atuação preventiva, extrajudicial e resolutive, em face dos riscos crescentes da epidemia instalar-se no território nacional”¹⁵.

A pandemia trouxe à baila a exigência de ações concretas para conter e minimizar os efeitos da pandemia nas mais diversas esferas. Embora a saúde pública seja a esfera diretamente mais afetada nesse contexto, outros setores foram atingidos pelas mazelas decorrentes dele, a exemplo da economia. A urgência de medidas diante da expansão do vírus tornou imperiosa uma atuação proativa, atenta, preventiva e contextualizada, capaz de antever as necessidades de cada local frente à pandemia.

Nesse sentido, a 3ª Promotoria de Justiça de Baturité vem, desde o mês de março de 2020, instaurando diversos procedimentos administrativos com o fito de inserir o *Parquet* no combate à Covid-19. As medidas de prevenção ao vírus exigem distanciamento entre os indivíduos e cooperação social, dando à tutela coletiva um protagonismo em nível nacional.

De março a setembro, período utilizado como recorte para a presente análise, foram instaurados 16¹⁶ procedimentos¹⁷ visando promover medidas em defesa da saúde públi-

13 Segundo dados apurados em 06 de outubro de 2020 pela Universidade Johns Hopkins, dos Estados Unidos, o mundo soma 1.046.153 mortos pela Covid-19, estando o Brasil em 4º lugar em número de óbitos pela doença. Dados disponíveis em <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>

14 Conforme dados da Universidade Johns Hopkins.

15 Nota Técnica. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/noticias/2020/Fevereiro/SEI_CNMP_-_0329748_-_Nota_T%C3%A9cnica_-_Administrativo.pdf. Acesso em 06 out 2020.

16 O número não é definitivo, uma vez que a pandemia não acabou e novos procedimentos continuam sendo instaurados. Trata-se tão somente de recorte metodológico para possibilitar a análise.

17 Aqui entendidos como gênero, não como espécie “procedimento administrativo”.

ca em âmbito local. Constatou-se que os procedimentos instaurados perpassam todas as atribuições da Promotoria elencadas na Resolução nº 22/2015 - OECPJ¹⁸, tutelando as mais diversas áreas da coletividade.

Constatou-se, ainda, que grupos vulneráveis ou que exigem especial atenção do poder público foram tutelados pelo Ministério Público por meio de sua atuação extrajudicial. Nesse sentido, é possível elencar: a) notícia de fato instaurada para verificar a situação das pessoas em situação de rua no município e incentivar a adoção de providências na área de saúde pública e cidadania, dada a fragilidade desses indivíduos diante da pandemia. Através da notícia de fato foi possível verificar que a Secretaria de Ação Social possui um cadastro de pessoas em situação de rua e que esse número é bastante reduzido em Baturité; b) Notícia de Fato para verificar se a Rede de Atenção Psicossocial no município estava assegurando o atendimento aos assistidos e se possuía um protocolo para os casos urgentes, uma vez que o atendimento não poderia, de maneira alguma ser interrompido, sob pena de sacrificar os atendidos pela rede. Pela NF, foi possível constatar que a Rede de Atenção Psicossocial estava seguindo as normas sanitárias e garantindo que os usuários do serviço fossem atendidos em caso de surtos, urgências ou de necessidades outras, tais como a obtenção de receitas médicas. Ambas as notícias, de fato, foram instauradas de ofício, evidenciando características apontadas por Rodrigues a respeito da dinâmica institucional resolutiva: a proatividade e o dinamismo. Antes mesmo que qualquer demanda desses grupos chegasse ao conhecimento da Promotoria, houve uma preocupação em tutelar as necessidades coletivas diante do cenário de saúde vivenciado.

Dois procedimentos administrativos principais foram instaurados de pronto, tão logo a Organização Mundial da Saúde declarou tratar-se de pandemia, com o objetivo de acompanhar as ações do poder público no período: um com foco principalmente na esfera da saúde pública, o outro com o foco na esfera do patrimônio público e da moralidade administrativa.

O primeiro condensa as principais medidas tomadas pela 3ª PJ e busca acompanhar as providências adotadas no Município e/ou pelo Poder Executivo: decretos municipais

18 Art. 2º. Ficam distribuídas às Promotorias de Justiça, nos seguintes termos, as atribuições acima discriminadas:

III - Nas comarcas dotadas de 02 (duas) Promotorias de Justiça e 01 (uma) Promotoria de Justiça do Juizado Cível e Criminal (Aquiraz, Baturité e Itapajé)

3) À Promotoria de Justiça do Juizado Especial Cível e Criminal incumbe atuar:

- a) na área de defesa da cidadania;
- b) na área de defesa dos direitos do consumidor;
- c) na área de defesa do meio ambiente, planejamento urbano e bens de interesse histórico, artístico, cultural, turístico e paisagístico;
- d) na área de defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa;
- e) na área de defesa da educação;
- f) na área de defesa da saúde pública.

expedidos, relatórios de fiscalização da Polícia Militar, enviados semanalmente descrevendo o combate às aglomerações, acompanhamento das políticas públicas de saúde, bem como de outros temas afetos surgidos no decorrer do procedimento.

O segundo trata das medidas de promoção à probidade administrativa durante a pandemia, tendo como objetivo acompanhar os gastos, os contratos e as ações do Executivo fundamentados na grave situação de saúde mundial. No bojo de ambos os processos, foi possível visualizar e acompanhar o trabalho de diversos órgãos que, com frequência e em atendimento às solicitações do MP, prestavam informações a respeito de suas competências. A intersetorialidade apontada por Rodrigues como característica de um MP resolutivo é constatada com frequência nos procedimentos, principalmente nos procedimentos administrativos supracitados, uma vez que, sozinho, o Ministério Público não tem como tomar decisões a respeito de políticas públicas e outros aspectos da vida em comunidade, mas, dialogando com instituições, setores e comunidade, e também como fiscal da lei, é possível tratar de uma fatia significativa da realidade social, e certificar-se a respeito do exercício da cidadania e dos direitos assegurados constitucionalmente.

No que diz respeito à característica apontada por Rodrigues e intitulada como “relação interna dialogal”, cumpre apontar o papel dos Centros de Apoio Operacional do Ministério Público do Estado do Ceará. Os Centros de Apoio

[...] são Órgãos Auxiliares da atividade funcional do Ministério Público, competindo-lhes estimular a integração e o intercâmbio entre os órgãos de execução que atuem na mesma área de atividade e que tenham atribuições comuns; remeter informações técnico-jurídicas, sem caráter vinculativo, aos órgãos ligados à sua atividade; estabelecer intercâmbio permanente com entidades ou órgãos públicos ou privados que atuem em áreas afins, para obtenção de elementos técnicos especializados necessários ao desempenho de suas funções; remeter, anualmente, ao Procurador-Geral de Justiça, relatório das atividades do Ministério Público, relativas às suas atribuições; exercer outras funções compatíveis com suas finalidades [...]¹⁹

Com efeito, o trabalho dos Centros de Apoio permite o diálogo contínuo entre membros e servidores nas diversas comarcas, além de subsidiar e auxiliar, de maneira técnica, os órgãos de execução do MPCE, e promover a troca de saberes e experiências entre comarcas e profissionais. Busca-se, portanto, uma integração dentro da

¹⁹ Descrição localizada na página institucional do MPCE. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/institucional/centros-de-apoio-operacionais/>

instituição que facilita o trabalho institucional.

Com relação à defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa, a atuação extrajudicial é fundamental para evitar que diversos conflitos se materializem em processo judicial e para acompanhar com mais proximidade o gasto de dinheiro público, visando evitar fraudes e corrupção. Ainda que não seja suficiente para extinguir as manobras ímprobas, o acompanhamento e a fiscalização desempenhados pelo MP reduzem eventuais prejuízos causados pela má administração de recursos públicos. Exemplo dessa fiscalização constante e da redução de danos dela decorrente se deu quando, durante a pandemia, a Prefeitura Municipal firmou contratos temporários de “vigias” que, na prática, poderiam exercer poder de polícia estatal, o que é vedado pela legislação. A atuação extrajudicial, dinâmica e ágil, possibilitou o contato da promotoria com a Prefeitura, que acabou rompendo tais contratos, resultando em economia para o erário e garantia de que o poder de polícia estatal seria exercido por quem de direito. Assim, a tutela preventiva²⁰ aplicada ao caso permitiu “atacar diretamente o ilícito, evitando-se a sua prática, continuidade ou repetição”²¹. Com isso, evitou-se o dano e a necessidade de uma tutela jurídica repressiva.

Outro ponto que merece destaque, na atuação extrajudicial analisada, é a constante defesa da cidadania nos procedimentos. Com frequência, direitos conferidos constitucionalmente são ameaçados, negando-se, na prática, execução ao princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, buscando resgatar minimamente a cidadania e a dignidade das pessoas diretamente afetadas pela ação ou inação do poder público, ressaltam-se duas recomendações expedidas pela PJ: a) uma destinada às instituições de saúde pública, para que não negassem execução à Lei Federal nº 11.108, de 07 de abril de 2005, que garante às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, devendo fornecer atendimento humanizado, acolhedor, livre de qualquer discriminação, restrição ou negação sem, no entanto, descuidar das medidas sanitárias e dos protocolos exigidos para evitar a propagação do coronavírus; a outra recomendação fora realizada no âmbito de procedimento administrativo que trata da destinação de resíduos sólidos no município, com vistas a garantir o fornecimento de equipamentos de proteção individual às pessoas que trabalham no lixão, medida elementar que não havia sido realizada e que se faz necessária no âmbito da saúde pública e da cidadania, uma vez

20 Não se pode olvidar que é possível a tutela preventiva no âmbito das ações judiciais, a exemplo da tutela inibitória nas ações civis públicas.

21 ALMEIDA, Gregório Assagra de. BELTRAME, Martha Silva. ROMANO, Michel Betenjane. P. 102 Novo perfil constitucional do Ministério Público – Negociação e Mediação e a postura resolutiva e protagonista do Ministério Público na resolução consensual das controvérsias, conflitos e problemas. In: Manual de negociação e mediação para membros do Ministério Público / Conselho Nacional do Ministério Público. 2. ed. Brasília : CNMP, 2015.

que as pessoas estavam trabalhando no lixão sem qualquer condição de higiene que permitisse uma mínima prevenção ao contágio pelo coronavírus. Ressalte-se que, nesse caso, a constatação acerca da situação dos trabalhadores do lixão foi feita *in loco*, através de diligência da Promotora e do técnico, que foram ao local avaliar as condições dos trabalhadores, tendo sido constatadas várias violações de direitos, o que novamente revela as características apontadas por Rodrigues (2011): proatividade, no sentido de se antecipar a qualquer informação de que havia trabalhadores sem condições de prevenção à Covid-19, e planejamento, no sentido de realizar uma avaliação prévia dos fatos antes de utilizar os instrumentos extrajudiciais. Todavia, quando do fechamento deste artigo, a solução ainda não havia sido encaminhada, estando o procedimento ainda em andamento.

O mais recente procedimento administrativo (P.A) instaurado visava resguardar os princípios da Igualdade de Condições de Acesso à Escola e de Garantia de Padrão de Qualidade de Ensino, ainda que em contexto de pandemia, pelo município de Baturité. Diante dos diplomas normativos estaduais que sinalizavam a retomada gradual das aulas presenciais, o MP, visando tutelar o direito à educação e a saúde coletiva, instaurou procedimento para acompanhar a movimentação da Secretaria de Educação. Ainda não finalizado, uma vez que a escolha do P.A pressupõe a continuidade do acompanhamento, enquanto for necessário, o diálogo empreendido pelo *Parquet* ainda carecia de resposta da secretaria competente, o que tem sido um desafio recorrente na atuação extrajudicial, uma vez que os órgãos públicos nem sempre atendem aos prazos determinados, sendo necessário reiterar os expedientes com bastante frequência, o que prejudica a busca pelas soluções tão almejadas na esfera extrajudicial.

Não se pode olvidar que 2020 é ano eleitoral, e tal fato não poderia ser apartado do contexto fático ora analisado, notadamente diante da grave situação de saúde mundial. Nesse sentido, foram instaurados procedimentos com vistas a evitar que a Covid-19 fosse utilizada como instrumento de abuso de poder eleitoral, bem como visando evitar que a distribuição do benefício popularmente conhecido como “vale-gás” fosse utilizada para fins eleitoreiros. Com relação à Recomendação emitida a esse respeito, destaque-se o papel do Centro de Apoio competente, que forneceu subsídios para a emissão do referido expediente, evidenciando, uma vez mais, a relação interna dialogal. Ressalte-se que, em todos os processos citados, a saúde pública foi, direta ou indiretamente, tutelada, juntamente com outras áreas de defesa de direitos, cuja atribuição foi conferida à 3ª Promotoria de Justiça de Baturité.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise realizada buscou verificar de que maneira o modelo resolutivo contribuiu para a solução das controvérsias que se apresentam no cotidiano de uma Promotoria de Justiça com atribuição extrajudicial, num momento delicado enfrentado pelo mundo, e que tem exigido das autoridades medidas enérgicas no sentido de minimizar os impactos sociais e econômicos da pandemia.

Por meio dos procedimentos administrativos disponíveis e dos instrumentos para dialogar com os diversos setores da sociedade, evitou-se a materialização das demandas em processos judiciais. As recomendações realizadas pela 3ª PJ demonstram que é possível que o Ministério Público atue de maneira preventiva, o que ganha importância significativa, quando se trata de demandas coletivas. Foi possível vislumbrar, na prática, o que Rodrigues (2011) elenca como características da dinâmica institucional resolutiva, com destaque para: a proatividade, o dinamismo, a intersetorialidade, a relação interna dialogal e a eficiência e gestão de resultados. Ressalte-se que, nos casos analisados, um desafio ainda a ser enfrentado é a letargia de alguns órgãos públicos em responder às provocações realizadas pelo MP, o que acaba atrasando o diálogo e o consenso na busca por soluções. Outra dificuldade, apontada em entrevista concedida pela Promotora titular com atribuição para a tutela coletiva em Baturité, é a inovação. A Promotora aponta que “a grande dificuldade é essa: como ter essa criatividade, notadamente jurídica, pra algo que nunca se vivenciou [uma pandemia], como inovar diante de uma situação sem precedentes”²².

Os procedimentos instaurados, embora tivessem como pano de fundo o contexto de pandemia e, portanto, a saúde pública, englobaram todas as atribuições na seara da tutela coletiva, evidenciando uma visão holística da sociedade, que não deve ser vista de maneira fragmentada ou como se os direitos sociais não estivessem intimamente ligados. Ademais, a Promotoria analisada usou amplamente as ferramentas extrajudiciais à disposição, conforme as necessidades que surgiram, tentando estabelecer um diálogo contínuo com a sociedade e, principalmente, com o poder público. Nesse sentido, a Promotora entende que tais ferramentas, assim como o modelo resolutivo, têm sido bastante eficazes, principalmente pelo fato de que os modelos extrajudiciais de solução de conflitos nunca são fechados, prontos, acabados, estão sempre em aperfeiçoamento e sendo adequados a cada caso²³. Por não padecerem do excessivo rigor e das soluções engessadas do processo judicial, as possibilidades da atuação extrajudicial se mostram

22 Entrevista sonora concedida pela Promotora de Justiça titular da 3ª Promotoria de Justiça de Baturité em 07 de outubro de 2020.

23 *Idem*.

promissoras e têm revelado resultados eficientes no retorno à sociedade.

A despeito de subsistirem diversos obstáculos ao pleno acesso à justiça e à inserção do Ministério Público no seio social, bem como de subsistirem desafios de ordem estrutural e cultural, é possível perceber que o modelo resolutivo, se bem utilizado e valorizado, pode evitar a judicialização de demandas²⁴ e, principalmente, ser eficiente na busca de um MP defensor de direitos e do regime democrático, menos autocentrado e mais focado em seu compromisso como agente transformador da realidade.

O promotor de justiça pode ser um operador do Direito consciente e crítico, almejando uma atuação cercada de valores éticos e humanos. Com efeito, o perfil constitucional da instituição permitiu que o Ministério Público tivesse mais ferramentas de enfrentamento no contexto de pandemia, marcado por demandas sociais que expuseram ainda mais as mazelas e desigualdades do país. Resta ainda a necessidade de superar o obstáculo apontado por diversos autores e ressaltado pela Promotora de Justiça: o “vício em ser um ator de um papel só: o de acusador”.

A resolutividade deve estar centrada na busca por diálogo e soluções para os problemas sociais, não se confundindo com uma visão simplificada de dar destino ou simplesmente resolver os processos instaurados, o que empobreceria o potencial do modelo resolutivo e transformaria o *Parquet* num burocrata carente de papel social. O conceito de cidadania está intimamente relacionado à função constitucional do Ministério Público e deve se imiscuir em toda a sua atuação, seja na judicial, seja na extrajudicial.

THE EXTRAJUDICIAL PERFORMANCE OF THE PUBLIC MINISTRY IN THE PANDEMIC PERIOD: A CASE STUDY IN THE TOWN OF BATURITÉ - CEARÁ – BRAZIL

ABSTRACT

The demand-side profile has always marked the work of the Public Ministry. However, the new attributions of the Parquet granted by the Federal Constitution of 1988 and the extrajudicial instruments that emerged allow the growth of the resolution model, fundamental to avoid judicialization. This article sought to analyze, qualitatively, how the 3rd Prosecutor’s Office in Baturité (CE) used these extrajudicial instruments to solve the demands that arose from March to September 2020, a period marked by the 19-pandemic pandemic. The analysis of the extrajudicial performance of the aforemen-

24 Um dos entraves do modelo demandista, apontado em entrevista pela Promotora de Justiça, é a possibilidade de que os provimentos judiciais, por requererem mais tempo, acabem se desatualizando frente aos problemas sociais, que são fluidos e estão em constante modificação.

tioned prosecutor's office was carried out with reference to the characteristics of the MP's resolving dynamics listed by Rodrigues (2011).

Keywords: State Public Ministry. Resolutive model. Extrajudicial procedures. Covid-19. Baturité.

REFERÊNCIAS

ARANTES, Rogério Bastos. Direito e política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. **Rev. bras. Ci. Soc.**, São Paulo, v. 14, n. 39, p. 83-102, fev. 1999. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69091999000100005&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 26 set. 2020.

ASENSI, Felipe. **Dutra Indo além da judicialização: O Ministério Público e a saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, Centro de Justiça e Sociedade, 2010. 206 p. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10313/Indo%20al%c3%a9m%20da%20Judicializa%c3%a7%c3%a3o%20-%20O%20Minist%c3%a9rio%20P%c3%ablico%20e%20a%20sa%c3%bade%20no%20Brasil.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 26 set. 2020.

COMPLOIER, Mylene. O Ministério Público e a Assembleia Nacional Constituinte: as Origens de um Texto Inovador. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito**, Porto Alegre, v. 10, n. 2, out. 2015. Disponível em: <<https://www.seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/54096/35418>>. Acesso em: 26 set. 2020.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução nº 23, de 17 de setembro de 2007**. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-0231.pdf>>. Acesso em: 06 out 2020.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Manual de negociação e mediação para membros do Ministério Público**. 2. ed. Brasília: CNMP, 2015. 295p.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Nota técnica conjunta nº 1/2020 – CES/CNMP/1ª CCR, de 26 de fevereiro de 2020**. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/noticias/2020/Fevereiro/SEI_CNMP_-_0329748_-_Nota_T%C3%A9cnica_-_Administrativo.pdf>. Acesso em: 05 out. 2020.

ENTREVISTA sonora concedida à autora pela Promotora de Justiça titular da 3ª Promotoria de Justiça de Baturité, Alessandra Gomes Loreto, em 07 de outubro de 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ. **Resolução nº 22, de 09 de março de 2015**. Órgão especial do Conselho de Procuradores de Justiça do Ministério Público Do Estado Do Ceará. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploa->

ds/2015/12/resolucao022.2015-OECPJ.pdf.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ. **Resolução nº 36,06 de julho de 2016. Disponível** em: <<http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2015/12/Resolu%C3%A7%C3%A3o-n%C2%BA-036-2016-OECPJ-Disciplina-e-Regulamenta-a-instaura%C3%A7%C3%A3o-e-tramita%C3%A7%C3%A3o-dos-feitos....pdf>>. Acesso em: 04 out 2020.

RODRIGUES, João Gaspar. Ministério Público resolutivo e um novo perfil na solução extrajudicial de conflitos: lineamentos sobre a nova dinâmica. **De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v.14, n.24, p.138-176, jan./jun. 2015. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1241/Minist%C3%A9rio%20P%C3%BAblico%20Resolutivo.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 06 out. 2020.

SILVA, Joseane Suzart Lopes da. O ministério público e o acesso à justiça em face dos interesses e direitos transindividuais: em busca da resolutividade. **Revista Cidadania e Acesso à Justiça**, Salvador, v. 4, n. 1, p. 114 – 135, jan/jun. 2018. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/210567093.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2020.

ENTRE A SOBREVIVÊNCIA E A
LIBERDADE: A SUSPENSÃO DILATÓRIA
ILIMITADA DA EXECUÇÃO DE ALIMENTOS POR
CONVENÇÃO DAS PARTES E O SEU CARÁTER
RELATIVIZADOR DA PRISÃO CIVIL

*BETWEEN SURVIVAL AND FREEDOM:
THE UNLIMITED DELAY OF EXECUTION OF
MAINTENANCE BY CONVENTION OF THE PARTIES
AND ITS RELATIVIZING CHARACTER OF CIVIL PRISON*

ENTRE A SOBREVIVÊNCIA E A LIBERDADE: A SUSPENSÃO DILATÓRIA ILIMITADA DA EXECUÇÃO DE ALIMENTOS POR CONVENÇÃO DAS PARTES E O SEU CARÁTER RELATIVIZADOR DA PRISÃO CIVIL¹

BETWEEN SURVIVAL AND FREEDOM: THE UNLIMITED DELAY OF EXECUTION OF MAINTENANCE BY CONVENTION OF THE PARTIES AND ITS RELATIVIZING CHARACTER OF CIVIL PRISON

Kamyla Brito Lessa²

RESUMO

A obscuridade da legislação quanto ao cabimento da suspensão consensual ilimitada do processo executório para pagamento parcelado da dívida alimentar, quando o procedimento adotado permite a prisão civil do devedor, instigou a presente reflexão, realizada por intermédio de abordagem qualitativa, utilizando-se método indutivo. Ao ponderar os princípios constitucionais envolvidos — a vida do alimentando e a liberdade do alimentante — e a aplicação da regra especial da proporcionalidade, foi possível compreender o momento em que a suspensão do processo executório alimentar retira a urgência que legitima a decretação da prisão civil do devedor de alimentos.

Palavras-chave: Alimentos. Processo executivo. Suspensão ilimitada. Prisão civil. Liberdade.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo realiza um estudo qualitativo, valendo-se do método indutivo. A pesquisa favorece a compreensão do fenômeno em sua complexidade e peculiaridades. Dessa forma, a reflexão é construída à luz da legislação ordinária, da Constituição Federal, do Pacto São José da Costa Rica, e da jurisprudência sobre a problemática que envolve a

¹ Data de Recebimento: 29/09/2020.

² Especialista em Direito Processual Civil pela UNICHRISTUS. Especialista em Direito Processual Penal pela Escola da Magistratura do Ceará. Especialista em Direito Constitucional e Processo Constitucional pela Escola Superior do Ministério Público do Ceará. Graduada em Direito pela Universidade de Alfenas (MG). Mestre em Planejamento e Políticas Públicas pela Universidade Estadual do Ceará (UECE). Promotora de Justiça. E-mail: kamyla@mpce.mp.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4295271104436116>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7735-258X>.

ausência de regulamentação de prazo para suspensão do processo executório, que visa o recebimento de verba alimentar pela via coercitiva, por acordo celebrado entre as partes para pagamento do débito, em situações em que a extensão do lapso temporal retira a urgência no recebimento da verba alimentar, que fundamenta a restrição da liberdade do devedor de alimentos.

A tutela jurisdicional, que busca a efetivação dos direitos, no seu sentido lato, é a executiva. Assim, quando o credor de dívida alimentar, sejam os alimentos naturais, civis, legítimos, voluntários, definitivos ou provisórios, cobra judicialmente o crédito, a legislação processual não diferencia, em geral, o procedimento para cobrança, seja por intermédio da execução de alimentos — quando tratar-se de título extrajudicial —, seja por meio do cumprimento de sentença — em caso de título judicial definitivo ou provisório (DIAS, 2013).

Quando o credor pleiteia a prisão do devedor de alimentos, é imprescindível que os alimentos sejam atuais. Nesse sentido, o parágrafo 7º, do Art. 528, do Código de Processo Civil e a súmula 309, do Superior Tribunal de Justiça, galgam a classificação dos alimentos em futuro, atual, pretérito e até indenizatórios por atos ilícitos, patamar de certa relevância. Logo, em tal caso, o crédito alimentar deve ser revestido de urgência, como meio a garantir a sobrevivência do alimentando — o que permite justificar a medida extrema do encarceramento do alimentante.

Apesar de a Constituição Federal, no Art. 5º, inciso LXVII, prever a possibilidade de duas hipóteses de prisão civil — quais sejam, a do devedor de alimentos e a do depositário infiel —, somente se sustenta, desde a pacificação pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema, a constrição da liberdade “[...] do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia” (BRASIL, 1988). A Suprema Corte brasileira passou a observar o Pacto São José da Costa Rica (BRASIL, 1992), que em seu Artigo 7º, 7, dispõe: “[...] ninguém deve ser detido por dívidas”. Porém, “este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

O direito à vida — sob a ótica da sobrevivência digna do alimentando, considerado como um princípio constitucional — e o direito à liberdade do alimentante — de semelhante magnitude, ambos relacionados à dignidade da pessoa humana — foram devidamente sopesados pelo legislador, que, ao regulamentar a possibilidade da prisão do devedor de alimentos, fixou balizas, tendo em foco a regra especial da proporcionalidade em seus três aspectos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (SILVA, 2014).

As bases teóricas do neoconstitucionalismo são relevantes para o desenvolvimento do presente trabalho, na medida em que se considera o modelo constitucional do pro-

cesso, termo explorado no Brasil em 1984 por José Alfredo de Oliveira Baracho na obra *Processo Constitucional* (MITIDIERO, 2012). O que impõe ao juiz, ao deparar-se com a situação concreta, realizar a subsunção do fato à prescrição constitucional (Art. 5º, LXVII, da CF/88) e legal (CPC/2015), sopesando os princípios envolvidos, e observando a regra especial da proporcionalidade, assim como fez o legislador originário e também o derivado, no exercício de suas funções.

O magistrado pode — ou melhor, deve afastar a decretação da prisão civil no momento em que verificar que a dívida alimentar perdeu o seu caráter emergencial, por ato conjunto das partes, que acordam com a suspensão por prazo ilimitado do processo executório para pagamento voluntário do débito, não sendo mais o crédito capaz de assegurar a sobrevivência imediata do alimentando, apesar de a dívida permanecer passível de cobrança por meio do procedimento da coerção patrimonial.

Utiliza-se o sopesamento como método de aplicação dos princípios fundamentais da liberdade do alimentante e da vida do alimentando, sob a perspectiva das lições de Robert Alexy e Virgílio Afonso da Silva. Cabe, neste momento, esclarecer que, no presente trabalho, será adotado o conceito de regra, o qual permite afirmar a sua realização pela subsunção do fato à norma. Ou seja, quando o alimentante deixa de pagar o débito, de forma voluntária e inescusável, cabe a decretação da sua prisão civil como consequência, enquanto o princípio será efetivado por sopesamento. Portanto, ocorrendo a inadimplência, cabe ponderar, no caso concreto, qual princípio deve prevalecer, a vida ou a liberdade.

Assim, pretende-se compreender se a suspensão do processo executório pode ser capaz de retirar a urgência da cobrança do débito alimentar, requisito primordial a autorizar a prisão civil por dívida. Para tanto, parte-se de uma breve abordagem sobre a compreensão do cabimento da prisão civil, seguindo-se com o estudo dos aspectos das tutelas executivas, a suspensão ilimitada do processo de execução, que visa o recebimento de crédito alimentar e chega-se ao seu ápice, ponderando sobre os princípios constitucionais da liberdade do alimentante e da vida do alimentando. Isso permitirá o arremate da problematização, no sentido de delimitar a possibilidade de suspensão convencional para pagamento parcelado, pelo prazo máximo de 6 (seis) meses, sem desnaturar o rito da prisão civil.

2 DO CABIMENTO DA PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA ALIMENTAR

A história demonstra que as penas corporais foram modificadas ao longo do tempo quanto à sua fundamentação e às modalidades. Na Antiguidade, como forma de proteção física do infrator até o seu julgamento, quando era autorizada a pena de morte,

mutilações e açoites. No período medieval, para servir de exemplo à coletividade, evitando o cometimento de condutas consideradas inadequadas. Na Idade Moderna, “[...] iniciou-se um movimento de grande transcendência no desenvolvimento das penas privativas de liberdade, a criação e construção de prisões organizadas para a correção dos apenados” (BITENCOURT, 2008, p. 440; BECCARIA, 2005).

Entretanto, percebeu-se que o instituto da prisão, de certo modo, fracassou, pois sua “[...] função de corrigir o criminoso retribuindo sua falta não se cumpria”. Assim, apesar do surgimento e aprimoramento de outras penas alternativas, subsiste, atualmente, a pena de prisão, de modo excepcional, como um mal ainda necessário, o que permite concluir que a regra é a não prisão. Inclusive, a Constituição Federal de 1988 reza, no *caput* do Art. 5º, sobre a inviolabilidade ao direito à liberdade, pormenorizando as situações de restrição deste direito em alguns incisos do citado artigo, como: LXI, LXV, LXVI e LXVII (BITENCOURT, 2008, p. 444).

A coerção pessoal, como forma de compelir o devedor a pagar sua dívida, permanece como resquício de prática extinta na Roma republicana. A respeito da visão histórica da prisão civil, oportuna a valiosa lição de Alfredo Buzaid (1952, p. 43-53):

No período das ‘*legis actiones*’, a execução se processava normalmente contra a pessoa do devedor, através da ‘*legis actio per manus iniectionem*’. Confessada a dívida, ou julgada a ação, cabia a execução trinta dias depois, sendo concedido êsse prazo a fim de o devedor poder pagar o débito. Se êste não fôsse solvido, o exeqüente lançava as mãos sôbre o devedor e o conduzia a juízo. Se o executado não satisfizesse o julgado e se ninguém comparecesse para afiançá-lo, o exeqüente o levava consigo, amarrando-o com uma corda, ou algemando-lhe os pés. A pessoa do devedor era adjudicada ao credor e reduzida a cárcere privado durante sessenta dias. Se o devedor não se mantivesse à sua custa, o credor lhe daria diàriamente algumas libras de pão. Durante a prisão era levado a três feiras sucessivas e aí apregoado o crédito. Se ninguém o solvesse, era aplicada ao devedor a pena capital, podendo o exeqüente matá-lo, ou vendê-lo ‘*trans Tiberim*’. Havendo pluralidade de credores, podia o executado na terceira feira ser retalhado; se fôsse cortado a mais ou a menos, isso não seria considerado fraude. [...]

O extremo rigor do primitivo processo civil romano não perdurou largo tempo. Fez-se logo sentir a necessidade de uma reforma. Em 428, ou 441, foi publicada a ‘*Lex Poetelia*’: seu objetivo foi, por um lado, fortalecer a intervenção do juiz. Assim foi abolida a facul-

dade de matar o devedor insolvente, de vendê-lo como escravo, ou de detê-lo na cadeia, bem como proibido o uso da ‘*manus injectio*’ contra o devedor não ‘*confessus*’, nem ‘*judicatus*’. Tornava-se indispensável a intervenção do magistrado mesmo quando o devedor se tivesse obrigado pelas formas solenes do ‘*nexum*’.

A prisão civil tem previsão constitucional, podendo ser decretada em caso de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e infidelidade depositária (Art. 5º, LXVII, da CF/88). Conquanto, após amplo debate, a Suprema Corte brasileira decidiu que somente pode ser preso civilmente o devedor de alimentos³ nas estritas hipóteses previstas na legislação — ou seja, desde que o inadimplemento seja voluntário e inescusável, comprovado no caso concreto, diante dos interesses envolvidos, associada com a urgência no recebimento da dívida⁴.

A Constituição Federal de 1988 traz diversos princípios que devem ser ponderados no caso concreto, na busca da melhor justiça, cabendo, inclusive, a restrição dos direitos fundamentais envolvidos para atingir a sua devida acomodação. Ora, quando o Estado priva a liberdade do indivíduo, certamente encontra seu ápice de força de *Imperium*, propiciando maior possibilidade de atingir o objetivo da norma, que, na hipótese tratada neste trabalho, é o recebimento da verba alimentar, a qual assegurará a sobrevivência do alimentando, conquanto, sem se descuidar de certas balizas limitadoras, sob pena de abusos e consequente mácula de inconstitucionalidade (BECCARIA, 2005).

3 ASPECTOS DAS TUTELAS EXECUTIVAS ALIMENTARES

Na doutrina brasileira, consoante os ensinamentos de Baracho e Dierle Nunes, o processo passa a ser considerado um direito fundamental de estar em juízo, com a observância das garantias constitucionais, quais sejam: contraditório, ampla defesa, imparcialidade do julgador, fundamentação das decisões, razoável duração do processo, publicidade dos atos, entre outros. É em tais searas que se busca a máxima efetivação dos princípios constitucionais, tidos como mandamentos de otimização (ALEXY, 2008).

A satisfação de um crédito alimentar reconhecido em um título judicial ou extrajudicial, que não foi cumprido voluntariamente pelo devedor, busca-se, respectivamente, por intermédio do cumprimento da decisão ou do processo de execução estrito senso.

3 No julgamento do HC 87.585-8, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, revogou a súmula 619 do STF, que tratava da prisão civil do depositário judicial (BRASIL, 2009).

4 “Art. 528 [...]. §7º O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende até as 3 (três) prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo [...]” (BRASIL, 2015, online).

“A tutela jurisdicional oferecida pelo Estado-Juiz pode ser definitiva ou provisória [...]. Há dois diferentes tipos de tutela definitiva satisfativa: a tutela de certificação de direitos (declaratória, constitutiva e condenatória) e a tutela de efetivação dos direitos (tutela executiva, em sentido amplo)” (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 562).

O procedimento do cumprimento de sentença, que reconhece a exigibilidade de obrigação de prestar alimentos, está regulamentado no Art. 528 e seguintes do Código Processual Civil, sendo possível seu processamento por coerção patrimonial, coerção pessoal ou desconto em folha de pagamento. A execução de alimentos, por sua vez, encontra-se disciplinada no Art. 911 e seguintes do Código de Processo Civil, podendo o credor também escolher uma das três hipóteses procedimentais *suslo* mencionadas. Ressalvada a prioridade do desconto em folha, se ocorrer a hipótese do Art. 529 ou Art. 912 do citado Código, por ser medida menos gravosa se comparada à coerção pessoal, assim como no tocante ao grau, de maior efetividade no recebimento do crédito, conciliando os interesses do alimentante e alimentando.

Posto isso, algumas peculiaridades merecem aprofundamento no que tange ao procedimento de coerção pessoal. Na execução de alimentos, o devedor deve ser citado (Art. 911, do CPC), enquanto no cumprimento de decisão, como já existe processo, o devedor será intimado pessoalmente (Art. 528, do CPC). Em se tratando de alimentos provisórios ou alimentos fixados em sentença ainda não transitada em julgado, o pedido será processado em autos apartados (§1º, Art. 531, do CPC), com o intuito de evitar confusão procedimental.

O débito alimentar que autoriza a prisão é aquele indispensável à sobrevivência do alimentando, daí a sua limitação até as três últimas prestações vencidas anteriormente ao ajuizamento da execução, e as que se vencerem no curso do processo (Art. 528, parágrafo 7º, do CPC), posto que, em regra, é verossímil afirmar que, quando o credor demora para cobrar os alimentos devidos, é porque eles deixaram de ser essenciais à sua sobrevivência, não se justificando a medida extrema e excepcional da prisão civil.

Atentando para referidas peculiaridades, o Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2005) editou a súmula n.º 309, restringindo a utilização do meio coercitivo para compelir o pagamento das três últimas prestações vencidas, sob o fundamento de que a dívida alimentar acumulada perde o caráter de indispensabilidade, portanto despicienda a garantir direito fundamental do alimentando. Referida exigência foi transposta para o Código de Processo Civil, *ipsis litteris*, no parágrafo 7º, do Art. 528, conforme já mencionado.

No seu âmago, a citada súmula tem fundamento político-social, na medida em que a prática demonstra que a oneração demasiada do devedor, por prazo superior aos três meses, inviabiliza o pagamento da dívida, deixando a norma de atingir o objetivo de

efetivar o direito do credor/alimentando. Sem contar a inflamação de um grave problema social, qual seja, a superlotação dos estabelecimentos prisionais e a deficitária estrutura estatal.

Decisões importantes da Suprema Corte do país alinham-se no sentido de relativizar direitos e garantias constitucionais. Merece transcrição trecho do voto do Relator Ministro Celso de Mello:

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas — e considerado o substrato ético que as informa — permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. (BRASIL, 2000, *on-line*).

O Estado Democrático de Direito, com suas múltiplas dimensões, não pode elevar um princípio constitucional a uma blindagem absoluta, pois outros princípios de igual hierarquia merecem tutela equivalente. Ora, determinadas situações justificam a prisão civil do devedor de alimentos, porém, os motivos que autorizaram a medida extrema devem ser reavaliados constantemente, e não estando mais presentes, carecem de dar prevalência ao princípio constitucional da liberdade. Portanto, o caráter relativo dos princípios da liberdade e vida permite a coexistência harmônica.

De fato, no direito pátrio, a dívida alimentar é a única hipótese em que a Constituição Federal admite a prisão por dívida. Diante da excepcionalidade da medida coercitiva, que restringe o direito à liberdade do alimentante, de comparável dimensão e importância ao direito à sobrevivência do alimentando, atrelado na mesma proporção à dignidade da pessoa, impõe fatal restrição à sua interpretação. Ademais, o legislador originário, ao promulgar a Constituição; o legislador ordinário, ao aprovar o Código de Processo Civil; e o magistrado, ao se deparar com o caso concreto a ser julgado, devem sopesar os princípios constitucionais envolvidos e a regra especial da proporcionalidade.

4 SUSPENSÃO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO QUE VISA O RECEBIMENTO DO CRÉDITO ALIMENTAR

No tocante à suspensão do processo, oportunas as lições de Araken de Assis (2017, p. 712): “Entende-se por suspensão do processo, portanto, o sobrestamento temporário da relação processual, ante uma crise provocada em seu curso regular por ato ou fato jurídico”. E, entre as hipóteses previstas no Código de Ritos Civil, a que interessa a este trabalho é a suspensão do processo de execução para que o devedor cumpra a obrigação no prazo convencionado pelas partes — em caso de descumprimento, ensejará o prosseguimento do processo no estado que se encontrava quando foi determinada a suspensão”⁵.

Nos Arts. 313 a 315, do Código de Processo Civil, verificam-se as regras gerais quanto à suspensão do processo. Já mais adiante, nos Arts. 921⁶ a 923, do mesmo Código, encontra-se disciplinada a suspensão do processo de execução. Sendo que o Art. 921, I, do referido Código, faz referência à aplicabilidade das disposições da parte geral, no que couber. A suspensão do processo, prevista no Art. 313, II, do Código de Processo Civil, qual seja, “[...] pela convenção das partes”, difere da prevista no Art. 921, V, do Código de Processo Civil, que será concedida pelo juiz, do parcelamento de que trata o Art. 916, do Código de Processo Civil, que exige depósito de 30% (trinta por cento) da dívida e é considerado um direito do devedor. Ambos diferem da suspensão prevista no Art. 922⁷ da mesma lei, que também se refere à hipótese de suspensão por convenção das partes, mas para o cumprimento voluntário da obrigação (BRASIL, 2015).

Tanto a suspensão do Art. 313, II, quanto a do Art. 916 — ambos do Código de Processo Civil — têm o prazo limitado por até 6 (seis) meses. Conquanto, o prazo da suspensão é ilimitado na hipótese do Art. 922 do Código de Processo Civil. Daí advêm alguns problemas, já que, quando a suspensão ultrapassa o limite de 6 (seis) meses, não há como sustentar a urgência do recebimento do crédito. Destarte, a possibilidade de eventual descumprimento do acordo pode gerar o retorno do prosseguimento do pro-

5 “DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. ACORDO. PARCELAMENTO DA DÍVIDA. SUSPENSÃO DO PROCESSO. I. Consoante estabelece o art. 922 do CPC, Convindo as partes, o juiz declarará suspensão a execução durante o prazo concedido pelo credor, para que o devedor cumpra voluntariamente a obrigação. Findo o prazo, se não houver o cumprimento da obrigação, retoma-se o curso da execução. II. Deu-se provimento ao recurso.” (DISTRITO FEDERAL, 2019a, *on-line*)

6 “Art. 921. Suspende-se a execução: I - nas hipóteses dos arts. 313 e 315, no que couber; II - no todo ou em parte, quando recebidos com efeito suspensivo os embargos à execução; III - quando o executado não possuir bens penhoráveis; IV - se a alienação dos bens penhorados não se realizar por falta de licitantes e o exequente, em 15 (quinze) dias, não requerer a adjudicação nem indicar outros bens penhoráveis; V - quando concedido o parcelamento de que trata o art. 916.” (BRASIL, 2015, *on-line*).

7 “Art. 922. Convindo as partes, o juiz declarará suspensão a execução durante o prazo concedido pelo exequente para que o executado cumpra voluntariamente a obrigação. Parágrafo único. Findo o prazo sem cumprimento da obrigação, o processo retomará o seu curso.” (BRASIL, 2015, *on-line*).

cesso e ressuscitamento do decreto prisional, se este já tiver sido decretado e suspenso. Logo, o prazo máximo de 6 (seis) meses deve ser utilizado também para delimitar a suspensão do Art. 922 do Código de Processo Civil, quando o rito adotado autorizar a constrição da liberdade do devedor.

Levando em consideração que o próprio ordenamento jurídico traz regras que delimitam o prazo para cobrança da verba alimentar sob o rito da prisão civil, o qual coincide com o vencimento das três últimas prestações vencidas anteriormente à propositura da ação executória, no sentido lato, autorizar a suspensão por prazo superior a 6 (seis) meses — que é o prazo máximo para as suspensões convencionais genéricas — causaria, certamente, falta de unidade e coerência ao sistema jurídico, pois permitiria, por via transversa, a prisão civil por dívida que perdeu a urgência e, conseqüentemente, seu poder de garantir a sobrevivência do alimentando.

Resta demonstrar que a consideração do Direito como um sistema de normas tem várias conseqüências práticas, das quais vamos apontar a seguir as três mais importantes. Como todo sistema há de ser coerente, isento de incongruências, a primeira e talvez mais importante conseqüência prática da ideia de sistema consiste em que as incongruências ou antinomias devem ser eliminadas. A segunda conseqüência importante da ideia de sistema consiste na sua utilização como elemento indispensável na busca do significado das prescrições jurídicas. Finalmente, a terceira conseqüência importante da ideia de sistema consiste em que as lacunas cuja presença consubstancie uma incongruência devem ser de pronto eliminadas pelo intérprete. (MACHADO, 2004, p. 164).

O desafio é conciliar os princípios constitucionais envolvidos na suspensão ilimitada do processo executório, quando a pena pelo descumprimento do acordo pode atingir a liberdade do devedor, pois, apesar de o legislador constituinte e, posteriormente, o ordinário, ao sopesar os princípios envolvidos, terem dado prioridade ao direito à vida do alimentando para justificar a medida extrema e restringir a liberdade do alimentante, descrevendo balizas a serem observadas, tendo em vista a regra especial da proporcionalidade, deixou uma lacuna em não delimitar o prazo máximo da suspensão para pagamento parcelado. Assim, caberá ao julgador, ao se deparar com o caso concreto — mais uma vez sopesando os princípios e observando a regra especial da proporcionalidade —, ao verificar que as partes concordam com o parcelamento da dívida por prazo superior a 06 (seis) meses, reconhecer que não há mais a urgência que justifique a prisão, e a partir daí preponderar pela liberdade do alimentante.

Cabe destacar, outrossim, que a pessoa que está ameaçada de prisão encontra-se em uma situação de hipossuficiência, com clara restrição do seu poder de negociação, tendo sua vontade viciada, o que determina, muitas vezes, a assinatura de um acordo para pagar o débito em, por exemplo, doze parcelas, sem prejuízo das parcelas vincendas, com o intuito de livrar-se do cárcere, porém, passados alguns meses, não consegue honrar a dívida, apesar de manter o pagamento das mensalidades ordinárias em dia. Não subsistindo risco para sobrevivência do alimentando, que, além de já ter recebido parte da dívida, vem usufruindo mensalmente da pensão, tornando inconstitucional a prisão, quando o curso do processo executório é retomado, pois estaria fundada em dívida pretérita, que não se serve ao objetivo primário.

Aplicável neste ponto os ensinamentos de Robert Alexy (2008, p. 94), quando esclarece que “[...] o conflito entre regras ocorre na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem para além dessa dimensão, na dimensão do peso [...]”. Nessa toada, se em determinado momento era justificável a prevalência do princípio que albergava os interesses do alimentando, autorizando a prisão do alimentante, com a suspensão por um lapso temporal longo, ou seja, acima de 6 (seis) meses, que é o prazo máximo de suspensão por convenção das partes (Art. 313, II, do CPC), passa-se a exigir a acomodação dos princípios, com a preponderância dos interesses relacionados à liberdade do alimentante.

É preciso consignar, entretanto, a existência de decisões em sentido contrário ao raciocínio aqui desenvolvido, que não enfrentam a temática na sua complexidade, simplesmente autorizando o parcelamento por tempo indeterminado e a suspensão do processo, com o seu prosseguimento em caso de descumprimento, sob o mesmo rito da prisão. Referidos julgados só analisam o fundamento da perenidade excessiva, não enfrentando a acomodação dos princípios em jogo, diante da nova realidade advinda de um descumprimento do acordo, após o prazo de 6 (seis) meses suspenso o processo e, conseqüentemente, eventual mandado de prisão.

Malgrado, contudo, a razoabilidade da acomodação da preponderância dos princípios envolvidos, não foi localizada, na jurisprudência pátria, o enfrentamento da matéria sob esta perspectiva, permanecendo regras petrificadas no que tange à inteligência do Art. 922, do Código de Processo Civil, sustentando a impossibilidade de extinção do processo por convenção das partes, ressaltando que o mesmo deve ficar suspenso pelo prazo concedido pelo credor⁸.

8 “APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ALIMENTOS. EXECUÇÃO. RITO DA PRISÃO. ACORDO ENTRE AS PARTES. PARCELAMENTO DA DÍVIDA. IMPOSSIBILIDADE DE EXTINÇÃO DO FEITO. SUSPENSÃO. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 922 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CPC. CASSAÇÃO DA SENTENÇA. PROSSEGUIMENTO DO FEITO ATÉ INTEGRAL CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Na hipótese de haver pedido de suspensão da demanda de execução de alimentos pelo

Por outra vertente, apesar de o Supremo Tribunal Federal⁹ e o Superior Tribunal de Justiça¹⁰, em regra, não conhecerem de *Habeas Corpus* como supedâneo ao recurso de agravo de instrumento — que é a via adequada para atacar a decisão que decreta a prisão civil do devedor de alimentos —, há decisões desses Tribunais reconhecendo a ausência de atualidade do débito e de urgência na prestação dos alimentos, deferindo o *writ*. Tal procedimento autoriza a conclusão de que as referidas Cortes, quando instadas a se pronunciarem sobre os princípios em conflito e a regra especial da proporcionalidade, analisam os requisitos constitucionais e legais que fundamentam a excepcionalidade da prisão e, por vezes, deferem o *writ*, inclusive preventivo, evitando o encarceramento.

Diante de tais argumentos, permite-se sustentar que, apresentando as partes — credor e devedor — minuta de acordo em que se defere prazo superior a 6 (seis) meses para pagamento do débito, deve o juiz homologar o acordo imediatamente, extinguindo o processo e expedindo, se for o caso, contra mandado de prisão, priorizando a liberdade do alimentante e ressaltando que, em caso de eventual descumprimento da avença, o débito remanescente poderá ser perseguido pela via da constrição patrimonial.

Além disso, cabe ao magistrado proferir referida decisão, sem possibilitar que as partes se manifestem quanto à impossibilidade da suspensão do processo pelo prazo avençado, mitigando os princípios do contraditório e da não surpresa da decisão, posto que, manter o devedor no cárcere, ou chancelar uma possibilidade futura de prisão civil em caso de descumprimento do acordo, já tendo o julgador detectado que o inadimplemento não é mais voluntário e nem inescusável, muito menos atual, seria proferir uma decisão eivada de ilegalidade e inconstitucionalidade. Ressalte-se que, na hipótese fática do pleito de suspensão ser por lapso inferior aos 6 (seis) meses, deve ser acolhido pelo juiz com a suspensão do processo, consoante o Art. 922 do Código de Processo Civil.

5 PONDERAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: LIBERDADE DO ALIMENTANTE E VIDA DO ALIMENTANDO

Como já destacado, quando o alimentante não cumpre com sua obrigação alimentar, surge, para o credor, o direito de exigir do devedor o seu cumprimento, sob rito processual que pode desaguar na decretação da prisão civil do inadimplente. Não obstante,

rito da prisão, ante o acordo celebrado entre as partes para que o devedor/genitor pague a dívida, deve haver a suspensão do processo pelo período dado pelo exequente para cumprimento da obrigação (aplicação do artigo 922 do CPC) e não a extinção do feito, com resolução do mérito, ainda que sob o fundamento de perenidade excessiva. 2. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA CASSADA.” (DISTRITO FEDERAL, 2020, *online*).

9 Cf. Supremo Tribunal Federal. HC 121.426/SP. Relator: Min. Marco Aurélio. Primeira Turma, Julgado em 14/03/2017 (BRASIL, 2017).

10 Cf. Superior Tribunal de Justiça. HC 447.620 SP. Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 07/08/2018 (BRASIL, 2018, *on-line*).

quando o credor busca sua sobrevivência, o faz calcado no direito à vida e, por outro lado, ao resistir em satisfazer a dívida, o devedor não quer, evidentemente, ser preso, albergado pelo direito à liberdade. Quando esses dois direitos fundamentais, relacionados à dignidade da pessoa, estão em confronto, surge a colisão que deve ser solucionada com a relativização e a ponderação do que deve prosperar na casuística.

“[...] De outra parte, o fato de a dignidade da pessoa humana constituir um conceito dinâmico e sempre passível (e mesmo também carente) de concretização, bem como a circunstância de que a própria discussão em torno de seu sentido teórico e prático [...] revelam o quanto a dignidade cumpre sua função referencial vinculante para o processo decisório no meio social” (SARLET, 2015, p. 179-180).

O direito de ir e vir, desde os primeiros textos constitucionais, é assegurado ao homem como ínsito à sua própria natureza humana, e foi tratado por Jaques Rousseau como direito inalienável, podendo ser restringido em hipóteses legais definidas previamente — por exemplo, em caso de cometimento de crime, assim como a excepcional prisão civil por dívida alimentar. A sobrevivência, como um direito à vida, também tem previsão constitucional remota e permanece hígida na atualidade. Ambos os direitos, conforme já afirmado, são facetas da dignidade da pessoa humana, sendo possível que determinada sociedade priorize um em detrimento do outro em determinadas situações fáticas capazes de justificar a ponderação.

Sobre as colisões entre os princípios, são aplicáveis os ensinamentos de Robert Alexy (2008, p. 93-94):

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem - o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência.

No parágrafo 3º do Art. 528, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), o legislador diz que, se o executado não tomar nenhuma das providências previstas no dispositivo, ele será preso. Trata-se de uma regra efetivada por meio de subsunção do fato à norma, ou seja, praticada aquela conduta descrita advirá a consequência prevista, que visa garantir a sobrevivência do alimentando, e por consequência, resguardar o princípio constitucional atinente à proteção da vida. É oportuno consignar que, para chegar neste modelo de regra, o legislador já tinha realizado o sopesamento dos princípios envolvidos.

Por outro lado, quando no Art. 5º da Constituição Federal o legislador originário reza sobre a inviolabilidade do direito à liberdade, referida norma traz no seu bojo um outro princípio constitucional. Assim, a decretação da prisão civil depende da observância de estritos parâmetros, pois deve ser guiada pelo princípio da liberdade, o que permite concluir que a sua aplicabilidade deve restringir-se aos limites constitucionais e legais. Assim, o operador do direito deve estar alerta aos requisitos que fundamentam a medida extrema. Nesta etapa, caberá ao magistrado, ao deparar-se com o caso concreto, subsumi-lo à regra, mas também recorrer à regra especial da proporcionalidade.

Virgílio Afonso da Silva esclarece que o próprio Robert Alexy, ao desenvolver o tema, expõe a dificuldade de uma fórmula simples e objetiva, já que envolve uma gama de variáveis. De qualquer modo, mais importante do que fórmulas matemáticas é a busca de arcabouço valorativo e argumentativo (SILVA, 2014). Com todas as dificuldades, o autor defende a importância do sopesamento:

[...] conforme já defendi em outra ocasião, ‘não é possível pretender alcançar, com o procedimento de sopesamento, uma exatidão matemática, nem substituir a argumentação jurídica por modelos matemáticos e geométricos. Esses modelos podem, quando muito, servir de ilustração, pois a decisão jurídica não é nem uma operação matemática, nem puro cálculo’. Mais importante que buscar fórmulas matemáticas é a busca de regras de argumentação, critérios de valoração ou a fundamentação de precedências condicionadas. (SILVA, 2014, p. 176).

Com o desiderato de realizar a regra especial da proporcionalidade, Virgílio Afonso da Silva elenca três perguntas, que, ao serem respondidas, possibilitam a afirmação de que aquela ilação é ou não proporcional e, conseqüentemente, constitucional. Tais questionamentos serão aplicados para solucionar a obscuridade na legislação quanto à ausência de prazo para suspensão do processo executório, por acordo das partes, para pagamento parcelado do débito, na execução pelo rito da prisão.

O primeiro questionamento está relacionado à adequação: “A medida adotada é adequada para fomentar a realização do objetivo perseguido?” (SILVA, 2014, p. 170). A prática forense permite afirmar que sim, já que quando o devedor sabe que pode ser preso se não realizar o pagamento da dívida no prazo de 3 (três) dias, acaba, na maioria das vezes, pagando, agilizando os processos executórios que seguem o rito da prisão civil, diferentemente da morosidade que afeta os processos que seguem o rito da constrição patrimonial — mesmo porque, muitas vezes, o devedor sequer tem patrimônio para fazer frente ao débito.

A segunda pergunta está relacionada à necessidade, ou seja: é possível realizar o direito perseguido de forma eficiente, com uma menor restrição do direito atingido? Sim, desde que o ato estatal que limita a liberdade do alimentante devedor consiga proteger a vida do alimentando, por ser um meio rápido, isto é, eficiente, na medida em que o executado tem 3 (três) dias para tomar uma providência, que é pagar, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de fazê-lo. Outrossim, a lei delimita o prazo de prisão, de 1 (um) a 3 (três) meses, restringindo, portanto, o mínimo possível a liberdade do devedor (SILVA, 2014).

A terceira pergunta diz respeito à proporcionalidade em sentido estrito, que é um sopesamento entre os direitos envolvidos. Nesse sentido, questiona-se: a medida restringe um direito fundamental somente o suficiente para justificar a realização de outro direito fundamental? Este terceiro questionamento só será positivo, se forem também observadas balizas para realizar uma mínima restrição da liberdade do alimentante, suficiente para garantir a vida do alimentando.

Sob este terceiro enfoque, verificam-se algumas disposições na própria Constituição Federal e lei processual, quais sejam: somente as três últimas parcelas anteriores ao ajuizamento da ação são passíveis de serem cobradas pela via coercitiva (CPC/2015), já que, se o alimentando conseguiu sobreviver por mais de três meses sem a pensão alimentícia, é porque tal valor não era imprescindível à garantia da sua vida. E, quando o inadimplemento for voluntário e inescusável (CF/1988), ou seja, o devedor tinha o dinheiro para pagar mais e priorizou outros compromissos menos importantes que a vida do seu dependente financeiro, portanto, sua postura é imperdoável, indesculpável.

Finalmente, a proposta defendida ao longo do presente artigo, qual seja: quando credor e devedor acordarem pela suspensão do processo executivo, sob o rito da prisão, para pagamento parcelado da dívida, esta suspensão dilatória deve observar o prazo máximo de 6 (seis) meses, sob pena de desnaturar o rito da prisão, visto que, descumprindo o devedor o acordo e sendo decretada a prisão civil do inadimplente, esta decisão será desproporcional, por não observar a proporcionalidade estrito sensu, portanto, é inconstitucional.

Nesse contexto, caso as partes apresentem acordo que preveja a suspensão do processo por prazo superior ao acima mencionado, cabe ao magistrado homologar a avença, colocar o devedor em liberdade, se ele estiver preso, e extinguir o processo executório, com fundamento no Art. 487, III, b, c/c parágrafo único, do Art. 771, do Código de Processo Civil, quando se tratar de execução de alimentos ou, nos termos do Art. 487, III, b, c/c Art. 513 e parágrafo único, do Art. 771, todos do Código de Processo Civil, na hipótese de cumprimento de sentença. Em qualquer dessas hipóteses, deve o julgador ressaltar que, em caso de descumprimento do acordo, o débito remanescente poderá ser cobrado pelo rito da coerção patrimonial.

6 CONCLUSÃO

O ordenamento jurídico regulamenta a cobrança do débito alimentar por meio da expropriação patrimonial, ao tempo em que disponibiliza, também, a prisão civil como mecanismo de coerção do devedor ao cumprimento da obrigação alimentar. Esse meio coercitivo, por atingir o princípio constitucional da liberdade do alimentante, deve ser utilizado sob o filtro da regra especial da proporcionalidade. Para tanto, deve passar pela análise de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A liberdade e a vida são princípios constitucionais que devem ser relativizados, quando ocorre uma antinomia principiológica, sendo necessário o devido sopesamento diante do suporte fático, dando-se prevalência a um ou outro princípio a depender das circunstâncias do caso concreto.

O legislador, constitucional e infraconstitucional, ao elaborar as normas que autorizam a decretação da prisão civil, realizou o devido sopesamento dos princípios constitucionais da liberdade do alimentante e da vida do alimentando, delimitando as balizas que fundamentam a priorização da vida do alimentando. Entretanto, quando a lei autoriza a suspensão ilimitada do processo executório para pagamento parcelado da dívida por convenção das partes, permitindo o prosseguimento do processo em caso de descumprimento do acordo sem adequar às peculiaridades do processo — que pode redundar na decretação da prisão civil do devedor —, abre-se uma lacuna capaz de tornar a prisão civil inconstitucional por inobservância da regra da proporcionalidade em sentido estrito.

Apesar do sopesamento dos princípios envolvidos ter sido realizado pelo legislador, ao produzir a regra prevista na Constituição (Art. 5º, LXVII, da CF) e no Código de Processo Civil, na regulamentação do rito do processo executivo que autoriza a prisão civil, apresentando balizas que fundamentam a regra especial da proporcionalidade, também, ao deparar-se com o caso concreto, cabe ao magistrado fazer a subsunção do

fato à norma, além de repassar as balizas que fundamentarão sua decisão, realizando a regra especial da proporcionalidade nas três etapas mencionadas, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Outrossim, com o consenso das partes no tocante ao parcelamento do débito alimentar por prazo superior a 6 (seis) meses, o próprio alimentando passa a reconhecer, implicitamente, a ausência de descumprimento voluntário e inescusável da obrigação alimentar pelo devedor, retirando o manto protetor da constitucionalidade da prisão civil por dívida, conforme exige o Art. 5º, LXVII, da Constituição Federal.

Destarte, é plausível sustentar que a suspensão por até 6 (seis) meses — prazo máximo previsto no Código de Processo Civil (parágrafo 4º, do Art. 313, do CPC) para suspensão do processo de conhecimento por convenção das partes — seria o limite para permitir que, em caso de descumprimento do acordo para pagamento parcelado, o processo executório retome o seu curso no estado em que se encontrava, possibilitando, ainda, a decretação da prisão civil ou o cumprimento do mandado de prisão eventualmente suspenso. Prioriza-se, portanto, o recebimento do crédito e, conseqüentemente, o direito fundamental à vida do alimentando.

Por conta disso, quando o julgador se deparar com um pedido de suspensão por prazo superior ao referido limite, nos moldes acima descritos, é premente homologar o consenso, determinar a expedição de contramandado de prisão, se este já tiver sido expedido, e extinguir o processo com fundamento no Art. 487, III, b c/c parágrafo único do Art. 771, ambos do Código de Processo Civil. Ressalvando, em caso de descumprimento, a possibilidade da cobrança do débito remanescente pela via expropriatória, não coercitiva, sob pena de causar um desequilíbrio entre a restrição da liberdade do alimentante e a realização do direito à vida do alimentando.

Espera-se contribuir com a prática forense, no sentido de subsidiar a acolhida dessa conclusão, com a construção de jurisprudência que passe a acomodar, com certa segurança jurídica, os princípios constitucionais envolvidos na problemática, realizando as devidas ponderações, para propiciar um equilíbrio entre a restrição da liberdade do alimentante, na medida necessária para resguardar a sobrevivência do alimentando. Tendo em vista que a suspensão ilimitada suprime a urgência do recebimento do crédito alimentar — requisito fundamental para justificar a medida extrema da prisão, como meio de compelir o pagamento da dívida e, portanto, proteger a vida do alimentando.

BETWEEN SURVIVAL AND FREEDOM: THE UNLIMITED DELAY OF EXECUTION OF MAINTENANCE BY CONVENTION OF THE PARTIES AND ITS RELATIVIZING CHARACTER OF CIVIL PRISON

ABSTRACT

The obscurity of the legislation regarding the appropriateness of the unlimited consensual suspension of the enforcement process for payment in installments of the food debt, when the procedure adopted allows the civil debtor to be imprisoned, prompted the reflection carried out through a qualitative approach, using an inductive method. When weighing the constitutional principles involved — the life of the student and the freedom of the student — and the application of the special rule of proportionality, it was possible to understand the moment when the suspension of the food enforcement process removes the urgency that legitimizes the decree of the prison maintenance debtor.

Keywords: Food. Executive process. Unlimited suspension. Civil prison. Freedom.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 19 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3. ed. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal**. 12 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1: parte geral.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, Senado, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 fev. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial União [DOU], Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_at_o2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 8 mar. 2020.
- BRASIL. **Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Diário Oficial da União [DOU], Brasília, DF, 06 nov. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/decreto678.htm.

www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 309**: O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo. (*) (*) julgando o HC 53.068-MS, na sessão de 22/03/2006, a Segunda Seção deliberou pela ALTERAÇÃO da súmula n. 309. REDAÇÃO ANTERIOR (decisão de 27/04/2005, DJ 04/05/2005): O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores à citação e as que vencerem no curso do processo. (Súmula 309, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/03/2006, DJ 19/04/2006 p. 153). Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=%28sumula%20adj1%20%27309%27%29.sub>. Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 121.426/SP**. Relator: Min. Marco Aurélio. Primeira Turma, Julgado em: 14/03/2017. Data de publicação DJe: 29/03/2017. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/769711845/habeas-corporis-hc-121426-sp-sao-paulo-9957002-6420141000000/inteiro-teor-769711855?ref=serp>. Acesso em: 20 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 87.585-8/TO**. Relator: Ministro Marco Aurélio, Data de Julgamento: 03/12/2008. Tribunal Pleno, Data de Publicação no DJe: 26/06/2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>. Acesso em: 20 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 23.452/RJ**. Relator: Ministro Celso de Mello, Data de Julgamento: 16/09/1999. Tribunal Pleno, Data de publicação: 12.05.2000, p. 20. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/738746/mandado-de-seguranca-ms-23452-rj>. Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 447.620/SP**. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, Julgado em: 07/08/2018, publicado no DJe em: 13/08/2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/613780949/habeas-corporis-hc-447620-sp-2018-0098798-0>. Acesso em: 20 maio 2020.

BUZAID, Alfredo. **Do concurso de credores no processo de execução**. [S.l.]: Saraiva, 1952.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17 ed. Salvador: Ed. Jus Podium, 2015.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **APC 2014.04.1.011528-0**; Ac. 115.5333; Sexta Turma Cível; Relator: Des. José Divino, Julgado em: 27/02/2019.

Diário de Justiça do Distrito Federal e Territórios: 08/03/2019. Disponível em: <https://www.tjdf.jus.br/site>. Acesso em: 30 mar. 2020.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Rec 07031.96-80.2019.8.07.0007**, Ac. 124.0807, Oitava Turma Cível, Relatora Desembargadora Nídia Corrêa Lima, Julgado em: 25/03/2020, publicado no PJe: 15/04/2020. Disponível em: <https://www.tjdf.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/jurisprudencia-reiterada-1/direito-administrativo/poder-judiciario-vedacao-substituicao-banca-examinadora-no-exame-de-questoes-de-prova>. Acesso em: 20 maio 2020.

MACHADO, Hugo de Brito. **Introdução ao estudo do direito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MITIDIERO, Daniel. Processo justo, colaboração e ônus da prova. **Rev. TST**, Brasília, vol. 1, jan/mar 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

LAVAGEM DE CAPITAIS: ABORDAGEM
HISTÓRICA, CONCEITUAÇÕES,
CICLOS E TIPOLOGIAS

*MONEY LAUNDERING: HISTORICAL
APPROACH, CONCEPTS, PHASES
AND TYPOLOGIES*

LAVAGEM DE CAPITAIS: ABORDAGEM HISTÓRICA, CONCEITUAÇÕES, CICLOS E TIPOLOGIAS¹

MONEY LAUNDERING: HISTORICAL APPROACH, CONCEPTS, PHASES AND TYPOLOGIES

Jucelino Oliveira Soares²

RESUMO

O presente estudo objetiva desenvolver a temática da Lavagem de Capitais, elucidando-a como um fenômeno de desdobramentos em escala global e fator determinante ao crescimento do crime organizado. Observa-se que, a partir de algumas legislações como a dos Estados Unidos e da Itália, que criminalizaram de forma pioneira a lavagem de dinheiro, eclodiu, a nível internacional, vigoroso esforço dos entes públicos no enfrentamento e prevenção eficaz da legitimação de capitais, bens ou valores oriundos de infração penal. Para embasar uma argumentação sólida, cuidou-se de realizar uma pesquisa bibliográfica detalhada e abrangente, suscitando o diálogo entre os estudiosos do tema.

Palavras-Chave: Lavagem de capitais. Evolução histórica. Ciclos. Tipologias.

1 INTRODUÇÃO

O estudo em epígrafe intenciona a análise da lavagem de capitais ou branqueamento de valores – expressão considerada inadequada por parte de alguns estudiosos, dado um suposto caráter racista de sua semântica – tanto do ponto de vista histórico evolutivo, quanto em relação a seus aspectos conceituais e pragmáticos, relevando sua casuística moderna e atividades econômicas de risco específico.

Em que pese tratar-se de prática antiga, do ponto de vista da história jurídica, a análise do desenvolvimento da lavagem de capitais revela que esta somente veio a receber da comunidade jurídica internacional a devida atenção e estudo devido ao advento da globalização e ao fortalecimento das organizações criminosas.

¹ Data de Recebimento: 08/10/2020. Data de Aceite: 23/11/2020.

² Promotor de Justiça do Estado do Ceará. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Estadual do Ceará e Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará. E-mail: jucelino.soares@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4937045869195163> ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0004-5615>.

Referidos cenários de globalização e avanço tecnológico se mostraram uma realidade irrefragável, constituindo elementos com influência decisiva, tanto na prática de atos relacionados ao branqueamento de valores, vez que instigaram à sua profissionalização, complexidade e internacionalização, quanto nas ações das autoridades incumbidas de prevenir e combater crimes financeiros e infrações administrativas levadas a efeito no campo econômico *latu sensu*, dada à vasta tipologia da prática ilícita.

São, comumente, exemplificado pelos estudiosos da temática as graves conjunturas de criminalidade organizada, e conseqüente intensificação da lavagem de dinheiro vivenciadas pelos Estados Unidos e pela Itália em meados da década de 70, passando-se a discutir com muita seriedade práticas relacionadas direta e indiretamente à lavagem de capitais, e propor uma série de medidas de caráter preventivo e repressivo no combate à referida pecha.

Estimulado pela escalada de organizações criminosas ligadas aos delitos econômicos, e sua utilização para o financiamento de toda sorte de ilegalidades, inclusive atos terroristas, diversos países passaram a editar legislação interna destinada à regulamentação do setor financeiro, bancários e mercantil. Nessa senda, a criminalização da lavagem de capitais teve seu início atrelada aos crimes relacionados ao tráfico de drogas, sendo este seu delito parasitado, ou seja, criminalizou-se apenas a legitimação dos proventos oriundos da mercancia de drogas ilícitas.

Contudo, os sucessivos aprimoramentos realizados na legislação antilavagem permitiram o estágio atual da legislação nacional e internacional acerca da criminalização da legitimação dos frutos de quaisquer ilícitos penais, haja vista a gravidade em concreto do próprio delito econômico, independente dos delitos assessorados.

2 ABORDAGEM HISTÓRICA DA LAVAGEM DE CAPITAIS

Além de profundas mudanças nas relações sociais, a intensificação do processo de globalização vivenciado, principalmente, da segunda metade do século XX em diante, proporcionou relevante integração das economias e dos mercados financeiros internacionais. Em síntese, o mundo passou a experimentar, em doses e velocidade cada vez maiores, o acesso a informações detalhadas sobre os processos de geração patrimônios e circulação de bens em escala global.

De acordo com Farias:

A lavagem de dinheiro, considerada a conduta do criminoso de ocultar ou dissimular o produto do crime, é bastante antiga. Talvez tão antiga quantos os crimes antecedentes. Na Idade Média, a proi-

bição da usura pela Santa Igreja, considerando o ato não apenas um crime, mas também um pecado mortal, avivou o engenho dos profissionais do comércio, que criaram novos mecanismos de crédito e inventaram uma variedade de práticas para ocultar valores. Tais métodos são os antecedentes das modernas técnicas de ocultação, deslocamento e lavagem de dinheiro. O objetivo era simples: ocultar completamente ou disfarçar sua origem, fazendo-as parecer algo que não eram. (FARIAS, 2018. p. 1).

Nas palavras de Barros (2008), a lavagem de dinheiro não foi uma prática resultante do acaso, mas foi, e continua sendo, arquitetada em toda parte do mundo. É um costume milenar, que sempre foi utilizado por criminosos munidos dos mais variados mecanismos para dar aparência lícita ao patrimônio constituído de bens e de capitais obtidos mediante ação delituosa.

Com o avanço das tecnologias e da consciência sobre a gravidade dos ilícitos relacionados à legitimação de capitais ilegais, houve o trânsito de um cenário em que se mostrava suficiente transpor a divisa de um estado da federação, ou a fronteira do país vizinho para dissimular a gênese espúria de um determinado capital, ou mesmo a absoluta ausência de lastro a sustentar o incremento patrimonial, para uma realidade na qual entidades de caráter supranacional se destinam ao fomento do compartilhamento de dados fiscais, bem assim em que economias locais se conectam aos demais países com repasse de informações em tempo hábil a possibilitar a punição de seus atores.

Como reflexos no campo econômico, esses fenômenos impulsionaram a readequação de diversas manobras ilegais de cunho financeiro e atuarial destinadas à legitimação de bens adquiridos de forma criminosa ou de seus frutos. Mecanismos ilegais foram aprimorados de maneira a camuflar a ilicitude das atividades geradoras de riquezas. O sistema financeiro, o mercado imobiliário e o setor de indústria, comércio e serviços, tornaram-se, cada vez mais, seara propícia à prática de delitos econômicos, tal como a lavagem de capitais.

Contudo, o estudo sobre as premissas históricas da lavagem de capitais demonstra que, embora o enfoque atual seja bem mais destacado, as raízes desses ilícitos e sua prática nos moldes tidos por contemporâneos, levada a efeito de modo sistematizado, remontam aos períodos em que *gangsters* americanos e *máfias* italianas disseminavam ações criminosas em suas regiões de atuação. Estes, além da finalidade de acumular riquezas de origem criminosa, agiam como forma de desestabilizar o Governo local, sendo o desiderato daqueles, primordialmente, enriquecerem ilicitamente e amealhar poder paralelo.

2.1 A lavagem de capitais na Itália

No contexto de atuação da chamada *máfia* italiana, a partir de 1978, em época denominada de “anos de chumbo”, conforme pontuado por Cervini, observou-se a primeira tipificação legal do crime de lavagem de dinheiro na Itália. Nesse marco histórico, grupos armados (Brigadas Vermelhas – *Brigate Rosse*)³ desencadearam uma série de ações ilícitas, muitas delas capituladas como crime, destinadas a desarticular o poder político estatal.

Em trabalho especializado sobre a evolução italiana no combate aos crimes financeiros, Fernandes (2005, p.73) aduz:

Há anos, a Itália se tem dedicado ao combate à criminalidade organizada, inclusive na área financeira. Esse combate, no entanto, encontra obstáculos. Um deles é a falta de homogeneidade no interior do país no que tange o grau de desenvolvimento econômico, fator esse que acentua o controle do território, por parte de grupos mafiosos, nas áreas menos desenvolvidas. Mas, é exatamente isso que vem impulsionando, diuturnamente, as autoridades italianas a traçarem estratégias de prevenção e políticas de repressão ao fenômeno criminoso que assola o país, há várias décadas. É fato que, desde o início dos anos 80, foi constatada a necessidade de investigar as operações bancárias para seguir os rastros deixados pelos fluxos financeiros ao longo do percurso. Assim, uma investigação patrimonial levaria, primeiramente, ao sequestro e, posteriormente, ao confisco de dinheiro e/ou bens pertencentes aos membros das organizações de tipo mafioso, visando combater materialmente a estrutura mafiosa, tolhendo-lhe os recursos financeiros. O ordenamento penal italiano foi, durante muito tempo, desatento ao fenômeno do reemprego, no mercado, de capitais ilicitamente adquiridos e formados.

Como seu modo correio de atuação, os grupos italianos realizavam vários sequestros com a finalidade econômica de se capitalizarem e, posteriormente, internalizarem referido capital em atividade financeira tradicional dotada de plenos contornos de licitude. Referido patrimônio, a seu turno, seria utilizado para fomentar e financiar as ações de inconformismo político.

Ganhou destaque, nesse período, o sequestro do influente político Aldo Moro, de-

³ Grupo armado italiano com ideologia ligada ao marxismo-leninismo.

mocrata considerado, à época, como virtual presidente eleito da Itália. O ocorrido teve um final trágico, que resultou na morte do Democrata. Isso fez com que tal episódio alcançasse grande notoriedade internacional, além de forte comoção social no país (CARLI, 2006).

Em resposta à caótica situação civil, o governo italiano editou o Decreto-Lei nº 59, em 21 de março de 1978, introduzindo o Art. 648 *bis* no Código Penal Italiano. A alteração legislativa passou a incriminar a substituição de dinheiro ou de valores provenientes de roubo qualificado, extorsão qualificada, ou extorsão mediante sequestro por outros valores ou bens, instituindo, assim, uma legislação repressiva de segunda geração (CARLI, 2006).

Nas palavras de Caparrós:

O art. 648-bis de 1978 não só foi o ponto de partida para a política criminal a qual respondem a maioria das reformas penais que, em matéria de lavagem de dinheiro, se tem produzido em diferentes sistemas jurídicos nacionais, como foi também o antecedente jurídico sobre o qual, consciente ou inconscientemente, têm sido construídas muitas das normas repressivas da lei de lavagem de dinheiro em direito comparado. (CAPARRÓS, 2008. P. 79).

Não obstante a legislação, que trata da lavagem de dinheiro, tenha avançado bastante em relação a seu espectro de abrangência, procedimentos de controle e mecanismos para detecção de irregularidades, a ideia presente na legislação criminal italiana, acerca da prevenção e combate ao branqueamento de capitais, representa, até os dias atuais, o propósito central do tipo delituoso. Isto é, mesmo tendo experimentado claro avanço e sofisticação em seus meio de execução, a criminalização da lavagem de capitais, nos moldes italianos, se sustenta com o objetivo precípua de impedir que criminosos e agentes financeiros maliciosos legitimem bens e valores, de modo a permitir o usufruto regular por seus beneficiários.

2.2 A lavagem de capitais nos Estados Unidos

Além da Itália, outro país considerado na literatura como pioneiro na temática dos crimes relacionados à lavagem de capitais são os Estados Unidos. Nesse país, a par dos esforços para combate do ilícito e modernização dos mecanismos de controle, a prática criminosa teve forte aprimoramento, ganhando destaque em sua utilização como aparato de financiamento das organizações criminosas.

O contexto histórico no qual ocorreu o que se pode chamar de profissionalização

ou especialização da lavagem de capitais, nos Estados Unidos, remonta ao período de vigência da Lei Seca, promulgada no país na década de 1920. Por tal legislação, ficava proibida a fabricação e a comercialização de qualquer bebida que contivesse teor alcoólico superior a 0,5%, ensejando que organizações criminosas, focadas na potencial rentabilidade de tal mercado, dedicassem-se à fabricação e à venda ilegal de bebidas alcoólicas.

Conforme Aro (2013, p. 168) a Lei Seca, “(...) ao passo que proibia a fabricação e comercialização de bebidas alcoólicas, gerava um mercado ilegal de fornecimento dessas que movimentava milhões de dólares através da exploração de diversas organizações criminosas”. Naquele momento, considerando os efeitos devastadores que a grande depressão⁴ deixara na economia, a proibição de venda e consumo de bebidas alcoólicas teve ainda mais impacto na sociedade, gerando grande apelo ao mercado ilegal, pois acabou fortalecendo ainda mais a incessante busca de capitais e o crescimento dessas organizações mafiosas (MAIA, 2004).

Bonfim e Bonfim (2008) salientam que o termo lavagem de dinheiro (*money laundering*), empregado originalmente em meados do século XX nos Estados Unidos, guarda associação com as táticas usadas pelas organizações mafiosas para mascarar o dinheiro ilícito, mediante empresas de lavanderias automáticas, que eram usadas para investir esse dinheiro e assim justificar sua origem como fruto de pretensa atividade econômica regular.

Embora a prática já fosse percebida há bastante tempo, a expressão lavagem de dinheiro só veio a ser usada judicialmente, pela primeira vez, nos Estados Unidos, em 1982, em um caso em que se postulava a perda de dinheiro procedente de tráfico de entorpecentes, e internalizado no mercado formal como sendo patrimônio pessoal lícito de parte dos criminosos (CAPEZ, 2012).

Nesse quadro histórico, destacou-se Al Capone, líder do crime organizado na cidade de Chicago, que conseguiu acumular considerável fortuna, produto da comercialização de bebidas ilegais. A origem da nomenclatura “Lavagem de Dinheiro”⁵ remete justamente aos artifícios utilizados por ele para introduzir o dinheiro gerado com a fabricação e a venda ilegal de bebidas alcoólicas, por meio de uma rede de lavanderias, conforme já mencionado.

Tais empreendimentos permitiam que Al Capone conferisse uma aparência legítima

4 Durante a Grande Depressão com a falência de vários bancos, as linhas de crédito legítimas foram extintas. Os governos reagiram à crise, reiterando sua fé no dinheiro sólido e confiável (*sound money*), cortando créditos e diminuindo gastos. Os negócios precisavam desesperadamente de dinheiro, e os superávits dos empreendimentos criminosos que necessitavam ser reciclados passaram a ser muito bem-vindos. Muitas empresas que antes eram viáveis passaram, em dificuldades, às mãos de financistas ligados ao crime (CARLI, 2006).

5 O termo “Lavagem de dinheiro”, embora criticado por alguns, faz uma analogia aos processos que eram utilizados por essas máfias para limpar o dinheiro adquirido com o comércio ilegal.

ao dinheiro oriundo de venda ilegal de bebidas alcoólicas e de outros delitos, ao inseri-lo no mercado econômico em montante reduzido, de modo a não levantar suspeita sobre sua origem. (MAIA, 2004).

Foi nesse cenário que Al Capone assumiu o controle do crime organizado na cidade de Chicago, Illinois, no final da década de 1920, e se tornou conhecido do grande público. Depois de amealhar considerável fortuna com a comercialização de bebidas ilegais, acabou sendo preso em 1931, por sonegação de tributos. Apesar de ser um, entre outros criminosos que atuavam sob forma organizada, o caso de Alphonse Capone tornou-se paradigmático, pela notoriedade que o criminoso alcançara nos Estados Unidos. (CARLI, 2006, p. 75).

Além do contrabando e distribuição de bebidas alcoólicas, mostravam-se comuns a exploração de outras atividades ilícitas, tais como extorsão e uma série de outros delitos contra o patrimônio. Contudo, em virtude de constante falta de provas e ligações com os crimes, Al Capone jamais fora preso por tais crimes.

Episódio bastante conhecido, e revelador da forma de atuação de Al Capone, ocorreu em fevereiro de 1929, quando o Mafioso orquestrou o brutal assassinato de sete membros de uma quadrilha rival na venda ilegal de bebidas, ocorrência conhecida como “*O Massacre do Dia dos Namorados*”. No dia da execução dos crimes, Al Capone encontrava-se publicamente em passeio no Estado da Flórida, o que, aliado ao fato de não terem os executores dos assassinatos sido identificados, impossibilitou sua acusação formal.

Nas palavras de Gonçalves (2014), a reiterada falta de expertise demonstrada pela polícia de Chicago em prender seu famoso *gangster*, motivou o Governo Federal norte-americano a enviar uma força-tarefa ao Estado de Illinois, composta, entre outros, por agentes fazendários para desbaratar a atuação da principal organização criminosa de Chicago. Detalhando as ações da força-tarefa que logrou êxito na prisão de Al Capone, prossegue o Autor:

As investigações na contabilidade da pessoa física e das empresas pertencentes a Al Capone mostraram que ele tinha despesas com pagamento de hotéis, contas de telefone, aquisição de roupas, entre outras, que eram absolutamente incompatíveis com a renda declarada ao Fisco. Em razão disso, Al Capone foi processado por sonegação fiscal e condenado, em 1931, a onze anos de prisão — única condenação que recebeu em toda a sua vida. Essa condenação de

Al Capone, por um lado, foi uma importante lição para as autoridades de repressão ao crime, pois mostrou que o aspecto financeiro é muitas vezes o ponto vulnerável de organizações criminosas. Por outro lado, esse episódio foi também uma importante lição para as organizações criminosas: eles aprenderam que é preciso aperfeiçoar a lavagem dos lucros obtidos com a atividade criminosa. (GONÇALVES, 2014, n.p).

Com a revogação da Lei Seca, em 1933, as organizações criminosas que haviam surgido naquele período, uma vez já articuladas, precisaram mudar o foco de suas atuações, passando a se concentrarem em outros mercados, tais como a exploração de jogo de azar, prostituição e tráfico de substâncias entorpecentes. Eram as novas alternativas de negócio. A expansão dos novos mercados fez com que o uso de lavanderias ou lavagem de automóveis, já não fossem táticas suficientes para fazer circular e integrar o vultoso dinheiro ilícito ganho (CARLI, 2006).

Ainda segundo Carli (2006), no novo contexto de criminalidade organizada despontou outro protagonista, Meyer Lansky. Grande mafioso que aprimorou os mecanismos de lavagem de dinheiro, ao perceber que uma boa forma de ocultar os ativos ilegais seria fazendo o uso de depósitos desses ativos em bancos de outros países, que não tivessem tratado de cooperação com os Estados Unidos, evitando, assim, o confisco e a restituição do dinheiro depositado, o que deu origem as empresas conhecidas como *offshores*⁶.

Sobre a atuação de Meyer Lansky, Gonçalves (2014, n.p) ensina que:

Em 1932, ou seja, um ano após a condenação de Al Capone, a literatura especializada registra a primeira operação internacional de lavagem de dinheiro de Meyer Lansky, que abriu uma conta na Suíça, onde depositou dinheiro para o governador do estado da Lousianna, disfarçado sob a forma de empréstimo, em troca de autorização para explorar o jogo na cidade de Nova Orleans. Esses empréstimos simulados, feitos por Lansky para disfarçar o pagamento de propina a autoridades, podiam inclusive ser declarados ao Fisco e demonstram que a utilização de empréstimos bancários simulados na lavagem de dinheiros está longe de ser novidade na prática delituosa. Nada obstante a grande quantidade de delitos atribuídos a Meyer Lansky,

⁶ Uma empresa dita *offshore* é uma pessoa jurídica situada no exterior (em relação aos países de domicílio de seus proprietários), sujeita a um regime legal / fiscal diferente. Em muitas ocasiões é utilizada para evitar a grande carga fiscal existente no país de domicílio; em outros casos, para esconder dinheiro não oferecido à tributação, ou dinheiro de origem criminosa. Outra denominação comum, para esses centros financeiros, é o de paraísos fiscais (CARLI, 2006).

que ficou conhecido pelo imenso império de atividades criminosas que montou em território norte-americano, é certo que Lansky morreu de velhice, em 1970, na cidade de Miami, na Flórida, e durante sua vida o seu maior incômodo foi ter passado uma única semana preso, durante uma das investigações sobre suas atividades.

Entre as décadas de 1950 e 1960, mesmo com o somatório de esforços legislativos e controle mais próximo das instituições financeiras, a sociedade americana acompanhou a diversificação das bases de atuação em relação à lavagem de capitais. Consoante aventado, o crime organizado naquele país, com o fim da proibição de fabricação e distribuição de bebidas alcoólicas, passou a destinar seus esforços ao tráfico de drogas, exploração da prostituição, jogos de azar e toda sorte de ações criminosas que se mostrassem rentáveis.

Devido ao grande somatório de dinheiro em circulação, aliado ao anseio popular de que as autoridades adotassem providências para impedir o ávido crescimento das organizações criminosas, foi editada, nos Estados Unidos, em 1970, norma sobre o sigilo de operações bancárias realizadas em espécie e que ultrapassasse US\$ 10 mil, constituindo-se, a partir de então, operações de relato obrigatório ao fisco americano.

Consoante Gonçalves (2014), apesar de uma recalitrância inicial do sistema financeiro, sob a alegativa de violação ao sigilo da vida privada de seus clientes, as instituições bancárias passaram a reportar as operações tidas como suspeitas, o que facilitou sobremaneira a identificação, não apenas de criminosos autores dos delitos antecedentes, mas, principalmente, dos operadores financeiros das organizações criminosas.

Além de relevante efeito no combate aos crimes econômicos praticados em solo americano ou por meio de instituições sediadas nos Estados Unidos, referida legislação fez escola no cenário mundial, porquanto deixou clara a necessidade de leis que possibilitassem a sindicabilidade do mercado financeiro e de seus agentes, e mesmo dos usuários do sistema bancários, muitos dos quais eram utilizados como pessoas interpostas para a circulação e pulverização do capital indevidamente legitimado.

O avançar da história americana deixou claro que a sofisticação e incremento das investigações ao crime organizado implicou, outrossim, a especialização de mecanismos destinados a escoar o dinheiro ilícito relacionado a tais atividades. Dessa forma, a legislação vem sendo constantemente revista e aprimorada, para que possa prevenir e enfrentar de modo eficaz um problema que, visivelmente, assumiu contornos de extrema gravidade e repercussão mundial.

Em verdade, a legislação antilavagem norte-americana, tem-se apresentado como precursora na tipificação das condutas relacionadas à lavagem de dinheiro, sendo, igual-

mente, pioneira na regulamentação de medidas administrativas de controle em face das instituições bancárias.

Após os atentados de 11 de setembro de 2001, tornou-se perceptível o incremento na repressão ao branqueamento de valores, sendo o foco da legislação americana, claramente, voltado ao combate do financiamento de organizações terroristas. Como resumo do cenário verificado em seguida aos ataques, Andrade (2018, n.p) expõe que:

A partir de 11 de setembro de 2001, quando cerca de 3.000 pessoas morreram nos ataques às torres gêmeas em Nova York, autoridades internacionais descobriram que havia um gargalo nos mecanismos de combate à lavagem de dinheiro. Junto ao maior centro comercial do mundo, ruiu a ilusão de que os sistemas internos de prevenção e detecção dos bancos norte-americanos bastavam para neutralizar qualquer tipo de ameaça.

No sítio eletrônico do Ministério da Fazenda encontramos ainda o seguinte esclarecimento:

A luta contra o financiamento do terrorismo está intimamente ligada com o combate à lavagem de dinheiro. Os atentados terroristas de grandes proporções ocorridos na última década levaram as nações a intensificar a cooperação mútua contra o terrorismo e seu financiamento. As organizações do Sistema das Nações Unidas (ONU), logo após os atentados de 11 de setembro de 2001, mobilizaram-se para intensificar a luta contra o terrorismo. Assim, em 28 de setembro daquele mesmo ano o Conselho de Segurança adotou a Resolução 1373, para impedir o financiamento do terrorismo, criminalizar a coleta de fundos para este fim e congelar imediatamente os bens financeiros dos terroristas. (Brasil, 2013, n.p).

Cerca de um mês após os atos terroristas, em outubro de 2001, foi aprovada a USA PATRIOT ACT⁷ destinado, dentre outras coisas, a facilitar a fiscalização e punição a lavagem de dinheiro realizada por intermédio direto ou indireto de instituições financeiras norte-americanas. Para a consecução de seus objetivos, o instrumento normativo concedeu amplos poderes aos Secretários do Tesouro da Justiça investigar a legitimação criminosa de capital destinada ao financiamento de grupos terroristas.

⁷ USA PATRIOT Act (em português, *Ato Patriota*) é um pacote de leis antiterroristas dos EUA que prevê um conjunto de medidas excepcionais de ampliação dos poderes de agências de combate ao crime para facilitar a luta contra o terrorismo. (FOLHA DE S. PAULO, 2006).

3 CONCEITUAÇÕES, FASES E TIPOLOGIA DA LAVAGEM DE CAPITAIS

3.1 Conceituações

A lavagem de dinheiro tem-se mostrado um complexo conjunto de ações em constantes modificações e aprimoramentos, praticadas com o desiderato de manipular o enquadramento jurídico de determinados capitais, bens, e demais valores mobiliários no sentido de ocultar sua origem ilícita, dispensando aos valores aparente licitude quando de sua aquisição e movimentações subsequentes.

A leitura da doutrina especializada revela não haver uniformidade na conceituação do objeto deste estudo, todavia, convergem os estudiosos em considerar a lavagem de capitais como um procedimento destinado à caracterização lícita a bens e valores obtidos de forma ilegal.

Entre os estudiosos do tema, destacam-se as lições de Callegari (2001, p.49), segundo as quais lavagem de capitais “é a atividade de investir, ocultar, substituir ou transformar e restituir o dinheiro de origem sempre ilícita aos circuitos econômico-financeiros legais, incorporando-o a qualquer tipo de negócio como se fosse obtido de forma lícita”.

Temos ainda a definição legal extraída do Art. 1º, da Lei 9.613/1998, *in verbis*:

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012).

Vencida a conceituação doutrinária e legal da lavagem de capitais, cumpre-nos destacar algumas das características usualmente presentes na indevida legitimação de capitais. São elas: complexidade, profissionalização e caráter internacional da atividade.

A lavagem de valores, via de regra, apresenta-se como um fenômeno complexo devido à sofisticação dos mecanismos e procedimentos utilizados pelas organizações criminosas para justificar legalmente o capital branqueado. Isso ocorre por conta dos vultosos lucros auferidos pelas organizações, bem assim pela necessidade de burla às medidas de controle dos órgãos de fiscalização. Assim, uma transação comercial de compra e venda, por exemplo, que poderia facilmente resolver-se em poucos atos, tem sua consecução desdobrada em vários agentes e múltiplas instituições financeiras, com o objetivo de diluir as cadeias de custeio e aquisição.

A profissionalização da atividade, a seu turno, é facilmente perceptível devido à especialização das funções dentro da organização criminosa, sendo distintos os indiví-

duos que praticam as infrações penais propriamente ditas (tráfico de drogas, crimes de corrupção, desvios de dinheiro público, dentre outros), e os que procedimentalizam a legitimação dos lucros. É comum estes últimos possuírem, inclusive, formação em áreas como contabilidade, economia, comércio exterior e mercado financeiro.

O caráter internacional, por sua vez, existe devido às dificuldades na cooperação internacional, seja no âmbito do sistema de justiça, seja entre as entidades estatais de regulação do mercado financeiro, que findam por dificultar a identificação da prática ilícita e a punição dos envolvidos. A existência de países com sistemas menos rígidos em organização de controle, igualmente, estimula a internacionalização da atividade ilegal.

Ademais, a fragilidade do mercado internacional quanto à uniformidade de procedimentos no combate à lavagem de dinheiro sedimentou, ao longo das décadas, a atuação em paraísos fiscais, e a realização de transações financeiras internacionais como um nível de excelência para as organizações que praticam lavagem de dinheiro, tamanha a potencialização da irremediabilidade dos capitais ilícitos.

Acerca do termo paraíso fiscal, Mamede (2014) esclarece que a existência de tais locais, com denominação diversa à época, remonta ao século XVII. Nesse contexto histórico, era comum a prática de piratas apossarem-se dos navios comerciais europeus e se utilizarem de portos “seguros”, que ofereciam, de forma institucional ou, no mínimo, por meio de omissão das autoridades, apoio aos corsários, para que estes desfrutassem dos bens e valores ilicitamente adquiridos. Segundo a Autora: “Certas cidades soberanas do Mediterrâneo competiam entre si – como fazem hoje os paraísos fiscais – para oferecer residência a eles e ao dinheiro que possuíam.” (MAMEDE, 2014, p. 28).

Em arremate, são didáticas as palavras de Veiga (2013, p.136):

O que importa é que quando falamos em paraísos fiscais estamos a falar de países ou territórios que possibilitam a minimização da carga fiscal, assegurando a confidencialidade das operações financeiras, podendo também ser utilizados para outros fins como ocultar rendimentos e branqueamento de capitais, e onde existe um sistema financeiro fracamente regulado, um tratamento fiscal preferencial para os não-residentes, regras de incorporação simples para os mesmos, e estritas leis de sigilo bancário que protegem os titulares da conta.

3.2 Fases ou ciclos da lavagem de capitais

Quanto à realização propriamente dita do branqueamento de capitais, a divisão mais aceita, oriunda do Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Finan-

ciamento do Terrorismo (GAFI / FATF), distingue a atividade ilícita em três fases, quais sejam, colocação ou *placement*, ocultação ou *layering* e integração ou *integration*.

A primeira fase, denominada de colocação, representa, como a própria acepção da palavra indica, a etapa da lavagem de capitais em que os bens auferido ilicitamente pelo infrator ou pela organização criminosa é inserido no mercado formal por meio de aquisições, investimentos, depósitos em instituições financeiras e remessa ao exterior de bens ou valores.

Nessa etapa, os capitais em processo de indevida legitimação encontram-se mais vulneráveis à ação dos órgãos de controle, sendo comum a tentativa de distanciar o sujeito ativo dos delitos do produto ilícito por ele obtido. O autor tenta, portanto, apagar ou desfazer qualquer vínculo entre a organização criminosa e os ativos recém-inseridos no sistema econômico formal.

Dissertando sobre a fase do *placement*, aduz Aro (2013, p.17):

Esta fase consiste na introdução do dinheiro ilícito no sistema financeiro, dificultando a identificação da procedência dos valores. É a fase mais arriscada para o “lavador” em razão de sua proximidade com a origem ilícita. Walter Fanginiello Marirovitch diz que é o momento “de apagar a mancha caracterizadora da origem ilícita”. Normalmente esses valores são introduzidos no sistema financeiro em pequenas quantias que, individualmente, acabam não gerando maiores suspeitas. A essa técnica é dado o nome de *smurfing*. Daí porque existe uma preocupação muito grande com os registros das instituições financeiras. O Federal Reserv – FED, Banco Central americano, se preocupa, há algum tempo, em identificar o cliente de tal forma que ele não perceba que está sendo investigado. Outra técnica de lavagem utilizada nesta fase é a utilização de estabelecimentos comerciais que trabalham com dinheiro em espécie, a princípio insuspeitos, como cinemas, restaurantes, hotéis, casas de bingo, entre outros.

Uma vez inserido o capital ilícito no mercado formal, tem início a fase de ocultação, consistente na desvinculação ou distanciamento do patrimônio em relação à sua origem. Em outras palavras, nessa etapa ocorrem os procedimentos destinados à desconstituição do vínculo entre o agente e o bem precedente de sua atuação. São comuns múltiplas transferências de dinheiro, compensações financeiras, remessas a paraísos fiscais, superfaturamento de exportações, dentre outros artifícios, todos esses procedimentos adotados com o desiderato de apagar o vínculo do capital de sua origem criminosa.

Trata-se da fase mais complexa do processo de lavagem, via de regra, aproveitando-se o agente das vulnerabilidades dos sistemas financeiros de países destinatários dos bens e valores. Nessa etapa, exige-se do operador financeiro do esquema conhecimentos nas áreas de economia, direito financeiro e tributário, sendo bastante relevante, igualmente, afinidade com a normativa internacional, haja vista a necessidade de distribuição e sucessivas transferências dos ativos entre instituições financeiras e empresas de vários países.

Conforme o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), esta etapa do branqueamento de capitais:

Consiste em dificultar o rastreamento contábil dos recursos ilícitos. O objetivo é quebrar a cadeia de evidências ante a possibilidade da realização de investigações sobre a origem do dinheiro. Os criminosos buscam movimentá-lo de forma eletrônica, transferindo os ativos para contas anônimas – preferencialmente, em países amparados por lei de sigilo bancário – ou realizando depósitos em contas “fantasmas”. (COAF, 2018)

De forma complementar, esclarece Aro (2013, p. 17):

Nessa fase ocorre a camuflagem das evidências, com a utilização de uma série de negócios ou movimentações financeiras, a fim de que seja dificultado o rastreamento contábil dos lucros ilícitos. É a fase da lavagem propriamente dita, pois se dissimula a origem dos valores para que sua procedência não seja identificada. Cria-se um emaranhado de complexas transações financeiras, em sua maioria internacionais, sendo que é nesta fase que os países e as jurisdições que não cooperam com as investigações referentes à lavagem de dinheiro tem papel fundamental.

Na terceira etapa de processo de lavagem de dinheiro, nos dizeres do COAF:

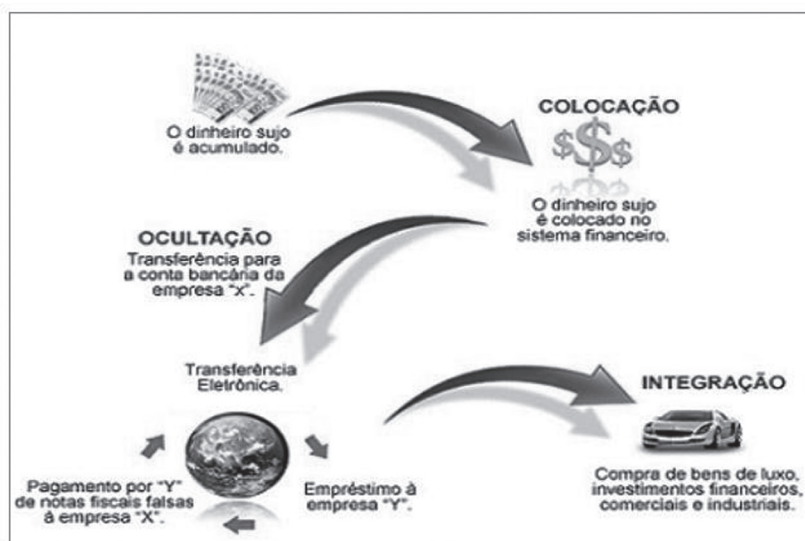
Os ativos são incorporados formalmente ao sistema econômico. As organizações criminosas buscam investir em empreendimentos que facilitem suas atividades – podendo tais sociedades prestarem serviços entre si. Uma vez formada a cadeia, torna-se cada vez mais fácil legitimar o dinheiro ilegal. (COAF, 2018).

Registra-se, normalmente, como a última fase da lavagem de dinheiro a que os bens

e valores, já desvinculados de sua origem ilícita, são formalmente incorporados ao patrimônio mediato ou imediato dos componentes da organização criminosa, tanto por investimentos nos mercados mobiliário e imobiliário, como por aporte em pessoas jurídicas cuja existência destina-se apenas ao recebimento e repasse ilegal de valores diversos, funcionando como uma espécie de entreposto.

Finaliza-se, assim, o itinerário do branqueamento de capitais, fazendo com que vultosos numerários e bens produtos de infrações penais aparentem ser fruto de regular atividade econômica ou mercantil, os quais servirão, na maioria das oportunidades, para financiar novos empreendimentos ilegais. O resumo esquemático a seguir ilustra de forma bastante didática os ciclos ou etapas expostados:

Figura 1 - Fases da lavagem de dinheiro.



Fonte: Banco do Brasil, 2018.

3.3 Tipologia da lavagem de valores

Segundo estudos da Universidade Corporativa do Banco do Brasil (2018), alguns setores do mercado formal, ou atividades econômicas específicas, são bastante conhecidos pela atração de organizações criminosas que atuam na lavagem de capitais. Contribuem para a mencionada tendência, a subjetividade ínsita ao valor das negociações e a dificuldade de controle rígido sobre todas as etapas da operação mercantil, circunstâncias que

facilitam sobremaneira a desvinculação dos bens de sua origem ilícita.

Nessa senda, atividades referentes à compra de ativos ou de instrumentos monetários, transferências eletrônicas de fundos, apresentação de faturas falsas de importação e exportação, movimentação de empresas de fachada, realização de vendas fraudulentas de propriedades imobiliárias, procedimentos de dólar a cabo, dentre outros; constituem grande foco de atuação dos chamados agentes de branqueamento.

Além de pretensas atividades econômicas ou mercantis, as organizações criminosas utilizam-se, com razoável frequência, de alguns artifícios mais diretos para a colocação ou transferência dos capitais de origem ilícita. De acordo com Mamede (2014), não é incomum, por exemplo, a prática de contrabando de moedas, ou seja, o transporte físico do numerário ao exterior em malas, compartimento secreto de objetos transportados, ou mesmo dinheiro diretamente preso ao corpo do agente.

Exemplo emblemático do contrabando de dinheiro é retratado no filme “O Lobo de Wall Street” (PT/BR), baseado na vida e atividade profissional do corretor da bolsa de valores Jordan Belfort. No filme, parentes e amigos dos sócios da corretora Stratton Oakmont, sujeitos ativos da lavagem de dinheiro, realizam verdadeira peregrinação a paraísos financeiros com milhares de dólares presos ao corpo por fita adesiva, bem como transportando o numerário em malas e outros objetos pessoais.

Na chegada aos locais de destino (paraísos fiscais), os transportadores, tradicionalmente conhecido como “mulas”, entregavam os valores ao agente financeiro da quadrilha para que fosse concretizada a internalização do dinheiro no sistema bancário tradicional. Outra atividade utilizada como subterfúgio para a lavagem de dinheiro é a compra de bilhetes premiados de loteria.

Nessa “modalidade” de lavagem, uma pessoa que tem acesso ao nome dos vencedores da loteria informa o criminoso, que procura os sortudos. O criminoso compra o bilhete dos vencedores com dinheiro de origem ilegal (geralmente, pagando mais do que a pessoa havia recebido), e recebe o prêmio em seu nome, dando a impressão de que o dinheiro foi ganho na sorte. Outra maneira é apostar uma quantia muito grande: o corrupto perde mais do que ganha, mas consegue provar a origem do que ganhou. No começo dos anos 2000, um grupo de 200 pessoas tinha sido premiado 9 095 vezes nas loterias no Brasil. Cerca de 20 inquéritos foram abertos pela PF para investigar os sortudos, que não pertenciam a um só esquema. (GAMA, 2009, n.p).

Nessa modalidade, os agentes adquirem os bilhetes dos verdadeiros apostadores por

preço superior ao próprio prêmio, efetuando, em seguida, o resgate da cédula junto a instituição financeira responsável, normalmente a Caixa Econômica Federal. Dessa forma, o patrimônio instantaneamente amealhado encontra lastro na premiação lotérica, podendo, inclusive, ser normalmente declarado à Receita Federal e transferido para o próximo indivíduo na cadeia de circulação de riquezas do bando.

Em geral, negociações marcadas pela subjetividade da aquisição ou contratação, tais como consultorias pessoais ou empresariais, negociação de jogadores e artista, dentre outros, tem se mostrado campo fértil para os ilícitos econômicos.

Atentos a esses nicho de atuação das organizações criminosas, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) editou a Resolução nº 30/2018, a qual dispõe sobre os procedimentos a serem observados pelas pessoas físicas ou jurídicas que atuam na promoção, intermediação, comercialização, agenciamento ou negociação de direitos de transferência de atletas ou artistas.

Prevê a Resolução que os profissionais que agenciam ou intermedeiam negociação de atletas devem monitorar as operações realizadas e avaliar a existência de suspeição nas propostas e/ou operações com seus clientes, dispensando especial atenção àquelas incomuns ou que, por suas características, no que se refere às partes envolvidas, valores, forma de realização, finalidade, complexidade, instrumentos utilizados ou pela falta de fundamento econômico ou legal, possam configurar sérios indícios dos crimes previstos na Lei nº 9.613, de 1998, ou com eles relacionar-se.

Recebem, igualmente, especial atenção reguladora do COAF várias outras atividades tidas como via usual para a lavagem de dinheiro. A título exemplificativo, a Resolução nº 8, de 15/09/99, dispõe sobre os procedimentos a serem observados pelas pessoas físicas ou jurídicas que comercializem objetos de arte e antiguidades. Ao passo que a Resolução nº 24, de 16/01/13, disciplina os procedimentos a serem adotados pelas pessoas físicas ou jurídicas não submetidas à regulação de órgão próprio regulador que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contabilidade, auditoria, aconselhamento ou assistência, na forma do § 1º do art. 14 da Lei nº 9.613, de 1998.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As considerações e estudos levados a efeito neste artigo tiveram o escopo de expor e sopesar os meandros históricos, sociais e jurídicos que envolvem a lavagem de capitais, considerada em suas origens, enquanto conduta ilícita praticada pelos arquétipos de organizações criminosas atuantes nos Continentes Americano e Europeu; até o cenário social contemporâneo.

Conforme tratado, o desenvolvimento da legitimação criminosa de capitais pode ser

explicado, em parte, pela própria atuação dos agentes do mercado financeiro de cada país, haja vista o lucro gerado pela entrada de qualquer tipo de capital na atividade econômica, mesmo que sua origem ilícita dê início a um ciclo financeiro vicioso. Em estudo sobre a participação de setores formais da economia na lavagem de capitais, aduziu de forma contundente Erbert (2016, n.p):

Dentre outros aspectos atuais que propiciam a lavagem de dinheiro pode-se destacar o interesse dos mercados financeiros. O mercado global pouco se preocupou em se resguardar das atividades financeiras de origem ilícita e, muitas vezes, estimulou o mundo da ilegalidade através dos sigilos das operações financeiras internacionais. Se por um lado o país sofre internamente com o ciclo vicioso da lavagem, o mercado financeiro lucra com a movimentação financeira gerada por crimes como o tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo, contrabando entre outros.

Buscou-se explorar os múltiplos conceitos de ordem legal e doutrinária acerca da indevida legitimação de capitais, trabalhando a temática relacionada às suas fases ou ciclos, bem como explicitar a tipologia relativa à lavagem de valores. Ante a multiplicidade de atividades e profissionais especialmente suscetíveis de incorrerem no ilícito econômico, alguns dos quais explicitados por casuística com sua devida regulamentação, observamos se descortinar a real complexidade do tema e os grandes desafios para prevenir e combater tal espécie de crime econômico.

Por fim, a vasta pesquisa bibliográfica realizada, parte dela colacionada em citações diretas e indiretas, contribuiu para esclarecer a intrínseca relação existente entre o crime organizado e a lavagem de capitais. Desde narcotraficantes internacionais a grupos terroristas que têm nos crimes econômicos um de seus sustentáculos, sendo verdadeiras condições *sine qua non* para a existência e crescimento da criminalidade organizada a nível mundial, porquanto se presta a financiar todo o empreendimento ilícito.

MONEY LAUNDERING: HISTORICAL APPROACH, CONCEPTS, PHASES AND TYPOLOGIES

ABSTRACT

This study aims to develop the theme of Money Laundering, elucidating it as a phenomenon of developments on a global scale and a determining factor for the growth of or organized crime. It is observed that, based on same legislation such as the ones from

United States and Italy, which pioneered the criminalization of Money Laundering, a vigorous international effort by public institutions to confront and effectively prevent the legitimization of capital, goods or amounts arising from a criminal offense. In order to support a solid argument, care was taken to carry out a detailed and comprehensive bibliographic research, prompting a dialogue between experts on this area.

Keywords: Money laundering. Historical Approach. Phases. Typologies.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Hanrikson de. **Como o 11 de setembro transformou o crime de lavagem de dinheiro no Brasil?**, jun. 2018. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2018/06/12/como-o-11-de-setembro-transformou-o-crime-de-lavagem-de-dinheiro-no-brasil.htm>>. Acesso em: 20 set. 2020.

ARO, Rogério. Lavagem de dinheiro - Origem histórica, conceito, nova legislação e fases. **Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina**, v. 3, n. 6, p. 167-177, jun. 2013. Disponível em:<www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/.../1123>. Acesso em: 15 set. 2020.

BANCO DO BRASIL. **O que é lavagem de dinheiro?** Disponível em: <<http://www.bb.com.br/portallbb/page251,105,5269,0,0,1,1.bb?codigoNoticia=2970&codigoMenu=580>>. Acesso em: 26 set. 2020.

BARROS, Marcos Antonio de. **Lavagem de Capitais e Obrigações Cíveis Correlatas**. 2. ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2008.

BONFIM, Marcia Monassi Mougenot; BONFIM, Edilson Mougenot. **Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei 9.613, de 03 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília*, 03 mar.1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613compilado.htm>. Acesso em: 20 set. 2020.

_____. Ministério da Fazenda. *Prevenção à lavagem de dinheiro e combate ao financiamento do terrorismo*. Brasília:Ministério da Fazenda,[...] Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/assuntos/prevencao-lavagem-dinheiro>>. Acesso em: 20 set. 2020.

CAPARRÓS, Eduardo Fabian. Antecedentes: iniciativas internacionales. Efectos del

lavado de dinero. Bien jurídico tutelado. Fenomenología del lavado de dinero. In: BLANCO CORDERO, Isidoro; et.al. **Combate del lavado de activos desde el sistema judicial**. 3. ed. Washington: CICAD/OEA, 2006

CAPEZ, Fernando. **Direito Penal: legislação penal especial**, volume 4. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARLI, Carla Veríssimo de. **Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso**. Porto Alegre:[s.n], 2006.

COAF. Conselho de Controle de atividades Financeiras. **Resolução nº 30** de 4 de maio de 2018. Dispõe sobre os procedimentos a serem observados pelas pessoas físicas ou jurídicas que atuem na promoção, intermediação, comercialização, agenciamento ou negociação de direitos de transferência de atletas ou artistas. Brasília:COAF,2018. Disponível em: <<http://fazenda.gov.br/orgaos/coaf/legislacao-e-normas/normas-coaf/resolucao-no-30-de-4-de-maio-de-2018>>. Acesso em: 22 set. 2020.

ERBERT, Erika. **Histórico e Legislação Internacional sobre Lavagem de Dinheiro**. Disponível em: <<https://erikaerbert.jusbrasil.com.br/artigos/253977587/historico-e-legislacao-internacional-do-crime-de-lavagem-de-dinheiro?ref=amp>>. Acesso em: 28 set. 2020.

FARIAS. Marcelo Santana. Combate à lavagem de dinheiro é única maneira de enfrentar o crime organizado. Revista Consultor jurídico, maio, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-21/farias-historico-importancia-combate-lavagem-dinheiro#_ftn1>. Acesso em: 10 set. 2020.

FERNANDES. Arinda. A Lavagem de ativos no ordenamento italiano e seus reflexos na economia. **Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário**, v. 5, n.1, jan/jun, 2010. ISSN: 1980-1995. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/article/view/4517/2826>>. Acesso em: 11 set. 2020.

FOLHA DE S. PAULO. Patriot Act amplia o poder das agências. São Paulo, maio, 2006. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft1205200603.htm>>. Acesso em: 19 set. 2020.

GAMA. Paulo. Como é feita a lavagem de dinheiro? **Revista Super interessante on line**, nov. 2009. Disponível em:< <https://pre.super.abril.com.br/mundo-estranho/como-e-feita-a-lavagem-de-dinheiro/>>. Acesso em: 23 set. 2010.

GONÇALVES. Fernando Moreira. Breve histórico da evolução do combate à lavagem de dinheiro. Jan., 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-jan-12/segunda-leitura-evolucao-combate-lavagem-dinheiro-mundo>>. Acesso em: 18 set. 2020.

MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de Dinheiro** (lavagem de ativos provenientes de crime) Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98. 2. Ed. Malheiros Edi-

tores, 2004.

MAMEDE, Daniela Castello Branco Guimarães. **Prevenção e Combate à Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento do Terrorismo Legislação e Tipologias**. Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização em o Direito e a Inteligência no Combate ao Crime Organizado e ao Terrorismo. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 2014.

VEIGA, Iolanda. **Os offshores e a evasão fiscal das grandes empresas e grupos econômicos**. JURISMAT, Portimão, n.º 3, 2013, pp. 363-383. ISSN: 2182-6900.

VLASSIS, Dimitri. Overview of the provisions of the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime and its Protocols. In UN. Resource Material Series, n. 59, 2000.

ENTRE DEMANDAS SOCIAIS E
INTERESSES PRIVADOS: A PRODUÇÃO
DA MORADIA E DO ESPAÇO URBANO
EM SALVADOR-BA

*BETWEEN SOCIAL DEMANDS AND PRIVATE I
NTERESTS: THE PRODUCTION OF HOUSING
AND URBAN SPACE IN SALVADOR-BA*

ENTRE DEMANDAS SOCIAIS E INTERESSES PRIVADOS: A PRODUÇÃO DA MORADIA E DO ESPAÇO URBANO EM SALVADOR-BA¹

*BETWEEN SOCIAL DEMANDS AND PRIVATE INTERESTS: THE PRODUCTION
OF HOUSING AND URBAN SPACE IN SALVADOR-BA*

*João Soares Pena²
Gabriella Suzart Santana³*

RESUMO

Em Salvador, assim como em outras cidades brasileiras, a habitação reflete as disparidades do espaço urbano. Entre a produção da habitação social nas periferias no bojo do Banco Nacional de Habitação (BNH) e do Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV) e a construção de condomínios de alta renda, a cidade tem sido caracterizada por assimetrias socioespaciais. Neste artigo, discutimos tanto a atuação do Estado quanto do capital privado na produção da moradia e do espaço urbano. Nesse sentido, analisamos dois empreendimentos distintos em Salvador: Bosque das Bromélias e Hemisphere 360°, evidenciando os problemas urbanísticos apresentados por eles, tais como sua integração ao tecido urbano e o cumprimento da política urbana. Por fim, destacamos a importância da atuação do Ministério Público do Estado da Bahia (MPBA) na defesa dos interesses e direitos coletivos para a construção de uma cidade menos desigual.

Palavras-chave: Salvador. Habitação Social. Espaço Urbano. Capital Imobiliário. Ministério Público.

1 Data de Recebimento: 08/10/2020. Data de Aceite: 23/11/2020.

2 Urbanista, graduado pela Universidade do Estado da Bahia (UNEB), mestre e doutor em Arquitetura e Urbanismo pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), Analista Técnico de Urbanismo do Ministério Público do Estado da Bahia (MPBA). E-mail: joaopena.88@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5805805984996682>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3028-3964>.

3 Graduanda em Urbanismo na Universidade do Estado da Bahia (UNEB), estagiária de Urbanismo no Ministério Público do Estado da Bahia (MPBA). E-mail: gsuzart1@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5537594401343353>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6086-3778>.

1 INTRODUÇÃO

As cidades brasileiras experimentaram, a partir de meados do século XX, um crescimento intenso em decorrência do processo de industrialização no país e o consequente aumento da população urbana. A taxa de urbanização no Brasil passou de 36%, em 1950, para 81% na virada do século, atingindo 84%, em 2010, quando foi realizado o último Censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) (SAFFIOTI E ACKERMANN, 1973; BRITO E PINHO, 2012). A expansão do espaço urbano se dá tanto horizontal quanto verticalmente, ou seja, além de um aumento do tecido urbano na direção das periferias, houve também uma intensificação do processo de verticalização. Se a taxa de urbanização aumentou vertiginosamente, os problemas urbanos decorrentes desse processo também foram ampliados e agravados, sendo verificados atualmente sobretudo nas metrópoles e maiores cidades.

A expansão periférica deu-se, principalmente, pela massiva construção de conjuntos habitacionais populares, na segunda metade do século XX. Esse processo pode ser observado em Salvador pela produção de moradias no Miolo da cidade, a partir dos anos 1960, com a criação do Banco Nacional de Habitação (BNH), até então área periférica e sem características urbanas consolidadas. Por outro lado, houve também um crescimento do tecido urbano marcado pela presença de grandes edifícios residenciais e comerciais fora do Centro tradicional. Contudo, a expansão horizontal e a vertical recebem atenção do poder público de formas distintas. Na primeira, é perceptível uma precariedade de infraestruturas urbanas para além da casa e que são fundamentais para a moradia, já na segunda, pode-se observar que houve investimentos públicos no sentido não só de articulação com a cidade, mas também de oferta de serviços e infraestruturas urbanas necessárias.

No final dos anos 2000, a expansão periférica, em decorrência da construção de moradia social pelo Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV), ganhou um novo fôlego. Essa década também foi marcada por um boom imobiliário em Salvador com imóveis voltados às classes média e alta e, neste contexto, pela chegada dos condomínios clube como as novas vedetes do mercado imobiliário. Entretanto, apesar de ter havido o incremento de moradia para as classes populares e também para as classes mais abastadas, os contextos urbanos em que se inserem são muito distintos. Cabe destacar que em ambos os casos, como veremos, há uma inobservância, mesmo que de forma distinta, dos princípios e do disciplinamento da política urbana nacional, notadamente da Constituição Federal e do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001), e dos dispositivos urbanísticos municipais: Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano (PDDU) e Lei de Ordenamento do Uso e da Ocupação do Solo (LOUOS).

Neste artigo, fazemos uma discussão sobre essas formas de produção da moradia e do espaço urbano, e focamos na análise de dois casos na cidade de Salvador, na Bahia: conjunto Bosque das Bromélias e Hemisphere 360°, sendo o primeiro caracterizado como habitação de interesse social, e o segundo, um empreendimento de luxo. Esses dois empreendimentos são objetos de inquéritos civis públicos (ICP) movidos pelo Ministério Público do Estado da Bahia (MPBA) e, nesse sentido, foram objeto de análise da equipe técnica do referido órgão. Após uma discussão alicerçada na literatura especializada sobre a produção do espaço e as políticas habitacionais no Brasil, nos debruçamos sobre os resultados apresentados nos pareceres técnicos da equipe do MPBA, da qual fazemos parte, e evidenciamos diferenças e similitudes entre os dois e o papel do MPBA em cada um.

Os casos aqui discutidos são bastante significativos para entendermos como a produção da moradia se dá de formas distintas, a partir do público a quem se destina tanto em termos de localização quanto de sua qualidade urbanística. A partir dessa análise, salientamos a importância da atuação do MPBA no sentido de exigir o cumprimento da política urbana, mas também para dirimir as assimetrias socioespaciais observadas em Salvador.

2 PRODUÇÃO DE HABITAÇÃO SOCIAL E ESPAÇO URBANO

O século XX pode ser considerado como o período em que a habitação passou a ser, finalmente, tratada como uma questão social no Brasil, uma vez que as medidas consideradas importantes para esse meio foram tomadas a partir dos anos de 1930. No entanto, ainda que não tenham sido satisfatórias para eliminar as lacunas existentes, essas medidas ajudaram a redesenhar o cenário da habitação brasileira.

De acordo com Bonduki (1994), a ausência do Estado, entre fins do século XIX e início do XX, em seu papel regulador no que se refere aos valores dos aluguéis e a livre negociação entre locadores e locatários, gerava conflitos entre os mesmos e uma conseqüente mobilização dos inquilinos em torno da questão. No entanto, o não reconhecimento do Estado quanto às suas responsabilidades e a não atribuição dessa função ao mesmo por parte da população, mantinham a habitação longe da esfera social.

Dessa forma, a ideia difundida, nessa época, era de que o Governo teria o papel de incentivar o capital privado na construção de moradias, sendo as Vilas Operárias⁴ a

⁴ “As vilas operárias eram conjuntos de casas construídas pelas indústrias para serem alugadas a baixos aluguéis ou mesmo oferecidas gratuitamente a seus operários. [...] Vinculadas à emergência do trabalho livre no país, grande parte das vilas operárias surgem em decorrência da necessidade de as empresas fixarem seus operários nas imediações das suas instalações, mantendo-os sob seu controle político e ideológico e criando um mercado de trabalho cativo” (BONDUKI, 1994, p. 715).

solução encontrada e incentivada pelo poder público e também pela elite dominante. Consideradas como os primeiros empreendimentos habitacionais de grande porte construídos no país, segundo Bonduki (1994), essa iniciativa teve um impacto importante em várias cidades brasileiras.

Somente em 1937, com a criação das carteiras prediais dos Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAPs), que financiavam a construção de habitação social, que se inicia a produção de conjuntos habitacionais pelo Estado (MELO, 1990; BONDUKI, 1994; ARAÚJO E FERNANDES, 2010). Apesar disso, é válido ressaltar que as carteiras prediais dos IAPs não se constituíam como política pública habitacional, uma vez que esses órgãos não lidavam diretamente com o problema da habitação.

Diante disso, a iniciativa privada, que há muito já começava a se desinteressar pelo investimento em casas de aluguel, reduziu, drasticamente, sua atuação nessa área. Em contrapartida, isso abriu espaço para o poder público financiar, construir e promover conjuntos habitacionais, fazendo a indústria da construção interessar-se em receber recursos públicos com o intuito de manter suas atividades. Por outro lado, a retração do financiamento privado desse nicho provocou um caos no sistema habitacional, a partir dos anos 1940, visto que a inexistência de novas casas e a chegada constante de imigrantes nas grandes cidades provocavam a escassez na oferta e, posteriormente, a prática dos despejos por parte dos proprietários, a fim de reaver seus imóveis.

Sendo a moradia um dos fatores importantes para permanência da vida na cidade, desenvolvem-se, em contraposição a essa situação, maneiras alternativas de habitar: as favelas e a autoconstrução de casas em lotes periféricos. Esse modelo de moradia expandiu-se mesmo sem as condições mínimas necessárias de urbanização por conta das supramencionadas condições, tendo sido, certa forma, incentivada pelo Estado na medida em que não fez exigências quanto aos aspectos urbanísticos, limitando-se, apenas, a garantir o acesso ao lote.

Por meio do Decreto-Lei 9.218, de 1 de maio de 1946, o Governo Dutra criou a Fundação da Casa Popular (FCP) como resposta a problemática da habitação que persiste no pós-guerra. Considerada “como o primeiro órgão nacional destinado exclusivamente à provisão de moradias para a população de baixa renda, representou o reconhecimento de que o Estado brasileiro tinha obrigação de enfrentar, através de uma intervenção direta, o grave problema da falta de moradias” (BONDUKI, 1994). A escassez de fundos e a oposição da indústria da construção fizeram com que a FCP se mantivesse entre 1946 a 1964, ano em que foi criado o Banco Nacional de Habitação (BNH). Cooptada por práticas clientelistas, a instituição não apresentou resultados expressivos pelo tempo em que esteve em atividade (MELO, 1990; ARAÚJO E FERNANDES, 2010).

A década de 1960 foi emblemática, entre outros aspectos, pelo Golpe Militar em

1964, e no que tange à questão da moradia pela criação de uma nova política habitacional. Nesse mesmo ano, foram criados, por meio da Lei nº 4.380/1964, o BNH e o Sistema Financeiro de Habitação (SFH) (BRASIL, 1964) destinados ao fomento da construção de habitação social. Com a criação do BNH, as cidades brasileiras começaram a experimentar um processo de expansão de seus tecidos urbanos, sobretudo em direção à periferia. A construção massiva de conjuntos habitacionais na periferia das cidades estava atrelada à prática corrente, à época, de remoção de favelas (DENALDI, 2003).

A política habitacional do BNH criou grandes áreas desprovidas de conexão e serviços urbanos distantes do Centro, dificultando a vida de seus moradores. A escolha pela construção dessas habitações “fora” da cidade deu-se pelo baixo custo do solo. Contudo, as consequências disto, no tecido urbano, são sentidas até nos dias atuais, pois há um elevado grau de segregação socioespacial nas cidades brasileiras e bairros periféricos muito carentes de infraestruturas e serviços urbanos básicos.

Em Salvador, foram implantados inúmeros conjuntos habitacionais no bojo do BNH em áreas como Cabula e Cajazeiras, ambos na área conhecida como Miolo (FERNANDES, 1992; 2003). Além desses conjuntos habitacionais estarem na periferia, portanto distantes de serviços urbanos importantes, a implantação da infraestrutura urbana necessária não aconteceu na mesma velocidade em que essas áreas foram ocupadas e adensadas.

Apesar de todas as críticas que foram feitas aos conjuntos habitacionais do BNH, em termos de suas localizações e consequências nas cidades, do disciplinamento da política urbana na Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), em 2009 foi criado Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV), por meio da Lei nº 11.977/2009 (BRASIL, 2009) sem observar questões fundamentais sobre a produção do espaço urbano. Com meta inicial de construir 1 milhão de novas moradias, os conjuntos habitacionais do PMCMV estão presentes de Norte a Sul do país, em cidades grandes, médias e pequenas (VERÍSSIMO E FERNANDES, 2009; CARDOSO E ARAGÃO, 2013).

Após uma longa discussão no Congresso Nacional, o Estatuto da Cidade foi instituído pela Lei nº 10.257 em 2001 (BRASIL, 2001), sendo um resultado importante do Movimento da Reforma Urbana. Todo o conhecimento crítico acumulado ao longo de décadas pautou a inclusão de instrumentos que buscam evitar processos de periferização, como os que ocorreram no bojo dos conjuntos do BNH. Então, vários instrumentos foram incluídos no sentido de uma justa distribuição das benesses urbanas e evitar a retenção especulativa da terra urbana, sendo este último um problema no Centro de Salvador. Se aplicados, esses instrumentos podem estimular o uso de imóveis subutilizados, o efetivo aproveitamento de vazios urbanos nas áreas consolidadas, inclusive para

a construção de habitação social e equipamentos urbanos. Entretanto, passados quase 20 anos, a efetivação das diretrizes da política urbana continua sendo um grande desafio para as cidades brasileiras.

O PMCMV não incorpora as diretrizes da política urbana brasileira, quando da definição de onde as habitações serão construídas, optando por áreas periféricas por apresentarem terrenos mais baratos e, conseqüentemente, uma maior margem de lucro à construtora. Isto se verifica no caso do conjunto Bosque das Bromélias, que discutiremos adiante, uma falha da experiência do BNH, mas que ainda hoje tem-se repetido. Além de estar nas franjas urbanas (e também por isso), soma-se à realidade dos conjuntos habitacionais a precarização, ou mesmo ausência de infraestruturas e serviços urbanos como: escolas, postos de saúde, transporte urbano, saneamento etc. (LIMA *et al.* 2013) Em vez de proporcionar uma melhor qualidade de vida aos moradores, a localização desses conjuntos os priva da cidade consolidada e de suas benesses. Isto revela não só uma desconsideração dos princípios e objetivos da política urbana, mas também uma produção pautada pelos interesses privados pela maximização do lucro.

O modelo adotado pelo MCMV coloca a iniciativa privada como agente promotor da política, deslocando os interesses envolvidos na produção habitacional para âmbitos nos quais questões de caráter qualitativo associadas à dimensão social da moradia são subordinadas a questões econômicas, seja no sentido do impacto quantitativo do programa, seja através das estratégias empresariais que buscam ampliar ao máximo a taxa de lucro e a produtividade. (CARDOSO E JAENISCH, 2014, p. 7).

Cabe lembrar que o PMCMV não é apenas um programa habitacional, é também (e talvez mais) um projeto de desenvolvimento econômico. Esse foi o caminho encontrado pelo Governo Federal para alavancar a economia brasileira, e evitar que o país entrasse na crise que assolou outros países em decorrência da crise hipotecária dos Estados Unidos, em 2008 (CARDOSO E ARAGÃO, 2013). Nesse sentido, se por um lado, a inobservância das diretrizes da política urbana tem provocado uma expansão periférica pela implantação de conjuntos habitacionais para a população de baixa renda, por outro, as áreas centrais – ou o tecido urbano consolidado – continuam sendo espaços de reserva e especulação imobiliária, servindo aos interesses do capital privado em vez de promoverem uma distribuição mais justa da população mais pobre na cidade.

3 A APROPRIAÇÃO DA CIDADE PELO CAPITAL

Na cidade onde as práticas capitalistas são preponderantes, assistimos com o passar do tempo a crescente e cada vez mais concreta ação do capital privado – notadamente o capital imobiliário – que, em prol dos seus interesses, transformou e tem transformado o espaço urbano em um negócio lucrativo. Dessa forma, o capital privado, que outrora era apenas uma parte do sistema financeiro vigente, passa então a ocupar um lugar na disputa pela produção da urbe.

Segundo Ana Fani Carlos (2015), a atuação do capital no espaço urbano, do ponto de vista do produto imobiliário, dá-se, exatamente, quando o mesmo substitui a sua característica industrial para a nova vertente financeira, transformando não apenas o seu investimento, mas de igual modo, o próprio espaço urbano. Algo que também já havia sido apontado por Bonduki (1994), ao explicar sobre a produção habitacional brasileira e os investimentos na área.

Carlos (2015) também afirma que assim como, em tese, os produtos do trabalho humano são tratados como mercadoria, o espaço passa a ser assim caracterizado pelo capitalismo. Desse modo, a terra urbana torna-se o principal produto desse mercado, uma vez que ela se configura como indispensável meio para concretização dos objetivos desse setor. Em outras palavras, como diz Ermínia Maricato (2011), a terra é o nó da questão urbana, não apenas em termos da propriedade, dos conflitos e da política urbana, mas também para reprodução do capital privado.

Pensando que o espaço e a sociedade possuem uma relação intrínseca, a forma como o capital atua ao apropriar-se da cidade reflete, similarmente, na forma como se dão as relações sociais, principalmente se consideramos que a cidade é, sobretudo, uma produção social. Logo, se o acesso ao produto imobiliário formal é para poucos, visto que atende apenas a cerca de 30% da população brasileira (MARICATO, 2011), isto significa dizer também que a sociedade está economicamente estratificada, e que as condições de acesso à terra são restritas entre distintos grupos sociais.

O acesso restrito à terra, que na cidade significa acesso restrito à moradia, como já vimos anteriormente, gera duas situações interligadas: as favelas e a autoconstrução, que são ambas implantadas em locais sem o mínimo de infraestrutura urbana necessária, em terrenos inadequados com, por exemplo, o risco de deslizamentos de terra. O Estado, nesse cenário, tem papel importante no sentido de atuar, não só na mitigação dos problemas existentes, como na criação de possibilidades de que a parte da população que não tem condições financeiras possa também acessar a moradia, uma vez que a mesma se configura como um direito do cidadão, conforme preceitua o Art. 6º da Constituição Federal de 1988. Contudo, a atuação do Estado também pode facilitar novas

formas de apropriação pelo capital imobiliário, seja pelas melhorias com a implantação de infraestrutura urbana em áreas onde há especulação imobiliária, seja por políticas habitacionais, como o PMCMV, em que os interesses de empresas privadas definem os rumos de sua implementação.

O capital privado, enquanto agente na reprodução do espaço urbano, atua de igual forma na fase de elaboração de políticas urbanas do Estado, disputando ao lado dos diversos grupos sociais para que seus interesses estejam atendidos, por exemplo, nos Planos Diretores de Desenvolvimento Urbano (PDDU), que orientam o desenvolvimento das cidades. No que tange ao PDDU de Salvador aprovado em 2016, isto foi objeto de análise por Figueiredo, Amorim e Moreira (2019), Pinho (2019) e Rebouças e Mourad (2019). As autoras mostram, a partir de diferentes questões, como no bojo do processo de elaboração do PDDU houve uma apropriação empresarial da cidade. Esse processo, também definido por Fernandes (2013) como urbanismo corporativo, tem marcado a produção contemporânea não só de Salvador, mas das cidades brasileiras de modo geral.

Ao mesmo tempo em que as cidades experimentaram um acentuado processo de produção de conjuntos habitacionais populares, como dito anteriormente, houve uma intensa expansão do espaço urbano tanto horizontal quanto verticalmente por empreendimentos para os estratos sociais mais altos, notadamente os condomínios fechados. Nas últimas décadas uma nova tipologia de produção voltada às classes médias alta e alta têm marcado o espaço urbano soteropolitano: os condomínios clube. Inaugurado, em 2000, pelo condomínio Alphaville, na Avenida Luís Viana Filho (Avenida Paralela), esses empreendimentos têm surgido em distintas áreas da cidade, mas sobretudo naquelas mais enobrecidas, cujo valor relacional é mais alto (OLIVEIRA, 2015; PENA, LIMA E FERNANDES, 2011).

Lançados como “bairros planejados” ou empreendimentos exclusivos no bojo do urbanismo corporativo, os condomínios clube têm sido as estrelas dos novos lançamentos do mercado imobiliário. Em Salvador, além do Hemisphere 360°, que discutiremos com mais detalhes adiante, Alphaville I e II, Le Parc, Horto Bela Vista, Barra Porto Condomínio Clube, etc. são todos exemplares dessa forma de produzir moradia e cidade. Na verdade, todos eles promovem uma privatização e fragmentação do espaço urbano e, em última instância, a negação da própria cidade, uma vez que tudo caberia dentro de seus muros. Ademais, eles se caracterizam por serem empreendimentos-franquia ou empreendimentos-marca, como afirma Fernandes (2013), sendo reproduzidos em distintas cidades, como é o caso dos condomínios da empresa Alphaville Urbanismo – existentes em mais de 30 cidades de 21 estados – e do Le Parc – “grife” imobiliária presente no Rio de Janeiro, em Recife e Salvador.

Pautados em estratégias de *marketing* urbano, os condomínios clube propagandeiam

uma ideia de que tudo que os moradores precisam está à sua disposição dentro de seus perímetros, a salvo dos perigos externos, ou seja, da própria cidade. Outra característica importante deste tipo de empreendimento é seu porte grandioso seja pela verticalização, seja pela extensão horizontal de sua área, daí serem divulgados do ponto de vista da publicidade como “bairros”, mesmo não possuindo o referido estatuto legal, cuja definição só é feita pelo município. A negação da cidade se dá também pelo papel da rua, vista não mais como espaço de interação ou de encontro com a diferença, mas tão somente como uma via de circulação entre uma bolha e outra.

Voltando à política urbana recente de Salvador, como Rebouças e Mourad (2019) mostram, o capital privado pautou áreas de seu interesse, as quais foram incorporadas no PDDU de 2016, por meio de três grandes poligonais destinadas a Operações Urbanas Consorciadas (OUC), não por acaso em importantes áreas em termos de potencial paisagístico: Centro Histórico, Ribeira e Orla Atlântica. Pinho (2019) acrescenta que foram apresentados mapas para apenas dois instrumentos de política urbana: as Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS) e justamente as OUCs, sendo estas correspondentes a cerca de $\frac{1}{3}$ da área continental de Salvador. Como sabemos, uma OUC permite a suspensão da legislação urbanística nas áreas assim demarcadas, sendo possível definir para elas parâmetros específicos, viabilizando e potencializando a reprodução do capital imobiliário.

Ainda que essa apropriação da cidade pelo capital, ou a cidade vista como negócio (CARVALHO E CORSO-PEREIRA, 2013), pareça estar concretizada pelo exposto acima, alguns importantes setores da sociedade civil organizada, por meio de movimentos sociais e frentes de atuação popular, atentos aos avanços do capital imobiliário sobre o tecido urbano, podem impedir, em certa medida, que esses interesses privatistas sejam levados a cabo, ou minimizar as consequências de sua efetivação. Neste sentido, cabe destacar a fundamental atuação de órgãos como o Ministério Público do Estado da Bahia, este que tem sido um agente importante para a proteção dos direitos difusos, e tem tentado evitar que o capital privado se aproprie irrestritamente da capital baiana.

4 A PRODUÇÃO DESIGUAL DA CIDADE E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Como vimos, a despeito dos princípios da política urbana que vigora no país, a produção do espaço urbano pode não apenas reforçar, mas produzir desigualdades socioespaciais em razão de uma série de interesses em disputa. Nesse sentido, analisamos aqui dois casos em Salvador que são objetos de ICPs promovidos pelo MPBA: o conjunto Bosque das Bromélias e o condomínio Hemisphere 360°. A atuação do MPBA nestes

casos está fundamentada tanto na Constituição Federal de 1988 (Arts. 127 a 130) quanto na Constituição do Estado da Bahia (Arts. 135 a 139), promulgada em 05 de outubro de 1989. Cabe aqui, então, destacar como este órgão é definido pela Constituição do Estado da Bahia:

Art. 135 - O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (BAHIA, 1989).

Portanto, cabe ao MPBA zelar pelo cumprimento da legislação urbanística em toda a Bahia, sempre observando a defesa dos direitos da coletividade. Desse modo, compete ao MPBA, entre outras coisas, conforme estabelece o Art. 138 da Constituição da Bahia:

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição Federal e nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (BAHIA, 1989).

Dessa maneira, cabe ao MPBA instaurar ICPs para investigar a violação de direitos coletivos, como é o caso das questões tocantes ao direito urbanístico, já que a legislação urbanística municipal estabelece parâmetros de uso e ocupação do solo, buscando um equilíbrio entre os interesses individuais e coletivos (FERNANDES, 2005; ROMANO, 2017). Os dois casos em análise são objeto de ICPs instaurados pela Promotoria de Justiça de Habitação e Urbanismo. O ICP nº 003.0.34703/2013 trata do conjunto Bosque das Bromélias, um empreendimento residencial do PMCMV, entregue por etapas entre 2011 e 2014. Já o ICP 003.0.245532/2012 trata do condomínio Hemisphere 360°, finalizado em distintas fases entre 2016 e 2019, sendo este um empreendimento de alta renda lançado pela incorporadora Queiroz Galvão.

Esses ICPs foram analisados pela equipe técnica da Central de Apoio Técnico (CEAT), do MPBA, da qual os autores deste artigo fazem parte, que emitiu pareceres técnicos em resposta à demanda da promotoria supracitada, quais sejam: Parecer Técnico nº 74/2020 (Hemisphere 360°) e Parecer Técnico nº 529/2019 (Bosque das Bromélias). Apesar de serem empreendimentos com características e público alvo distintos, em ambos o MPBA foi provocado para garantir os interesses difusos que tangem à produção do espaço urbano, ao direito à cidade e ao cumprimento dos dispositivos que

disciplinam o uso e a ocupação do solo.

4.1 Bosque das Bromélias

O Bosque das Bromélias é um conjunto residencial do PMCMV destinado à população com renda mensal de 0 a 3 salários mínimos (Faixa 1), sendo a faixa de renda mais baixa atendida pelo referido programa. Construído pela Bairro Novo Empreendimentos Imobiliários S.A. (Grupo Odebrecht), o Bosque das Bromélias teve investimento de R\$ 100.000.000,00 (BAHIA, 2013). Esse empreendimento foi entregue em distintas etapas entre os anos de 2011 e 2014, totalizando 2.400 unidades residenciais com 41,36 m². Essas unidades estão distribuídas em seis conjuntos habitacionais compostos por prédios de apartamentos de cinco pavimentos, cujo acesso aos pavimentos superiores se dá, exclusivamente, por escadas (Figura 1). Considerando a média de 4 pessoas por família no Brasil, esse residencial é capaz de abrigar até 9.600 pessoas, mas Silva (2017) estima que aí residem cerca de 8 mil pessoas.

Figura 1 – Vista panorâmica do Bosque das Bromélias



Fonte: Jeilson Barreto Andrade, s.d.

O Bosque das Bromélias está localizado no bairro Jardim das Margaridas às margens

da Rodovia BA-526, conhecida como CIA-Aeroporto, em função de conectar a área do Centro Industrial de Aratu (CIA) ao Aeroporto de Salvador. De acordo com o PDDU de 2008, instituído pela Lei nº 7.400/2008 (SALVADOR, 2008), o residencial está inserido na Macrozona de Ocupação Urbana, especificamente, na Zona Predominantemente Residencial – 3 (ZPR-3). A localização “fora” da cidade ou, em outras palavras, distante da ocupação urbana consolidada – portanto com terrenos a preços baixos – não só provoca uma segregação socioespacial dos residentes, como também intensifica a já elevada segregação existente em Salvador, em decorrência, entre outros fatores, da produção periférica empreendida na segunda metade do século XIX, como vimos anteriormente, e do alto grau de desigualdade social (TOSTA, 2016; SILVA, 2017).

Durante a inspeção que fizemos, para a elaboração do Parecer Técnico nº 529/2019, foi possível verificar que a lógica do conjunto assemelha-se, em alguma medida, aos condomínios fechados que têm caracterizado a produção habitacional em Salvador: blocos de apartamentos são distribuídos ao longo das vias, havendo ao centro uma área com equipamentos de uso comum, como a associação de moradores, parque infantil, quadra de esportes e um salão para eventos (NASCIMENTO, PENA E SANTANA, 2019). Como veremos adiante sobre o Bosque das Bromélias, a ausência ou a precariedade de infraestrutura e serviços urbanos é uma característica das periferias urbanas nas cidades brasileiras, condenando os moradores – em sua maioria negros – a uma baixa qualidade de vida.

Como visto, assim como o BNH, o PMCMV também recebeu críticas relativas ao modo de produção de seus empreendimentos, em especial no período de pós-ocupação. Além da clara segregação espacial a qual foram submetidos os moradores, os problemas relativos ao habitar, no que diz respeito à infraestrutura urbana, foram expostos com a ocupação das unidades. No caso do Bosque das Bromélias, o Parecer Técnico nº 529/2019, que teve como principal objetivo “identificar as dificuldades e os problemas enfrentados pelos moradores na fase de pós-ocupação do mesmo”, demonstra que as críticas feitas ao referido modelo de habitação social são a realidade para aqueles que ali residem (NASCIMENTO, PENA E SANTANA, 2019).

No que diz respeito à estrutura dos prédios, rachaduras na parte interna e externa foram observadas em vários prédios, além de infiltrações no exterior e interior das construções. Isto aponta para possíveis problemas estruturais e a necessidade de uma avaliação técnica específica para identificação e reparação de patologias construtivas existentes.

O saneamento básico, parte da infraestrutura urbana básica, é composto por abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e drenagem de águas pluviais, serviços que são prestados de forma precária em todo o conjunto habitacional. A falta de

água em alguns andares ou a vazão insuficiente para o abastecimento, é provocada pela ausência de um reservatório de água em cada prédio, uma vez que há apenas um tanque geral para os seis condomínios. O problema da água também tem a ver com os custos do serviço oferecido, pois sem tarifa social, há moradores que não podem arcar com os custos e recorrem a ligações ilegais, conhecidas como “gato”.

Quanto à limpeza urbana, os moradores relataram que o serviço de varrição das ruas foi descontinuado, sendo mantido apenas o caminhão de coleta de resíduos sólidos. Na ausência de varrição e espaços adequados para o armazenamento temporário, observamos resíduos espalhados por alguns pontos do residencial. Com relação à drenagem pluvial também foi relatado o frequente entupimento das valetas pelo acúmulo de sedimentos arenosos que se encontram ao redor dos prédios, obrigando os moradores a fazerem limpezas constantes para melhorar o escoamento da água. Além disso, em épocas de fortes chuvas, há relatos de que os prédios, que se localizam na cota mais baixa do residencial, sofrem com alagamentos e infiltrações.

A iluminação pública, importante infraestrutura nas cidades, também possui deficiências, pois apesar da existência dos postes de iluminação, nem todos funcionam corretamente, levando à instalação pelos próprios moradores de refletores com vistas a minimizar a situação.

De acordo com o Art. 6º da Constituição Federal de 1988, compõem os direitos sociais do cidadão: a educação, a saúde, o transporte, o lazer e a segurança. No entanto, para aqueles que residem no Bosque das Bromélias, a lei parece não valer da mesma forma, pois o acesso à educação é restrito, uma vez que há no residencial apenas a Escola Municipal Bosque das Bromélias, inaugurada em 2016, e voltada para turmas de ensino fundamental 1 e infantil, insuficiente para a demanda local. Para o ensino fundamental 1 e 2, cerca de 400 estudantes precisam deslocar-se com transporte escolar oferecido pela Prefeitura de Salvador para uma escola a mais de 1 km de distância, no Jardim das Margaridas, o que gera conflitos em razão da quantidade de vagas existentes. No caso do ensino médio, a escola mais próxima dista cerca de 4 km do Bosque das Bromélias, no bairro de São Cristóvão, não havendo mais, segundo os moradores, transporte escolar, onerando as famílias que mantiverem seus filhos na escola.

O acesso à saúde torna-se difícil pela ausência de um equipamento na área do Bosque das Bromélias, pois sua busca por atendimento na Unidade de Saúde da Família (USF) do Jardim das Margaridas, localizado a cerca de 1km, sobrecarrega esta unidade, estruturada para atender apenas a demanda dos moradores deste segundo conjunto. A busca por atendimento em outras localidades também é dificultada por conta do endereço, já que alguns serviços são regionalizados.

A mobilidade apresenta duas grandes questões: a microacessibilidade e a macroaces-

sibilidade. Quanto à macroacessibilidade, os moradores informam ter acesso ao Serviço de Transporte Público Coletivo de Passageiros por Ônibus (STCO), tendo como único destino a Estação Mussurunga, e ao Subsistema de Transporte Especial Complementar (STEC), que tem como destinos os bairros de Itapuã, Pau da Lima e São Marcos. No caso da microacessibilidade, podemos considerá-la como inadequada, haja vista que algumas ruas e calçadas são ocupadas por construções informais. Além disso, as calçadas não possuem pista tátil, nem os prédios da cota mais baixa possuem rampas de acesso, limitando-se a escadas precárias construídas pelos próprios moradores.

Em conformidade com a lei do PMCMV (BRASIL, 2009), o Bosque das Bromélias possui áreas de lazer, como já apresentado. No entanto, à época da inspeção, todos os equipamentos necessitavam de manutenção, uma vez que se encontravam em estado de precariedade ou estavam inadequados ao uso. É válido ressaltar que alguns moradores queixam-se pela ausência de atividades lúdicas, recreativas e culturais e, para suprir parte dessa carência, desenvolvem eles mesmos atividades esportivas.

Por fim, no rol dos problemas enfrentados pela população do conjunto habitacional, dois últimos inconvenientes foram expressados: a inexistência do serviço de correios, obrigando o deslocamento dos mesmos a Unidade de Distribuição dos Correios em São Cristóvão. Não menos importante ressaltar é a constante exposição à violência relatada pelos moradores, seja ela policial ou marginal.

4.2 Hemisphere 360°

O Hemisphere 360° é um empreendimento de luxo localizado no bairro de Pituacu, com a vista privilegiada do Oceano Atlântico. Com 11 torres que somam 492 unidades residenciais, ocupa uma área total de 39.137,19 m², e é mais um dos condomínios clube que têm sido construídos na cidade. Considerando a média de 4 pessoas por família, estimamos que aí residam de 1.968 pessoas. Lançado em 2012 pela Queiroz Galvão, o Hemisphere 360° foi entregue em 4 fases, entre 2016 e 2019, oportunizando aos novos moradores desfrutarem da vista tanto para o mar quanto para o Parque Metropolitano de Pituacu, ao lado do condomínio (Figura 2).

Figura 2 – Vista do Hemisphere 360° a partir do Parque de Pituçu



Fonte: Acervo dos autores

Sendo voltado a um público de alta renda, os apartamentos tipo têm dimensões que variam de 140 a 200m², já as coberturas têm áreas de 308 a 377m², somando-se a isto as áreas comuns à disposição dos moradores. As áreas de uso comum, que podemos chamar de “clube”, são compostas por: 5 piscinas, 2 quadras de tênis, 2 quadras de squash, 6 spas com sauna, 5 academias, 6 salões de jogos, 6 salões de festas e espaço kids.⁵ Além disso, de acordo com Pereira, Pena, Nascimento e Santana (2020), o empreendimento conta com 1.515 vagas de garagem, sendo que o número de vagas por unidade residencial varia de duas a cinco.

Com apartamentos cujos preços ultrapassam 1 milhão de reais, o Hemisphere 360° é mais um condomínio clube construído na cidade, como os outros já citados, que oferece aos moradores, que possam desembolsar altas quantias, um modelo de morar que nega a cidade, já que em seu perímetro se pode encontrar aqueles elementos que outrora eram buscados no espaço público. Esse tipo de morar também é caracterizado pela autoss segregação, ou seja, um desejo de evitação do espaço público e, logo, da própria cidade, uma escolha de quem tem meios de locomover-se facilmente para acessar toda sorte de serviços.

⁵ Cf.: Sites de comercialização dos apartamentos do Hemisphere 360°: <<https://hemisphere360.com.br/>> e <<https://hemisphere360.net/>>. Acesso em: 26 set. 2020.

Haja vista que, pelas características do empreendimento, a infraestrutura e os serviços urbanos não foram colocados como um problema, no caso do referido Hemisphere 360°, o Parecer Técnico nº 74/2020 buscou responder questões referentes a possíveis ofensas urbanísticas e ambientais. Dessa forma, com base no PDDU de 2008 e na LOU-OS 1984 de Salvador, foram analisados: o cumprimento de parâmetros urbanísticos, a utilização de instrumento urbanístico, impactos na mobilidade urbana e na paisagem natural, além dos fatores ambientais como, por exemplo, supressão de vegetação nativa (PEREIRA, PENA, NASCIMENTO E SANTANA, 2020).

No que se refere às questões ambientais, no momento de construção do empreendimento, não havia presença de vegetação nativa, tendo em vista que na mesma área já existiam seis imóveis anteriores ao Hemisphere 360°, tampouco havia presença de corpos hídricos cadastrados, sendo o corpo d'água mais próximo a Represa de Pituaçu. Apesar dessa proximidade, o empreendimento não está inserido em nenhuma área protegida. Ademais, o Hemisphere 360° é considerado, de acordo com o Decreto Municipal nº 29.921/2018, como um empreendimento de pequeno porte e pequeno potencial poluidor, o que o desobriga da realização de um Estudo e Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA).

As incongruências relativas ao empreendimento dizem respeito às questões urbanísticas. Quanto aos parâmetros previstos em lei, o Hemisphere 360° respeita o zoneamento, posto que está localizado na Macrozona de Ocupação Urbana e também na Zona Predominantemente Residencial – 4 (ZPR-4), ambas destinadas à moradia e, em especial a ZPR, que permite usos multiresidenciais. Já com relação aos recuos, quatro das onze torres não atendem ao mínimo exigido pelo PDDU de 2008. Quanto ao índice de permeabilidade, não foi possível verificar se o valor declarado pelo empreendedor (sendo este 0,28), está em conformidade com o Zoneamento urbano considerado (mínimo de 0,25), visto que havia lacunas nas informações que constavam nos autos do ICP.

Para aumentar o potencial construtivo, ou seja, aumentar o número de unidades habitacionais, os empreendedores tiveram a utilização da Transferência do Direito de Construir (TRANSCON) impossibilitada vetados pela Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (Adin) nº 0303489-40.2012.8.05.0000, que suspendeu a utilização desse instrumento urbanístico na zona em questão. Logo, o empreendedor buscou utilizar a Outorga Onerosa do Direito de Construir. O então PDDU de 2008 definia critérios de concessão para efetivar essa utilização, a saber:

Art. 256. A Outorga Onerosa do Direito de Construir será concedida apenas depois de constatada a inexistência de prejuízos reais ou potenciais ao patrimônio cultural, à paisagem, ao meio ambiente e

à mobilidade na área, respeitados os gabaritos de altura das edificações, os índices de ocupação e de permeabilidade, e os recuos e afastamentos fixados pela legislação para as zonas ou corredores, nas quais seja admitida a recepção de potencial construtivo adicional, nos termos desta Lei (SALVADOR, 2008).

A análise dos critérios estabelecidos em lei apontou que o empreendedor não cumpriu integralmente as referidas exigências, como veremos a seguir.

No que diz respeito aos possíveis impactos ao patrimônio cultural e à paisagem, o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), por meio do Escritório Técnico de Licenciamento e Fiscalização (ETELF) emitiu um parecer favorável ao empreendimento, ainda que nos autos do ICP, a ausência de dados técnicos não comprovasse que a ventilação, por exemplo, não teria prejuízo com a construção de onze torres. Além disso, por mais que a paisagem urbana não seja imutável, é necessário levar em consideração que o porte do empreendimento pode ter consequências perceptivas, visuais e urbanísticas, uma vez que o gabarito adotado diverge, significativamente, daqueles que se encontram no seu entorno, sobretudo por estar ao lado do Parque de Pituvaçu.

Todavia, uma das exigências do PDDU de 2008 diz respeito à mobilidade. É importante ressaltar que a mobilidade urbana é constituída por diferentes elementos, que juntos, integram um único sistema, logo é necessário pensar não apenas nos transportes coletivo e individual, como também considerar a microacessibilidade. Dessa forma, o Relatório de Impacto no Trânsito (RIT) desenvolvido para o empreendimento não aborda todos os elementos necessários para pensar os impactos do Hemisphere 360° na mobilidade da cidade de Salvador. Além disso, o próprio RIT demonstra que o sistema viário do entorno imediato do condomínio seria negativamente afetado pela ampliação significativa do fluxo de automóveis, gerando um impacto para a cidade. Entretanto, não foram implementadas as intervenções nas ruas lindeiras ao condomínio, as quais foram apresentadas como medidas mitigadoras do impacto pelo aumento do tráfego no local.

4.3 Dois casos distintos: aproximações possíveis

Aqui, analisamos dois casos que ilustram questões o cenário acima descrito. Apesar de terem sido lançados ou construídos na mesma época, os problemas apresentados pelo Bosque das Bromélias e pelo Hemisphere 360° são de naturezas distintas. No primeiro, observamos que os problemas identificados dizem respeito, sobretudo, à ausência ou precariedade de infraestruturas e serviços urbanos mais elementares, à segregação provocada pela localização do conjunto nas franjas urbanas de Salvador, e a baixa qualida-

de construtiva das moradias. Esses aspectos provocam, não apenas uma fragmentação e desarticulação do tecido urbano, mas também, um agravamento da condição socioeconômica dos moradores, uma vez que estão “apartados” da cidade.

No Hemisphere 360°, um condomínio de luxo numa localização privilegiada, os problemas apresentados são de ordem legal, ou seja, do cumprimento do que a legislação urbanística estabelece. A qualidade do empreendimento não está em cheque, mas, por outro lado, a qualidade do ambiente urbano é ameaçada pelos possíveis impactos decorrentes do adensamento que ele provoca nessa área, sobretudo no que se refere à mobilidade da cidade. Como o condomínio não está plenamente ocupado, já que unidades ainda estão sendo comercializadas, não é possível mensurar todo impacto que o empreendimento poderá causar. A proximidade com o Parque de Pituvaçu e a grandiosidade das torres do condomínio podem alterar a percepção do próprio parque pelos frequentadores. A ideia de trazer, para dentro do condomínio, elementos tradicionalmente buscados no espaço público demonstra uma negação da cidade, uma escolha pela autosegregação por uma parcela abastada da sociedade, mas que não abre mão de uma localização que lhes proporcione amenidades naturais como a vista do Oceano Atlântico.

Os casos supracitados ilustram uma realidade mais ampla encontrada em Salvador e em outras cidades brasileiras, seja um residencial do PMCMV ou um condomínio clube. Isto também demonstra que a cidade é apropriada e/ou usufruída de diferentes formas tanto pelas pessoas quanto pelo capital. Além disso, evidencia como o atendimento às necessidades dos habitantes dos dois empreendimentos aqui apresentados pode impactar, não só a vida daqueles que estão diretamente a eles relacionados, mas também, a toda a cidade. Em ambas as situações ocorre uma fragmentação do tecido urbano pelo descumprimento da política urbana, pela desarticulação causada pela localização “fora” da cidade, e também pelo isolamento que os muros dos condomínios clube provocam na morfologia urbana (FERNANDES, 2013; SILVA, 2017).

Em virtude do exposto, cabe ao MPBA, conforme preceitua a Constituição do Estado da Bahia, zelar pelo adequado cumprimento da política urbana, e pela necessária oferta de serviços e infraestrutura urbana a todos os habitantes. Embora os empreendimentos analisados apresentem problemas distintos, em ambos a coletividade é afetada, seja pela precariedade a que estão submetidos os moradores do Bosque das Bromélias, seja pelos danos à cidade que podem ser causados pelo Hemisphere 360°. Nesse contexto, o MPBA possui o papel crucial de defender os interesses coletivos e buscar garantir que as desigualdades sejam sanadas ou minimizadas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como vimos, a produção da moradia e do espaço urbano, seja pelo Estado, seja pelo capital privado, é composta por uma trama de relações, conflitos e tensionamentos. Considerando que o espaço urbano é dotado de valor, nem todos ocuparam as melhores áreas da cidade, tampouco tem acesso de forma igualitária às benesses existentes. Coube então, aos pobres se deslocarem para ‘fora’ da cidade, enfrentando toda sorte de precariedade no que se refere à oferta de infraestrutura e serviços urbanos.

Tanto na atuação do BNH, quanto na mais recente produção habitacional de interesse social, houve um crescimento massivo em direção às periferias ou, poder-se-ia dizer, às novas periferias. Pensado como saída para a crise que o mundo vivia à época, com forte inclinação econômica, o PMCMV deixou de observar, não só as críticas ao BNH, mas também, importantes diretrizes da política urbana em vigor. O resultado disto foi o acirramento da expansão periférica e priorização dos interesses das construtoras na maximização dos lucros com a escola de terrenos baratos e distantes. Percebemos, então, uma captura, não apenas do espaço urbano, mas também, dos investimentos públicos pelo setor privado da construção civil. Como explicamos, o capital imobiliário tem feito investidas das mais diversas maneiras para ter seus interesses atendidos, seja cooptação dos processos de construção das políticas urbanas, seja mesmo pela sua atuação direta na cidade com a construção de empreendimentos de luxo, notadamente os condomínios clube.

Essa produção do espaço que gera assimetrias, segregação ou viola os dispositivos urbanísticos, tem ensejado a atuação do MPBA. Nos dois casos aqui analisados, o referido órgão atua no sentido de garantir o direito à cidade, o devido cumprimento da legislação urbanística, os interesses da coletividade e a qualidade do ambiente urbano. Contudo, os procedimentos instaurados para apurar irregularidades no Bosque das Bromélias em 2013 e no Hemisphere em 2012 continuam em andamento. Sem um desfecho até o momento, a permanência dos problemas fazem com que, no caso do Bosque das Bromélias, os moradores continuem vivendo em uma situação de precariedade e com seu direito à cidade negado e, no caso do Hemisphere 360°, que todos os moradores de Salvador arquem com os prejuízos urbanísticos causados pelo empreendimento. Considerada a importância do MPBA nesta questão, uma atuação mais célere poderia minimizar os efeitos negativos de uma produção do espaço pautada na lógica do capital privado.

BETWEEN SOCIAL DEMANDS AND PRIVATE INTERESTS: THE PRODUCTION OF HOUSING AND URBAN SPACE IN SALVADOR-BA

ABSTRACT

In Salvador, as well as in other Brazilian cities, housing reflects the inequalities in its urban space. From the production of social housing in the peripheries by Banco Nacional de Habitação (BNH) and Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV) to the construction of luxury gated communities, the city has been characterized by social and spacial disparities. In this paper, we discuss both State and private involvement in the production of housing and urban space. Analyzing two different projects in the city of Salvador: Bosque das Bromélias and Hemisphere 360°, we highlight some urban issues regarding both cases, such as their integration in the urban fabric and and compliance with urban policy. Finally, we demonstrate the importance of the State Public Ministry of Bahia's (MPBA) work to defend collective interests and rights towards the construction of a less uneven city.

Key words: Salvador. Social Housing. Urban Space. Real Estate Capital. Public Ministry.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Heloísa Oliveira de; FERNANDES, Rosali Braga. Las políticas de vivienda en Brasil. **Cuadernos Electrónicos**, n. 6, 2010, p. 122-157. Disponível em: <https://pradpi.es/cuadernos/6/5_-Heloisa-Oliveira-de-Araujo-Brasil.pdf>. Acesso em: 20 set. 2020.

BAHIA. Constituição do Estado da Bahia, 5 de outubro de 1989. Disponível em: <<http://www.legislabahia.ba.gov.br/documentos/constituicao-do-estado-da-bahia-de-05-de-outubro-de-1989>>. Acesso em: 25 set. 2020.

BAHIA. Secretaria de Desenvolvimento Urbano do Estado da Bahia; Consórcio Hydros Engenharia e Planejamento S/A e FFA Arquitetura LTDA. **Plano urbanístico e ambiental e projetos específicos para o Vetor Ipitanga**: Relatório 18 - Macroanálise socioambiental integrada e cenário prospectivo. Outubro de 2013. Disponível em: <http://www.sih.s.ba.gov.br/arquivos/File/365_EII_RV_R18_revisao.pdf>. Acesso em: 26 set. 2020.

BONDUKI, Nabil Georges. Origens da habitação social no Brasil. **Análise Social**, vol. 29, n. 127, 1994, p. 711-732. Disponível em: <<http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos>>.

/1223377539C9uKS3pp5Cc74XT8.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 4.380**, de 21 de agosto de 1964. Institui a correção monetária nos contratos imobiliários de interesse social, o sistema financeiro para aquisição da casa própria, cria o Banco Nacional da Habitação (BNH), e Sociedades de Crédito Imobiliário, as Letras Imobiliárias, o Serviço Federal de Habitação e Urbanismo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4380.htm>. Acesso em: 22 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.977**, de 7 de julho de 2009. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nºs 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória nº 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11977.htm>. Acesso em: 18 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm>. Acesso em: 27 set. 2020.

BRITO, Fausto Alves de; PINHO, Breno Aloísio T. Duarte de. **A dinâmica do processo de urbanização no Brasil, 1940-2010**. Belo Horizonte: UFMG/CEDEPLAR, 2012. Disponível em: <<http://www.cedeplar.ufmg.br/pesquisas/td/TD%20464.pdf>>. Acesso em: 08 jul. 2020.

CARDOSO, Adauto Lúcio; ARAGÃO, Thêmis Amorim Aragão. Do fim do BNH ao Programa Minha Casa Minha Vida: 25 anos da política habitacional no Brasil. In: CARDOSO, Adauto Lúcio (org.) **O programa Minha Casa Minha Vida e seus efeitos territoriais**. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2013.

CARDOSO, Adauto Lúcio; JAENISCH, Samuel Thomas. Nova política, velhos desafios: problematizações sobre a implementação do programa Minha Casa Minha Vida na região metropolitana do Rio de Janeiro. **e-metropolis**, v. 5, n. 18, setembro de 2014, p. 6-19. Disponível em: <http://emetropolis.net/system/edicoes/arquivo_pdfs/000/000/018/original/emetropolis_n18.pdf?1447896374>. Acesso em: 22 set. 2020.

CARLOS, Ana Fani Alessandri. A reprodução do espaço urbano como momento da acumulação capitalista. In: CARLOS, Ana Fani Alessandri (org.). **Crise Urbana**. São Paulo: Contexto, 2015.

CARVALHO, Inaiá de; CORSO-PEREIRA, Gilberto. A cidade como negócio. **EURE**, v. 39, n. 118, setembro de 2013, p. 5-25. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.4067/>

S0250-71612013000300001>. Acesso em: 22 set. 2020.

DENALDI, Rosana. **Políticas de Urbanização de Favelas**: evolução e impasses. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, Faculdade de Arquitetura, 2003.

FERNANDES, Ana. Decifra-me ou te devoro: urbanismo corporativo, cidade-fragmento e dilemas da prática do Urbanismo no Brasil. In: GONZALES, Suely F. N.; FRANCISCONI, Jorge Guilherme; PAVIANI, Aldo. **Planejamento e Urbanismo na atualidade brasileira**: objeto, teoria, prática. São Paulo : Rio de Janeiro: Livre Expressão, 2013.

FERNANDES, Rosali Braga. **Periferização Sócio-espacial em Salvador**: análise do Cabula, uma área representativa. Salvador, 1992. Dissertação (Mestrado) – FAU-UFBA, 1992.

FERNANDES, Rosali Braga. **Las políticas de La vivienda en La ciudad de Salvador y los procesos de urbanización popular en el caso del Cabula**. Feira de Santana: Universidade Estadual de Feira de Santana, 2003.

FERNANDES, Edésio. Direito e gestão na construção da cidade democrática no Brasil. **Oculum Ensaios**, n. 4, 2005, p. 16-33. Disponível em: <<http://periodicos.puc-campinas.edu.br/seer/index.php/oculum/article/view/783>>. Acesso em: 25 set. 2020.

FIGUEIREDO, Glória Cecília; AMORIM, Nayara Cristina Rosa; MOREIRA, Taiane. Cidade de Salvador: o desencontro entre a política e o urbano. In: GOMES, Hortênsia; SERRA, Ordep; NUNES, Débora (Orgs.). **Salvador e os descaminhos do Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano**: construindo novas possibilidades. Salvador, Edufba, 2019.

LIMA, José Júlio Ferreira et al. A promoção habitacional através do Programa Minha Casa Minha Vida na Região Metropolitana de Belém. In: CARDOSO, Adauto Lúcio (org.) **O programa Minha Casa Minha Vida e seus efeitos territoriais**. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2013.

MARICATO, Ermínia. **O impasse da política urbana no Brasil**. Petrópolis: Vozes, 2011.

MELO, Marcus André B. C. de. Política de habitação e populismo: o caso da Fundação da Casa Popular. **RUA - Revista de Urbanismo e Arquitetura**, v. 3, n. 1 1990, p. 39-61. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/rua/article/view/3105>>. Acesso em: 22 set. 2020.

NASCIMENTO, Vitor Souza do; PENA, João Soares; SANTANA, Gabriella Suzart. Parecer Técnico nº 529, de 06 de novembro de 2019. In: BAHIA. Ministério Público do Estado da Bahia. **Inquérito Civil nº 003.0.34703/2013**.

OLIVEIRA, Adriana Rocha Perazzo. **Condomínios habitacionais na Av. Paralela**: retrato da expansão urbana na virada do século XX. Dissertação (Mestrado) - Uni-

versidade Federal da Bahia, Faculdade de Arquitetura, 2015. Disponível em: <<http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/21130>>. Acesso em: 21 set. 2020.

PENA, João Soares. A cidade em disputa. Olhares críticos sobre o PDDU de Salvador. **Resenhas Online**, São Paulo, ano 18, n. 212.01, Vitruvius, ago. 2019. Disponível em: <<https://www.vitruvius.com.br/revistas/read/resenhasonline/18.212/7425>>. Acesso em: 18 set. 2020.

PENA, João Soares; LIMA, Jamile de Brito; FERNANDES, Rosali Braga. A especulação imobiliária chega à periferia urbana de Salvador: origens e perspectivas do Cabula sob a ótica da habitação. **Revista Geográfica de América Central**, Número Especial EGAL, 2011 - Costa Rica, II Semestre, 2011, p. 1-16. Disponível em: <<https://www.revistas.una.ac.cr/index.php/geografica/article/view/2105>>. Acesso em: 21 set. 2020.

PEREIRA, Ana Carina Silva; PENA, João Soares; NASCIMENTO, Vitor Souza do; SANTANA, Gabriella Suzart. Parecer Técnico nº 74, de 19 de fevereiro de 2020. In: BAHIA. Ministério Público do Estado da Bahia. **Inquérito Civil nº 003.0.245532/2012**. PINHO, Hortênsia Gomes. PDDU de Salvador e a apropriação empresarial da cidade. In: GOMES, Hortênsia; SERRA, Ordep; NUNES, Débora (Orgs.). **Salvador e os des-caminhos do Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano: construindo novas possibilidades**. Salvador, Edufba, 2019.

REBOUÇAS, Thaís; MOURAD, Laila Nazem. Operações urbanas consorciadas e a manifestação de interesse privado em Salvador: o regramento da cidade de exceção. In: GOMES, Hortênsia; SERRA, Ordep; NUNES, Débora (Orgs.). **Salvador e os des-caminhos do Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano: construindo novas possibilidades**. Salvador, Edufba, 2019.

ROMANO, Rogério Tadeu. Alguns conceitos de direito urbanístico. **Jus**, setembro de 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59453/alguns-conceitos-de-direito-urbanistico>>. Acesso em: 24 set. 2020.

SAFFIOTI Heleieth Iara Bongiovani; ACKERMANN, Maria das Graças Grossi. Considerações sobre o fenômeno urbano no Brasil. **Revista de Administração de Empresas**, vol.13 no.1 São Paulo Jan./Mar. 1973, p. 83-89. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0034-75901973000100008>>. Acesso em: 08 jul. 2020.

SALVADOR. **Lei Nº 7.400/2008**. Dispõe sobre o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano do Município do Salvador – PDDU 2007 e dá outras providências. Disponível em: <http://www.sucom.ba.gov.br/wp-content/uploads/2014/11/lei_7400_2008.pdf>. Acesso em: 28 set. 2020.

SILVA, Francisco Raniere Moreira da. **Gestão do Desenvolvimento Territorial em Empreendimentos de Habitação Social no Brasil**. Tese (Doutorado) - Universidade Federal da Bahia, Escola de Administração, Salvador, 2017. Disponível em: <<https://>

repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/24530>. Acesso em: 26 set. 2020.

TOSTA, Aline Oliveira. **A dimensão espacial do direito à cidade**: acesso à equipamentos públicos e infraestrutura no Programa Minha Casa Minha Vida na Região Metropolitana de Salvador (2009 - 2015). Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Arquitetura, 2016. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/21135>>. Acesso em: 22 set. 2020.

TOSTA, Aline Oliveira; SEYDEL, Carmo Elizabeth Liberato da Silva. Aplicabilidade do SIG nos programas de habitação de interesse social – estudo de caso do Bosque das Bromélias – Salvador (BA). In. Seminário Urbanismo na Bahia - urBA[12], 2012, Salvador. **Anais...** Salvador: Lugar Comum/FAUFBA, 2012, p. 1-14. Disponível em: <http://www.lugarcomum.ufba.br/urbanismonabahia/arquivos/anais/ex3_sig.pdf>. Acesso em: 24 set. 2020.

VERÍSSIMO, Renata; FERNANDES, Adriana. Governo lança programa para construir 1 milhão de casas. **Estadão**, 25 de março de 2009. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,governo-lanca-programa-para-construir-1-milhao-de-casas,344594>>. Acesso em: 15 set. 2020.

NATUREZA JURÍDICA DO CRIME
DE RANSOMWARE E A UTILIZAÇÃO DA
CRIPTOMOEDA COMO MEIO DE IMPUNIDADE

*LEGAL NATURE OF RANSOMWARE CRIME
AND THE USE OF CRYPTOCURRENCY
AS A MEANS OF IMPUNITY*

NATUREZA JURÍDICA DO CRIME DE RANSOMWARE E A UTILIZAÇÃO DA CRIPTOMOEDA COMO MEIO DE IMPUNIDADE¹

*LEGAL NATURE OF RANSOMWARE CRIME AND THE USE OF
CRYPTOCURRENCY AS A MEANS OF IMPUNITY*

Luiz Eduardo dos Santos Pereira Gomes²

Luana Esteche Nunes³

Michael Felipe Wilmers⁴

RESUMO

O avanço da tecnologia facilita a vida do ser humano e cria novas fragilidades inerentes ao mundo tecnológico, os quais ficam à mercê de criminosos que invadem os sistemas operacionais “sequestrando” os dados existentes, exigindo pagamento pelo resgate, denominando-se “ransomware”. As investigações desses crimes exigem um árduo trabalho, tornando o delito quase um crime perfeito. Assim, pretende-se expor o tema, tipificar a conduta, bem como apresentar como esses indivíduos atuam e qual a forma de se evitarem essas práticas, o que faz por meio de análise de legislação e de doutrina, concluindo-se que a falta de legislação pode resultar em impunidade.

Palavras-chave: *Bitcoin*. Internet. Sequestro de dados.

1 INTRODUÇÃO

O crescimento do número de domicílios com acesso à internet vem acontecendo de forma impressionante, estimando-se que no ano de 2018, segundo dados da agência

1 Data de Recebimento: 08/11/2020. Data de Aceite: 23/11/2020.

2 Aluno regular do Curso para Doutorado em Direito Penal pela Universidade de Buenos Aires; Pós-Graduado Lato Sensu especialização em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Advogado OAB/MG 147.978. E-mail: eduardo.ilheus@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2513799893477268>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9728-0074>.

3 Aluna regular do Curso para Doutorado em Direito Civil da Universidade de Buenos Aires; Mestre em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia; Coordenadora do Procon, Guarapuava/PR; E-mail: luanaes-teche@yahoo.com.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0738352354928414>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4486-185X>.

4 Aluno regular do Curso de Direito em Centro Universitário Campo Real. E-mail: michaelwilmers@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2175691309177530>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3823-6612>.

especializada da Organização das Nações Unidas – ONU, “3,9 bilhões de pessoas, o equivalente a 51,2% da população mundial possuem acesso à internet” (AGÊNCIA BRASIL, 2018). Já o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas – IBGE calcula que “no ano de 2018 o volume de casas conectadas à internet correspondia a 79,1% da população brasileira” (GOMES, 2020). E esse cenário não é diferente ao que se refere às empresas, onde o uso de computadores e da internet passou a ser uma das principais ferramentas de trabalho ou de armazenamento de dados, eis que gera uma maior capacidade competitiva, melhor eficiência e agilidade.

O uso da tecnologia também trouxe uma nova modalidade do crime de extorsão, pelo qual o criminoso, mediante a implantação de um vírus ou *malware* malicioso, realiza o sequestro dos dados da máquina invadida, segredos industriais e comerciais de grande valor econômico, o qual é, posteriormente, criptografado e cuja senha só será fornecida mediante o pagamento de quantia em dinheiro, o que se dá, normalmente, por meio de moeda digital ou criptomoeda.

A problemática se instaura por ocasião da dificuldade de rastreamento do beneficiário da transferência de valores em transações com criptomoedas, a qual não é regulamentada no cenário nacional, dificultando a identificação dos autores dos crimes, propiciando a impunidade, chegando a ser intitulado como o crime “quase perfeito”.

O tema do presente estudo é atual e de especial relevância, visto que segundo Wakka (2019) o Brasil é um dos países com mais ataques de *ransomware*. “Com isso, o nosso país representa 10,75% das ameaças do setor em todo o mundo. O estudo é baseado em 48 milhões de ameaças bloqueadas em 2018, sendo que 1,8 bilhão é relativo à *ransomware*”. Ainda, apenas no ano de 2019 houve um aumento de 109,95% nas denúncias que se referem a crimes cibernéticos, dentre eles o chamado “sequestro de dados”. (WAKKA, 2019).

Nessa esteira, busca-se, com o presente artigo, dissecar o tema, sem intenção de esgotá-lo, analisando o papel da criptomoeda no pagamento do “resgate dos dados” e suas consequências quanto à apuração de autoria e punição dos criminosos. Utilizando-se da metodologia qualitativa, por meio da consulta em textos - artigos, resumos e ensaios – relacionados ao tema, e a partir da doutrina e legislação aplicáveis ao caso, pretende-se demonstrar a tipificação que a prática se enquadra, bem como demonstrar a (in)eficácia das normas frente à forma que são tratadas essas ocorrências, visto que se trata de tema de segurança nacional.

2 A UTILIZAÇÃO DA INTERNET COMO ALIADA AO CRIME

Analisando sob o viés econômico, o cenário que a internet trouxe às empresas se mostrou como uma realidade até então desconhecida, pois se tornaram grandes aliadas, tornando-se a principal ferramenta de trabalho, armazenamento de dados, bem como de *marketing*, pois gera uma maior capacidade competitiva, melhor eficiência e agilidade nos serviços.

Ocorre que essa inovação trouxe consigo uma série de consequências até então não exploradas, especificamente no que se refere aos dados armazenados na internet, o chamado “banco de dados”, pelo qual se compõem as informações mais relevantes de uma empresa, possuindo valor imensurável, visto que possui informações que vão desde dados de colaboradores até conteúdos sigilosos e importantes para a manutenção da própria instituição.

A busca de fragilidades pelos criminosos é constante, os quais viram na internet uma nova oportunidade, visto que os crimes nesse seguimento passaram a ser comuns. De início, os crimes de invasão a dispositivo eletrônico não possuíam intuito financeiro, mas já traziam enormes prejuízos às vítimas, as quais tinham seu banco de dados e sistema informático invadidos e destruídos, causando danos milionários.

A exemplo disso podem ser citados os crimes cometidos por Michael Calce, em 2000, conhecido pela alcunha de “MafiaBoy”, o qual invadiu sistemas como o Yahoo, Amazon e CNN. (Folha de São Paulo, 2000). Indivíduos como Calce são conhecidos como *hackers*, nomenclatura dada àqueles indivíduos que “agem de forma maliciosa, planejando satisfação econômica ou pessoal. Suas atividades geralmente giram em torno de roubo de informações, extermínio de dados e entrada ilegal em sistemas privados.” (AGUILAR, 2017, p. 16).

A grande preocupação com *hackers* é quanto a sua possibilidade de praticar diversos atos com os dados obtidos de forma indevida, considerando que passaram a realizar ataques aos computadores de grandes empresas, “sequestrando” seu conteúdo e gerando enorme prejuízo intelectual, patrimonial e moral às vítimas. Viu-se, então, uma possibilidade de se obter vantagem econômica em face à empresa proprietária dos dados, cujo crime se dá com a implantação de vírus ou *software* malicioso, também chamado de *malware*, o qual invade e captura os dados constantes no computador, que serão objetos de criptografia e cuja senha só é fornecida mediante ao pagamento de quantia em dinheiro.

No Brasil, um dos casos de grande repercussão, envolvendo o sequestro de dados, ocorreu com a atriz Carolina Dieckmann, no ano de 2012, quando teve fotos íntimas “sequestradas” mediante a exigência de pagamento da importância de R\$ 10.000,00

(dez mil reais) para que não houvesse a sua divulgação. A autoria do crime foi posteriormente apurada com a identificação do “IP” (*Internet Protocol*) do dispositivo utilizado para realizar o crime, uma espécie de impressão digital que propicia a identificação. (GLOBO.COM, 2012).

Recentemente, outro caso tomou proporção mundial, no ano de 2017, o qual encenou um verdadeiro “espetáculo”, envolvendo por 5 dias cerca de 150 países, sendo o *malware* denominado *Ransomware WannaCry* infectou mais de 340 mil máquinas. (PROOF, 2017). O que chama a atenção nessa espécie de *software* malicioso é a tecnologia utilizada, visto que o *ransomware wannacry* bloqueia/criptografa os dados das vítimas, disponibilizando um aviso na tela do dispositivo, destruindo o arquivo em determinado prazo, assim como o valor a ser pago para sua recuperação, o que se dá mediante transferência de criptomoedas.

A questão passou a ser objeto de atenção e discussão por parte do legislador brasileiro com a edição do “Marco Civil da Internet”, Lei nº 12.965/2014, a qual tem por objetivo regulamentar um território sem lei, dispondo princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, em especial preocupação com a proteção da privacidade dos usuários. (BRASIL, 2014).

Apesar disso, a punição de autores de cibercrime nem sempre se torna possível, diante da complexidade dos crimes e da necessária qualificação dos investigadores, cujo presente estudo analisa o dispositivo desde o Código Penal Brasileiro até a utilização da criptomoeda como meio para pagamento do “resgate”.

2.1 Dos cibercrimes na legislação nacional

Até recentemente, o Brasil não possuía legislação específica tratando de crimes virtuais/cibercrimes, práticas que cada vez mais têm preocupado os indivíduos, principalmente empresas.

O conceito de crime cibernético ainda é variante em solo brasileiro, considerando que diversos autores o conceituaram sem que, no entanto, haja uma denominação comum. Ao entender de Machado e Vianna (2013, p.29), para que um delito seja considerado como informático deve-se considerar que o objeto protegido é a inviolabilidade das informações e dados informáticos, protegidos por intermédio da Constituição Federal, art. 5º, X. Dessa forma, segundo o autor, “simples utilização pelo agente de um computador para a execução de um delito, por si só, não configuraria um crime informático, caso o direito afetado não seja a informação automatizada”. (MACHADO; VIANNA, 2013, p. 29).

De acordo com PINHEIRO (2007, p. 250) os crimes virtuais são um crime de meio,

pois a internet é utilizada como meio de prática criminosa e a caracterização dos crimes virtuais diz respeito ao meio empregado para praticá-los, visto que utilizam-se da internet para a sua prática:

O crime virtual é, em princípio, um crime de meio, ou seja, utiliza-se de um meio virtual. Não é um crime de fim, por natureza, ou seja, aquele cuja modalidade só ocorra em ambiente virtual, à exceção dos crimes cometidos por hackers, mas que de algum modo podem ser enquadrados na categoria de estelionato, extorsão, falsidade ideológica, fraude, entre outros. Isso quer dizer que o meio de materialização da conduta criminosa é que é virtual, não o crime. (PINHEIRO, 2002, p. 250).

A tipificação específica desses fatos no Brasil ocorreu no ano de 2012, somente após a repercussão causada pelo caso Carolina Dieckmann, o que motivou o Legislativo Brasileiro a aprovar a Lei nº 12.737 de 2012, popularmente conhecida pelo nome da atriz vítima de *ransomware*. A referida lei alterou o Código Penal Brasileiro e acrescentou os artigos 154-A e 154-B, os quais tratam do crime de “Invasão de dispositivo informático”, *in verbis*:

Invasão de dispositivo informático

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

§ 1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput.

§ 2º Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico.

§ 3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

§ 4º Na hipótese do § 3º, aumenta-se a pena de um a dois terços

se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos.

§ 5º Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra:

I - Presidente da República, governadores e prefeitos;

II - Presidente do Supremo Tribunal Federal;

III - Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou

IV - Dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal.

Ação penal

Art. 154-B. Nos crimes definidos no art. 154-A, somente se procede mediante representação, salvo se o crime é cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos. (BRASIL, 2012).

Essa tipificação foi um marco na legislação brasileira, que até então somente poderia punir os crimes em que houvesse uma externalização do resultado causado pela invasão – dano, ofensa à honra, prejuízo econômico etc.). A partir da Lei, assim que ocorre a invasão do dispositivo, mesmo que o indivíduo não consiga efetivamente atingir a finalidade do delito, consuma-se o crime – é o que a doutrina, costumeiramente, trata como crime formal (GONÇALVES, 2016, p. 321-322).

Em análise dos tipos penais, percebe-se que o legislador se atentou, precipuamente, com a “invasão” do dispositivo, preocupando-se com o fim de agir do indivíduo, qual seja o de obter, adulterar, destruir os dados e informações ou instalar vulnerabilidades – leia-se *software* – para obter vantagem ilícita sobre o titular do dispositivo, sem que o mesmo tenha autorizado. Importante destacar o excerto legal, mesmo porque, em exposição de motivos da Lei, expõe-se como objetivo delimitar a finalidade específica do tipo penal para que não houvesse o enquadramento em todo e qualquer caso de “invasão”:

Estabelece a necessidade de intenção específica de “instalar vulnerabilidades, obter vantagem ilícita ou obter ou destruir dados ou informações não autorizados” - ou seja, pune-se apenas quando a conduta do agente estiver relacionada a determinado resultado danoso ou quando o objetivo do agente for efetivamente censurável e

não se confundir com atividades legítimas da Internet, excluindo-se assim, mais uma vez, os casos de mero acesso a informações, ou os casos de obtenção de informações que, por sua natureza, não seriam passíveis de restrição de acesso. (BRASIL, 2011, p. 6).

Outro apontamento relevante está contido no §3º do novo artigo 154-A do Código Penal, o qual nos traz a qualificação do delito, nos casos em que os dados se tratam de “conteúdo de telecomunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas”. (BRASIL, 2012). Destaca-se essa previsão, porque a maioria dos ataques a dispositivos tem como objetivo a obtenção desses dados, pois informações dessa monta possuem valor incomensurável, considerando que são dados imprescindíveis, principalmente quando a vítima se trata de uma empresa.

Uma inquietude passou a se apresentar por ocasião da nova modalidade de cibercrime, mediante à conduta do apossamento de dados constantes no equipamento informático com criptografia, a qual apenas é extinta com o pagamento de valores pecuniários. E isso se faz diante da análise da qualificadora do crime de “Invasão de dispositivo informático”, que possui como preceito secundário: “pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, **se a conduta não constitui crime mais grave.**” (BRASIL, 2012, grifo nosso).

Qual a natureza jurídica clara do crime de sequestro de dados ou *ransomware*, somando-se ao fato da criptografia posterior dos dados, juntamente com a ameaça de destruição dos arquivos caso não haja pagamento do resgate, um crime de sequestro de dados ou de extorsão?

2.1.1 Ransomware e sua tipificação penal

O crime de sequestro de dados ou *ransomware* não é tipificado no ordenamento penal brasileiro, e se caracteriza pela obtenção de acesso ao sistema informático, mediante uso de ardil, mediante o engano ou não do proprietário ou titular da máquina, seguindo-se de inserção de um código fonte com o intuito de bloquear o acesso por usuário que não possua a senha decodificadora. Após, a conduta delituosa segue pela comunicação da vítima da prática delituosa, e da exigência de montante de dinheiro para que haja a liberação e recuperação dos dados criptografados. De acordo com Araujo (2019, p.70),

Este vírus faz parte de uma classe específica de *malwares* que é utilizada nas chamadas extorsões digitais, pois obriga suas vítimas a pagarem determinado valor em troca do completo controle de seus dados. Essencialmente, existem duas classes: a Locker, que impede

que a vítima acesse o equipamento infectado, praticamente inutilizando-o, e a Crypto, que bloqueia o acesso aos dados armazenados no equipamento infectado, utilizando criptografia.

Apesar da terminologia utilizada ser “sequestro de dados”, temos que ela não se enquadra ao tipo jurídico de sequestro, pois não existe a pessoa física a ser sequestrada, veja-se: “Art. 159 – Sequestrar **pessoa** com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate/Pena – reclusão, de oito a quinze anos.” (BRASIL, 1940, grifo nosso).

O crime de extorsão, por sua vez, é classificado como crime contra o patrimônio e previsto no artigo 158 do Código Penal Brasileiro: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa.” (BRASIL, 1940). Dessa forma, o objetivo precípua do tipo penal é a obtenção de vantagem manifestamente indevida, mediante a utilização de medidas coativas, caracterizando uma espécie de constrangimento ilegal, com o intuito de auferir vantagem econômica. De acordo com as lições de Nucci (2020, p. 1030) o crime de extorsão se caracteriza por

Constranger (tolher a liberdade) alguém, mediante grave ameaça (violência moral, consistente no prenúncio de um acontecimento desagradável, com força intimidativa, desde que importante e sério) ou violência (violência física, isto é, o constrangimento físico voltado à pessoa humana) a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa, com o fim de obter indevida vantagem econômica. Embora não mencionado expressamente no tipo, acrescentamos a possibilidade de se dar extorsão pela redução da possibilidade de resistência (violência imprópria).

Segundo o autor, a diferença precípua entre o crime de extorsão e o de roubo encontra-se no fato de que a extorsão exige a participação ativa da vítima: quando ela faz algo, tolera que se faça ou deixa de fazer, com o fim de alcançar a vantagem desejada a depender da colaboração da vítima. Da mesma banda são os ensinamentos de Capez (2012, p. 491), para quem

A característica básica desse crime é que o agente coage a vítima a fazer, não fazer, ou tolerar que se faça algo, mediante o emprego de violência ou grave ameaça. Em suma, estamos diante de uma forma do crime de constrangimento ilegal, acrescida contudo de uma

finalidade especial do agente, consubstanciada na vontade de auferir vantagem econômica.

O crime de extorsão resta classificado, no ordenamento jurídico brasileiro, como um crime patrimonial e não contra a pessoa, visto que, sobretudo, tutela a inviolabilidade patrimonial da vítima, a qual pode se tratar de qualquer pessoa, mesmo que para sua consumação necessite de emprego de violência, ou grave ameaça à integridade corporal ou psíquica.

A consumação do crime independe do resultado alcançado e defendida por alguns doutrinadores, como Guilherme Nucci (2020, p. 1032), por não haver a necessidade da redução do patrimônio da vítima para sua consumação, sendo o alcance da vantagem indevida mera configuração de objetivo, por parte do criminoso, e não elemento essencial para a configuração do tipo penal, entendimento que é adotado pelo Superior Tribunal de Justiça mediante à sumula 96, o qual não é absoluto.

Há quem defenda que o crime de *ransomware* se trata de diversos outros crimes em concurso, consubstanciados pela invasão de dispositivo informático, sabotagem informática, intimidação e extorsão, mediante concurso material. (MASSENO; WENDT, 2017). Entretanto, temos que o crime de *ransomware* não é uma nova modalidade criminosa, mas sim uma mera variação da prática do crime de extorsão, mediante à exigência de pagamento indevido para a liberação de arquivos pelo criminoso apossados e criptografados. Coaduna do presente entendimento Crespo (2015) ao definir que

A prática do *ransomware* é, portanto, configurada como crime de extorsão, ainda que o resgate/valor não seja pago, já que se trata de crime formal (independe de resultado, o que se nota pela redação típica). Entendemos que no caso da difusão do vírus para propiciar o bloqueio dos dados, a tipificação do §1º do art. 154-A do Código Penal restaria absorvida pela consunção.

Após concretizada a invasão do dispositivo eletrônico e criptografia dos dados “sequestrados”, o criminoso passa então para a fase de extorsão propriamente dita, a partir da cobrança de resgate em troca do código que libera o acesso aos arquivos. Apesar das orientações das autoridades policiais para que o valor do resgate não seja pago, a autoria do crime é de difícil rastreabilidade, assim como a recuperação dos “dados sequestrados”. Logo, a vítima acaba, por muitas vezes, optando pela realização do pagamento em decorrência da importância e valor das informações constantes no banco de dados.

Como forma de dificultar a atuação da polícia e da investigação do crime, os autores têm preferido que o pagamento do resgate se dê por criptomoedas, o que o fazem não

somente em decorrência de seu elevado valor econômico, mas pela facilidade que a moeda traz para os *hackers*, a qual gera uma dificuldade de rastreabilidade do destinatário da quantia econômica.

3 CRIPTOMOEDAS NO CONTEXTO DO CRIME DE EXTORSÃO DIGITAL E A IMPUNIDADE

A criptomoeda é conhecida por diversos nomes, com diferentes variações, como os *bitcoins*, por exemplo, que é a mais popular e promissora do mercado, definida como “dinheiro, assim como o real, dólar ou euro, com a diferença de ser puramente digital e não emitido por nenhum governo” (ULRICH, 2014, p. 111). Ainda,

Trata-se de uma moeda digital descentralizada, ou seja, ela não depende de um emissor central e pode ser transacionada para qualquer pessoa em qualquer parte do planeta sem intermediários, e, inclusive, sem limite de valor. Sem muito aprofundamento, para utilizá-la cada usuário terá de criar uma “carteira” (um programa). Ela serve para acumular os seus endereços bitcoin.” (ULRICH, 2014, p. 98).

Sua principal característica é a não intervenção estatal diretamente ou por autoridades reguladoras, culminando na dificuldade do rastreamento, somada à facilidade de se realizar as transações, juntamente com o alto valor econômico, faz com que a moeda se torne o atrativo principal de barganha pelos dados raptados. Isso implica uma série de problemas, ao passo que a prática dos *hackers* pode se tornar impune, pois, ainda que o fato tenha ocorrido, sem a identificação do agente é impossível que ocorra a punibilidade. Conforme consigna Leonardi (2005, p.270), “se não há uma maneira de saber quem alguém é, onde ele está, nem o que fez ou está fazendo, o sistema jurídico – que é dependente dessas informações para exercer sua força coercitiva – parece perder sua efetividade.”

A criptomoeda é uma abstração, na medida em que apenas existem no campo virtual e na marginalidade da ordem econômica, cujas movimentações são assinadas digitalmente, sem qualquer regulação ou intervenção estatal, cujas contas não podem ser rastreadas e nem bloqueadas. A moeda se torna severamente atrativa, porque diminui o custo da transação realizada, diante da ausência do terceiro intermediador, sendo os próprios correntistas que aprovam e realizam as transações.

A dificuldade de rastreamento das transações realizadas com *bitcoins* ou criptomoedas se configura em razão do registro das transações se darem por intermédio de uma

corrente chamada de “sobreposição de blocos”, pela qual, segundo Nakamoto (2008 *apud* CARDOSO; COSTA; SILVEIRA, 2018, p. 8):

O protocolo é definido como uma cadeia de assinaturas digitais em que cada proprietário transfere a moeda para um novo proprietário, e então em seguida é executada uma assinatura digital em um *hash* da transação anterior, a chave pública do próximo proprietário e adicionando estes ao final da moeda.

O registro das transações realizadas por intermédio das criptomoedas é gravado junto ao *blockchain*, que se termina como um livro-razão distribuído publicamente, seguindo um mecanismo de consenso, cujo conceito se pode encontrar na doutrina de Shaikh e Lashari (2017, p. 169).

Blockchain é um sistema de armazenamento que mantém registro de todas as transações digitais que são executadas usando moedas. É o sistema de transações que transfere os ativos digitais diretamente na carteira do blockchain sem qualquer exigência de terceiros como banco ou instituição financeira. Esta tecnologia fornece um sistema onde seu dinheiro chega diretamente a você sem qualquer envolvimento de bancos; e você pode usar isso instantaneamente valor para seus fins pessoais ou comerciais.

O *blockchain*, de código aberto, pode ser acessado por todos os usuários das *bitcoins*, os quais podem verificar as transações realizadas na rede como uma forma de controle coletivo, pois cada participante terá acesso aos códigos públicos do usuário que realizou a transação, assim como sua validação. Entretanto, tal sistemática não significa dizer que o titular ou signatário da transação seria facilmente identificado, pelo contrário. Veja-se a doutrina de Vicente (2017, p.91).

Todas as transações efetuadas em Bitcoin são automaticamente registradas no *blockchain* (cadeia de blocos), que nada mais é do que um registro público de todas as transações efetuadas na rede. Cada peer tem uma cópia do *blockchain*, o que lhe dá autonomia de verificar qualquer Bitcoin existente na rede. Essas transações podem ser rastreadas apenas com a chave de cada transação, confirmando assim a sua autenticidade, porém não é possível rastrear o usuário que está realizando essa transação, nem o remetente e nem o destinatário, assim a moeda gera a principal característica dela, que é a anonimidade.

E é em decorrência dessa anonimidade das criptomoedas e/ou bitcoins, por meio da utilização de pseudônimos na realização das transações, que têm sido cada vez mais utilizadas como meio de pagamento do resgate nos crimes de “sequestro de dados”, visto que o pagamento e a titularidade do verdadeiro destinatário da moeda digital muitas vezes não podem ser identificados. De acordo com Nawari e Ravindran (2019, p. 12), o sistema de gerenciamento de bitcoins se pauta em princípio da privacidade e confiança, eis que

A privacidade é obtida por meio da criptografia de dados e garante que as transações sejam autenticadas e verificadas. A privacidade é uma parte crucial do BCT para fortalecer a segurança e tornar o sistema distribuído na rede mais difícil de violar. Confiança (consenso): Confiança significa usar o poder da rede para verificar a transação de dados. O modelo de confiança (consenso) é verdadeiramente o coração dos aplicativos de *blockchain*. A confiança é o que entrega os princípios de confiança, trocas e propriedade. A confiança é o que permite que o *blockchain* desloque o sistema de transação, mas isso só pode acontecer quando o comércio e a propriedade são tratados por livros-razão distribuídos/compartilhados. (NAWARI; RAVINDRAN, 2019, p. 12).

Na opinião de Ulrich (2014, p. 20-21), a questão da anonimidade é mera atenção midiática diante da utilização de codinomes para a realização das transações, fazendo uma analogia das transações realizadas por meio da transferência de *bitcoins* com aquelas realizadas mediante à tradição em dinheiro vivo, considerando que ambas não possuem terceiro intermediário. Acontece que a diferença se instala sobre as transações realizadas mediante à transferência de *bitcoins*, que se dá entre duas chaves públicas, cuja transação é registrada no *blockchain*, cujas chaves podem ser facilmente identificadas por seus usuários.

Portanto, para o autor, mesmo que tais chaves não estejam vinculadas a nenhuma identidade concreta e sim a um pseudônimo, a identidade do titular da transação fica registrada ao menos mediante à identificação do IP da máquina do computador, pelo qual foi realizada, ou mediante casa de câmbio, pela troca de bitcoins por dólares. Concordando o autor ao fato de que “os usuários de Bitcoin desfrutam de um nível muito maior de privacidade do que usuários de serviços tradicionais de transferência digital, os quais precisam fornecer informação pessoal detalhada a terceiros intermediários que facilitam a troca financeira.” (ULRICH, 2014, p. 22).

Apesar de haver uma árdua possibilidade de identificação do criminoso, que recebe

o resgate dos dados sequestrados mediante pagamentos por intermédio de *bitcoins*, esse é um meio de pagamento que dificulta e muito a identificação do criminoso, sendo a extorsão mediante ao pagamento do resgate por criptomoeda considerada como o crime quase-perfeito. Nesse contexto é o entendimento de Shimabukuro (2018, p. 71).

Da mesma maneira que provar a propriedade de *bitcoins* desafia investigadores, a descoberta de uma identidade de um criminoso cibernético pode revelar não só o crime foco daquela investigação, mas todo o seu histórico de delitos. O *blockchain* não diferencia transações legais das ilícitas, tudo está registrado em seu extenso livro de registros digital. A tecnologia sempre trabalha para os dois lados, cada novo problema requer forças para evoluir o sistema, tanto do lado das autoridades quanto dos criminosos. E sempre podemos contar com o erro humano, principalmente no lado do criminoso. Criar estruturas que garantam nossa privacidade, mas que também façam a proteção dos crimes digitais é o desafio da nossa geração.

Já, Araujo (2019, p.75), argumenta que, assim como os criminosos se utilizam das redes de computadores para aplicar o golpe, também conseguem maquiagem facilmente o IP do computador utilizado, o que facilita a impunidade:

Como forma de proteção, cada transação efetuada é impressa na rede bitcoin, de modo que não há possibilidade de tentar gastar aquela moeda em mais de uma transação. As transações são públicas, mas ninguém sabe quem são as pessoas que estão por trás dos pontos de início e fim, em tese, garantindo o anonimato. Por óbvio que usuários comuns, podem deixar outros rastros em suas transações, como seu número de IP. Sabemos que os criminosos facilmente podem mascarar seu IP original. Por tais fatores, os cibercriminosos preferem essa moeda em suas empreitadas. (ARAUJO, 2019, p.75).

Os criminosos têm logrado êxito com os ataques realizados por *ransomware*, cujos pedidos de resgate se deram por intermédio de *bitcoins*, a exemplo do ataque que paralisou o sistema de transporte de São Francisco, nos Estados Unidos, quando a empresa acabou cedendo o pagamento de resgate no valor de US\$ 75 mil, seguindo-se de diversos outros ataques do mesmo ou de maior porte. De acordo com Mello (2016):

O FBI (Federal Bureau of Investigation, a Agência Federal de Investigação dos Estados Unidos) estima que os *ransomwares* arre-

cadaram cerca de US\$ 1 bilhão no ano de 2016, bem como que uma das maiores organizações criminosas faturou próximo a US\$ 27 milhões com suas fraudes, sendo que o Brasil concentra cerca de 92% dos ataques da América Latina.

A combinação de sequestro de dados mediante ao pagamento de criptomoeda/bitcoins, é uma questão que vem desafiando a investigação policial, assim como o ordenamento jurídico em si, na medida de que a criptomoeda não impede a apuração da autoria do crime, mas dificulta, e muito, o trabalho da autoridade policial. É possível identificar o autor do crime, se ele for displicente e descuidado, pela identificação do IP da máquina utilizada, ela não tenha sido maquiada, ou mediante à identificação por ocasião da conversão da moeda virtual em dinheiro convencional, desde que haja a necessidade da utilização de serviços bancários para isso.

Outra questão que agrava e dificulta a persecução criminal, é a possibilidade de “lavar” a própria criptomoeda por meio de um sistema denominado *mixer*, os quais consistem no processo de misturar suas criptomoedas com as de demais pessoas, restituindo o valor equivalente por intermédio de diversas transações. Na opinião de Grzywotz (2019, p.280) o uso do *mixing – service* não necessariamente implica na ocultação das *bitcoins*, mas obscurece a relação entre o remetente e seu destinatário, tonando-a nebulosa em decorrência mediante dissimulação, o que por certo vem dificultar a origem dos *bitcoins*. Essa prática favorece a mistura de valores adquiridos legal e mediante ato criminoso, ocultando e dissimulando sua origem e natureza, pela prática, agora, do crime de lavagem de dinheiro.

À dificuldade de obtenção de prova nos crimes cibernéticos ainda se soma o princípio penal da territorialidade, diante da falta de fronteiras que o crime virtual possui, tendo em vista que o criminoso pode possuir um provedor internacional, maquiado seu IP por outro localizado em outro país, e praticar o crime no Brasil. Instaura-se não apenas um conflito de jurisdição, mas também de aplicação da lei penal no espaço, eis que cada país possui ordenamento jurídico próprio, assim como definições dos princípios e excessos à privacidade, somando-se ao elevado volume de informações constante das redes, bem como da necessidade de condução da investigação, agora não apenas por servidores capacitados juridicamente, mas também que entendam da tão complexa matéria de tecnologia de informação.

De acordo com Zumas (2020), um relatório emitido pela empresa *CipherTrace*, publicado em 2018, apontou elevado crescimento dos crimes virtuais, resultando na lavagem de cerca de 1.3 bilhões de dólares, por intermédio das ferramentas de *mixers*, o que demonstra a popularidade da utilização da moeda no meio criminoso.

No Brasil, inexistia instrumento normativo que regule a utilização da criptomoeda, tendo sido, porém, objeto de diversos projetos de lei que visam a sua regulamentação, assim como o PL nº 3825/2019, de autoria do Senador Flávio Arns, o qual institui a necessidade do Banco Central em regular e fiscalizar as operações realizadas com criptomoedas (BRASIL, 2019). Entretanto, o Banco Central Brasileiro já se manifestou, por intermédio do Comunicado 31.379, não reconhecer as criptomoedas como moeda, bem como não possuir qualquer intenção de regulamentá-las, pois, na época (2017), as transações ainda não apresentavam tais riscos. (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2017).

Entretanto, diante do crescimento e do grande volume de transações envolvendo criptomoeda, o Banco Central voltou a se manifestar emitindo, em 2019, um parecer reconhecendo as criptomoedas como bens e agregando-as junto à balança comercial. A receita Federal, por sua vez, emitiu a primeira regulamentação, tendo como objeto a criptomoeda, para que passe a ser obrigatório às corretoras que operam as criptomoedas informarem as transações realizadas e seus respectivos titulares. (BRASIL, 2019). Países como Argélia, Bolívia, Marrocos, Nepal, Paquistão e Vietnã proibiram a utilização de criptomoedas, seguidos de outros que proibiram apenas a movimentação de criptomoeda de forma nacional, mas toleraram, quando essa se dá em território estrangeiro.

Da análise da pesquisa realizada, bem como da legislação existente, constatamos que a utilização da criptomoeda, sem qualquer intervenção estatal, diminui o custo das operações de crédito, entretanto, traz uma insegurança social, pois passou a ser amplamente utilizada para fins ilícitos e forma de pedido de resgate. Não significa dizer que a criptomoeda, por si só, gera a impunidade, e que a mesma é irracional e totalmente anônima, mas sim que mediante o emprego de ardil, e da ampla capacitação dos criminosos sua utilização pode maquiagem e dificultar a persecução criminal, o que pode resultar na impunidade do delinquente.

Os Tribunais Superiores Brasileiros ainda não se manifestaram de forma específica quanto à questão da utilização da criptomoeda nos crimes denominados como sequestro de dados, entretanto, países como os Estados Unidos já estão bem avançados em matéria de regulação.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O avanço da tecnologia, assim como traz benefícios para a população por intermédio da aproximação de fronteiras e da facilitação de serviços, também se traduz no aperfeiçoamento do “*modus operandi*” de autores de crimes, e isso nos restou clarificado com o surgimento dos crimes cibernéticos, em especial o que atualmente se denomina “sequestro de dados”, o qual, conforme se verificou, mostra-se como uma modalidade do

crime de extorsão, visto que os indivíduos criptografam os dados e somente os liberam mediante o pagamento que ocorre, preferivelmente, por meio de criptomoedas.

A criptomoeda veio para subverter o controle do Estado do sistema financeiro, caracterizando-se como uma moeda única, que não possui fronteiras, nem está sujeita à territorialidade, sendo por alguns sociólogos e doutrinadores comparada como um sistema anárquico, diante da não regulamentação e falta de controle estatal, como forma de proteção dos segredos individuais e financeiros perante ao estado, gerando uma emancipação econômica e social do indivíduo.

Entretanto, essa falta de controle estatal, e a tendência ao anonimato das operações realizadas por intermédio da criptomoeda vêm dificultado, e muito, a investigação de crimes que envolvam sua utilização, ao passo que, por meio de alta qualificação e conhecimento técnico, os criminosos conseguem maquiagem os rastros digitais, fazendo com que o sequestro de dados pelo pagamento de resgate por *bitcoins* seja considerado um crime quase perfeito.

Restou claro, por meio desse trabalho de pesquisa e da análise de seus resultados que não é a criptomoeda um meio de pagamento totalmente anônimo, mas sua utilização desafia a investigação e o sistema de persecução criminal tradicional, exigindo cada vez mais que os inquiridos e que as denúncias sejam orientadas por servidores altamente capacitados, os quais não bastam apenas possuir conhecimentos jurídicos mas também tecnológicos, eis que os crimes passam a ser cometidos por pessoas altamente capacitadas. O surgimento da criptomoedas e sua utilização no *intercrimino* lança um desafio às técnicas investigativas tradicionais, diante das novas facetas criminosas, assim como ao próprio Estado, mediante à instauração de um sistema financeiro à margem de controle, o qual vem movimentando grande quantidade de ativos financeiros.

A falta de legislação que regule as transações também é um fator que dificulta a punibilidade do criminoso, assim como sua identificação. Entretanto, um dos maiores desafios é o surgimento de uma legislação internacional, a qual possa regular de forma eficaz e homogênea, diante da característica da internacionalidade das transações realizadas.

No cenário internacional é inegável que, atualmente, não se tem nenhum mecanismo confiável de identificação dos titulares de transações realizadas mediante *bitcoins*; pelo contrário, o que verificamos é a existência de ferramentas que facilitam a obscuração da origem e do destino dos ativos mediante criptomoeda, o que vem sendo utilizado, também, para a realização do crime de lavagem de dinheiro.

A pesquisa realizada demonstrou que carecemos de políticas que enfrentem o tema com a seriedade que merece, pois, mesmo que estejamos repletos de inovações nesses últimos anos, a regulamentação do ambiente virtual está defasada e não é suficiente. E, ainda, quando analisamos a seara penal, tratando-se dos cibercrimes, o atraso é ain-

da mais preocupante, visto que as penas se mostram ínfimas com relação à gravidade das práticas.

A necessidade de um tratado internacional, que enfrente a questão, é premente e de máxima urgência, diante da transnacionalidade das transações, assim como da grande possibilidade, a depender da técnica e do *modus operandi* do criminoso, que um crime que utiliza a criptomoeda como meio de pagamento venha privilegiar a impunidade.

LEGAL NATURE OF RANSOMWARE CRIME AND THE USE OF CRYPTOCURRENCY AS A MEANS OF IMPUNITY

ABSTRACT

The advancement of technology facilitates the life of the human being and creates new weaknesses inherent in the technological world, which are at the mercy of criminals who invade operating systems “hijacking” the existing data demanding payment for the ransom, called “ransomware”. Investigating these crimes requires hard work, making crime almost a perfect crime. Thus, it is intended to expose the theme, to typify the conduct, as well as to present how these individuals act and how to avoid these practices, which is done through analysis of legislation and doctrine, concluding that the lack of legislation can result in impunity.

Keywords: Bitcoin. Internet. Data hijacking.

REFERÊNCIAS

AGUILAR, Amanda Albuquerque. **Responsabilidade civil dos bancos nos casos de danos e fraudes causados por hackers**. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) - Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, 2017. Disponível em: <http://repositorioinstitucional.uea.edu.br/handle/riuea/912>. Acesso em: 26 nov. 2020.

ARAUJO, Fábio Lucena de. Aspectos jurídicos no combate e prevenção ao *ransomware*. In.: **Revista da pós-graduação lato sensu em direito da Estácio**, v. 1, n. 1, p. 67-93, 2019. Disponível em: <http://revistaadmmade.estacio.br/index.php/latodireito/article/view/7200>. Acesso em: 06 set. 2020.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Comunicado nº 31.379, de 16 de novembro de 2017**. Brasil, 2017. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exib/enormativo?tipo=Comunicado&numero=31379>. Acesso em: 23 set. 2020.

BITCOIN Price Today & History Chart. **Coinlib**. Coinlib provides live and historic

cryptocurrency prices, portfolio, alerts, news, charts and detailed coin data. 2020. Disponível em: https://coinlib.io/coin/BTC/Bitcoin?utm_source=foxbit.com.br&utm_medium=clwidget&utm_campaign=full_v2v. Acesso em 22 de set. de 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940.** Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del-2848compilado.htm. Acesso em: 03 jul. 2020.

BRASIL. **Exposição de motivos da Lei 12.737 de 2012.** Brasília, 2011. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A04E4AB6AE105A84C7786AF441C4FAE5.proposicoesWebExterno2?codteor=944218&filename=Tramitacao-PL+2793/2011. Acesso em: 05 set. 2020.

BRASIL. **Instrução normativa RFB nº 1.888, de 3 de maio de 2019.** Brasil, 2019. Disponível em: http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=a_notado&idAto=100592. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012.** Brasília, 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm. Acesso em: 01 set. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 3825 de 2019.** Disciplina os serviços referentes a operações realizadas com criptoativos em plataformas eletrônicas de negociação. Autoria: Senador Flávio Arns (REDE/PR). Brasília, 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7973487&ts=1594035403660&disposition=inline>. Acesso em: 25 set. 2020.

CANADÁ detém primeiro suspeito do maior ataque contra a rede de computadores, ocorrido em fevereiro. *In: Folha de São Paulo.* São Paulo, 20 de abril de 2000. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft2004200011.htm>. Acesso em: 15 jul. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, parte especial:** dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos. Vol. 2, 12. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

CARDOSO, Amilde Adilio; COSTA, Erico Souza; SILVEIRA, Fernando Alves. **Criptomoedas e Blockchain nos processos de inovação social.** *In: II Congresso Sul Catarinense de Administração e Comércio Exterior.* 2018. Disponível em: <http://periodicos.unesc.net/admcomex/article/view/4461>. Acesso em: 16 set. 2020.

CRESPO, Marcelo. Ransomware e sua tipificação no Brasil. **Canal Ciências Criminais.** Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/ransomware-e-sua-tipificacao-no-brasil/>. Acesso em: 15 set. 2020.

GOMES, Helton Simões. **Internet chega a 80% das casas, e TV digital aberta cresce, diz IBGE.** Publicado em 29 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.uol>.

com.br/tilt/noticias/redacao/2020/04/29/internet-chega-a-80-das-casas-do-brasil-e-presenca-de-tv-cai-diz-ibge.htm#:~:text=De%20acordo%20com%20o%20IBGE,7%20milh%C3%B5es%20de%20lares%20online. Acesso em: 30 jun. 2020.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquemático**: parte especial. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

GRZYWOTZ, Johanna. **Virtuelle Kryptowährungen und Geldwäsche**. Berlin: Duncker & Humblot, 2019.

LASHARI, Intzar Ali; SHAIKH, Zaffar Ahmed. Blockchain Technology the New Internet. In.: **International Journal of Management Sciences and Business Research**, vol. 6. Abril, 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/322254665_Blockchain_Technology_The_New_Internet. Acesso em: 16 set. 2020.

LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.

MACHADO, Felipe; VIANNA, Túlio. **Crimes informáticos**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

MAIS da metade da população mundial está conectada à internet, diz ONU. **Agência Brasil**. Genebra – Suíça. Publicado em 07 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2018-12/mais-da-metade-da-populacao-mundial-esta-conectada-internet-diz-onu#:~:text=A%20ag%C3%Aancia%20especializada%20da%20ONU,popula%C3%A7%C3%A3o%20mundial%2C%20utiliza%20internet%20atualmente>. Acesso em: 30 jun. 2020.

MASSENO, Manuel David; WENDT, Emerson. O ransomware na Lei: apontamentos breves de Direito Português e Brasileiro. In.: **Direito & TI**. 17 de julho de 2017. Disponível em: <http://direitoeti.com.br/artigos/o-ransomware-na-lei-apontamentos-breves-de-direito-portugues-e-brasileiro/>. Acesso em: 10 set. 2020.

MELLO, Roberta. Dados contábeis entram na mira dos cybercriminosos. In.: **Fenacon - Federação Nacional das Empresas de Serviços Contábeis e das Empresas de Assessoramento, Perícias, Informações e Pesquisas**. 19 de outubro de 2016. Disponível em: <http://www.fenacon.org.br/noticias/dados-contabeis-entram-na-mira-dos-cybercriminosos-1197/>. Acesso em: 20 set. 2020.

NAWARI, Nawari O.; RAVINDRAN, Shriram. Blockchain and building information modeling (BIM): Review and applications in post-disaster recovery. In.: **Buildings**, v. 9, n. 6, p. 149, 2019. Disponível em: <https://www.mdpi.com/2075-5309/9/6/149>. Acesso em: 18 set. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

POLÍCIA encontra hackers que roubaram fotos de Carolina Dieckmann. *In.*: **Globo.com**. Publicado em 13 de maio de 2012. Disponível em: <http://glo.bo/XNEVtu>. Acesso em: 12 jul. 2020.

SHIMABUKURO, Adriana. **As investigações na era das moedas digitais**. *In.*: Crimes cibernéticos: 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal. – Brasília: MPF, 2018. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/coletaneas-de-artigos/coletanea_de_artigos_crimes_ciberneticos. Acesso em: 18 set. 2020.

ULRICH, Fernando. **Bitcoin: a moeda na era digital**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2014.

VICENTE, Rafael José. A criptomoeda como método alternativo para realizar transações financeiras. *In.*: **Maiêutica-Tecnologias da Informação**, v. 2, n. 01, 2017. Disponível em: https://publicacao.uniasselvi.com.br/index.php/TI_EaD/article/view/1692. Acesso em: 17 set. 2020.

WAKKA, Wagner. Brasil é o 2º país com mais ameaças de ransomware no mundo, aponta estudo. *In.*: **Canaltech**. Publicado em 13 de março de 2019. Disponível em: <https://canaltech.com.br/seguranca/brasil-e-o-2o-pais-com-mais-ameacas-de-ransomware-no-mundo-aponta-estudo-134683/>. Acesso em: 30 jun. 2020.

WANNACRY: o primeiro ransomworm na indústria de cibersegurança. *In.*: **PROOF**. 2017. Disponível em: <https://www.proof.com.br/blog/wannacry-ransomworm/>. Acesso em: 20 jul. 2020.

ZUMAS, Vytautas Fabiano Silva. Criptomoedas, criptocrime e criptoinvestigação. **DireitoNet**. 08 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11637/Criptomoedas-criptocrime-e-criptoinvestigacao>. Acesso em: 20 set. 2020.

EL MUNDO DEL DELITO: ¿UNA HISTORIA
DIALÉCTICA ENTRE EL SER Y EL DEBER SER
DE LA ESENCIA HUMANA? EXPLICACIONES
ONTOLÓGICAS, AXIOLÓGICAS Y
EPISTEMOLÓGICAS

*THE WORLD OF CRIME: A DIALECTICAL HISTORY
BETWEEN BEING AND WHAT SHOULD BE OF THE
HUMAN ESSENCE? ONTOLOGICAL, AXIOLOGICAL AND
EPISTEMOLOGICAL EXPLANATIONS*

EL MUNDO DEL DELITO: ¿UNA HISTORIA DIALÉCTICA ENTRE EL SER Y EL DEBER SER DE LA ESENCIA HUMANA? EXPLICACIONES ONTOLÓGICAS, AXIOLÓGICAS Y EPISTEMOLÓGICAS¹

THE WORLD OF CRIME: A DIALECTICAL HISTORY BETWEEN BEING AND WHAT SHOULD BE OF THE HUMAN ESSENCE? ONTOLOGICAL, AXIOLOGICAL AND EPISTEMOLOGICAL EXPLANATIONS

Miguel Angel Villalobos Caballero²

RESUMEN

El presente ensayo propone estudiar y analizar la relación dialéctica entre el ser humano como ente –esencia- y el mundo del delito–circunstancia-, a partir de una historia y una casuística, para lo cual se despliega el estudio, en una doble perspectiva; la primera, la del delito cometido por los ciudadanos y, la segunda, la del delito cometido por las autoridades públicas, pero no solo desde una visión jurídica, sino, como una visión poliédrica –de varias caras-, tomando en cuenta que el hombre – persona - y el Derecho no solo son un “ser” sino también, son un “deber ser”, analizando no solo filosóficamente, sino en ello, los debidos enfoques ontológicos, axiológicos y epistemológicos para la mejor comprensión del hombre y el Derecho en su devenir.

¹ Data de Recebimento: 06/10/2020. Data de Aceite: 23/11/2020.

² Miguel Angel Villalobos Caballero (Callao – Perú), Filósofo del Derecho, Abogado por la Universidad Nacional de Mayor de San Marcos, Máster en Derecho por la Universidad de Jaén España, incorporado como miembro del Instituto Peruano de Filosofía y Sociología del Derecho, y miembro de la Asociación Internacional de Fiscales (IAP) con sede en Europa. En la actualidad se desempeña como Fiscal Superior Penal titular, conociendo en grado de apelación, los casos de Criminalidad Organizada. De la misma manera es Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad Continental y Docente de la Academia de la Magistratura en temas de Ética, Derecho Penal, Procesal Penal, Argumentación Jurídica, gestión de despacho fiscal, Litigación Oral. Ha escrito en el año 2004 “La Finalidad del Derecho”, en el año 2010 “El Derecho como reflexión filosófica” y en el 2019 “La Justicia como valor supremo del Derecho Internacional”, por lo cual dicta conferencias, seminarios, talleres y cursos en temas de su especialidad, la Filosofía del Derecho. Es columnista de larga data en el Diario El Correo, en ella, ha escrito diversos artículos, uno de los últimos, para el 2020: “¿Hacia una justicia virtual efectiva?”, “¿los políticos pueden ser felices?”, “¿Qué es el ser humano?”, “¿Quién gana con el temor?”, “Evaluando filosofías”, “los límites de la mentira”. Habiendo participado en diversos eventos Internacionales, entre ellos, “Formación de Formadores en la Educación Judicial” para la Escuela Judicial de la República Argentina; en cuanto, a las conferencias internacionales del 2020, destaca la organizada por el Poder Judicial Peruano: “Introducción a la Filosofía del Derecho Penal” por la cual se le reconoce el mérito a sus aportes de la Filosofía del Derecho a la Ciencia Jurídica. Actualmente está enseñando para la Academia de la Magistratura el curso “La actuación y valoración de la prueba: Prueba prohibida, prueba directa y prueba indiciaria”, así mismo, disertará internacionalmente sobre “Crítica a la Litigación Oral” y “La Filosofía de la Litigación Oral Latinoamericana” en Estados Unidos de Norteamérica para Abogados hispanos y sobre Lenguaje y Derecho “Avances en la Implementación del Lenguaje Claro en el Ámbito Jurídico” en Buenos Aires – Argentina.

Palabras claves: relación dialéctica, esencia, mundo del delito, delitos de ciudadanos y delitos de autoridades, visión poliédrica.

1 INTRODUCCIÓN

Recuerdo que en mi niñez y juventud vivía en el Distrito de la Perla, en el Callao, Puerto y destino de antiguos piratas y virreyes, en siglos atrás, en la que destaca la zona de “La mar brava”³ ubicada frente a las Islas del Frontón y San Lorenzo, en la costa del Perú, en el inmenso Océano Pacífico; en esos años de curiosidad sondeada, a mi madre Doña Juana Caballero, a inicios de los años ochenta del siglo pasado, y antes que ingresara a la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, le regalaron un libro “**El Mundo del Delito**” de Alan Hynd⁴, que aproveche para leer.

Es en ese libro encontré, en uno de sus distintos relatos, el rotulo a manera de inquietante pregunta: ¿Por qué no se encontró jamás la solución del caso Lindbergh?, historia de un delito, en que tuvo en suspenso a criminólogos, y a otros profesionales, toda vez, que se trataba de algo perturbador, que ocurrió “la noche del martes 1° de marzo de 1932, el niño de veinte meses Charles Augustus Lindberg, fue raptado de la casa de sus padres cerca de Hopewell, Nueva Jersey, quedó levantado el telón sobre mucho más que lo que ha sido llamado “el crimen del siglo”. Un crimen que, según, opinión de destacadas personalidades que se ocupan de esos temas, continúa hoy, y más todavía que veinticinco años atrás, resuelto sólo parcialmente, si es que ha conseguido ponerse en claro nada en absoluto de lo referente al mismo. Por una diversidad de razones, entre las que sobresalen la posición social, la credulidad y la terquedad del padre de la víctima, además de la gran estimación de que por aquellos tiempos gozaba, el secuestro del pequeño Lindbergh sirvió para reunir bajo una misma tienda el más extraordinario congreso de payasos, malvados, estafadores, exhibicionistas y otros tipos divertidos que jamás hayan actuado en parte alguna, como no sea en el circo de los Hermanos Rin-

3 Le dicen la “Mar Brava”, aquella zona del Distrito de la Perla, ubicado frente a las Islas del Callao que al tener aguas en constante bravura, tumbaron muchos años atrás un espigón de piedras del siglo pasado, en términos criollos “mal parado”, al día siguiente de ser construido, que por culpa de un ingeniero que con mala técnica aplicada construyó dicho espigón, así, nos cuentan los testigos que ya no están, que el ingeniero fue puesto a “dedo”, y sin mayor preparación para el cargo a desempeñar, por lo que a la fecha dicho lugar, no es una zona de playa, ni un balneario, pero, seguramente, algún día lo será, mientras tanto, aún esa bravura de mar, es una linda vista para propios y extraños, que se está llenando de conjuntos habitacionales verticales, y, que con el tiempo volverá a ser unas, de las Perlas del Pacífico. Por ello, no es coincidencia, decir, que cuando el funcionario o servidor público por codicia o apetito al cargo público, lo ocupa, daña el puesto que no debe ocupar, perjudicando la economía y a la sociedad, cuando sobre todo, no tiene ni idea de la función que va a ejercer; cuestión muy peligrosa en el progreso de los pueblos, en la que la ineptitud y la irregularidad está por encima de la excelencia para acceder al cargo público en Latinoamérica, lo que se ha vuelto un mal común que en efecto deja mucho daño moral y espiritual, más aún, si va acompañada de actos de corrupción.

4 Hynd, Alan. 1961 “El Mundo del Delito”, Barcelona, España, Editorial Bruquera.

glind. Como diría Jimmy Durante, todo el mundo quería salir a escena.”⁵

Y, el mundo de hoy, aún, no es muy diferente, en cuanto a los patrones de comportamiento sociales asumidos en los casos penales ocurridos en antaño, ya sea en uno u otro lugar, en algo se parecen, al menos, “en salir a escena”, siendo así, considero, que lo propio de un fiscal es investigar, formar su teoría del caso, saber litigar en audiencias y juicios orales, pero en especial, persuadir para determinar la “verdad” en base a pruebas obtenidas legalmente, toda vez, que la responsabilidad penal del investigado o acusado, de ser el caso, es mediante una sentencia condenatoria firme, sin obviar, procedimientos validos que le aleje de la nulidad procesal, para lo cual deben ser guiados por principios⁶ como el de publicidad, legalidad, oralidad, intermediación, y contradicción, puesto, que sin objetividad todo proceso penal puede ser pura especulación; para evitar ello, los fiscales y jueces latinoamericanos deben obrar con mucha prudencia para no dañar a quien no deben y evitar proteger al que no lo merece a la luz de la justicia.

En esa línea de conocer culpables o inocentes, pero, dentro del mundo de la legalidad, podríamos entender al Derecho, como lo entiende Zagrebelsky, y de acuerdo a la

5 Hynd, Allan; *op. cit.*, p. 11.

6 Tanto se habla de los “principios” en el mundo de la interpretación y argumentación jurídica y, es correcto porque el mundo jurídico, lo apropiado no solo es referirse a la ley, sino, también aquello que le rodea, como son las reglas, los valores jurídicos, los deberes; términos usuales que ayudan a dar la idea de Derecho y solucionan los problemas que se dan en el Derecho, así, nos preguntamos: ¿Qué nos haríamos sin lo principios?, ¿Cuántos existen?, ¿Qué tan rigurosos son?, son preguntas que pueden responderse desde una ontología, axiología y epistemología; como cuando se preguntan más específicamente ¿Cuál es el sentido de los principios penales? atreviéndonos a responder, “el dar garantías” en el contexto del Derecho Penal y procesal penal, pero, es más que ello, son garantías en todas las esferas del Derecho, en especial el Derecho Constitucional, porque el Derecho en sí es poliédrico, tiene varias caras y es lo que irradia a todo el sistema jurídico en una nación democrática. Me acuerdo gratamente a manera de anécdota, en épocas universitarias, cuando mi profesor Carlos Thorne, en situaciones cotidianas dirigiéndose en su Volkswagen de un lugar a otro por la vía expresa en Lima, me decía, Miguel Angel tengo que hacer –claro que no quería hacerlo, tal vez, por cuestiones de tiempo – y, concluía con la ironía: “todo por los malditos principios”; “principios” como que en efecto puede ser más entendido como un “deber”, de un “esfuerzo”, más que un placer por hacerlo. Pero, continuando con el tema, tenemos como historia dialéctica, que en la Civilización Inca, existían valores o principios fundamentales, que luego fueron adoptado como lema por el Ministerio Público de Perú: **El Ama Sua, Ama Kella, y Ama Llulla**, que significa no seas ladrón, no seas mentiroso y no seas flojo, en la que algunos bellacos sugieren, que era el tipo de gente que abundaba en el Incanato, sino, no se lo hubiese puesto como principios rectores de dicha sociedad, o como con argumentación fácil y tal vez falaz, que “los griegos clásicos” eran feos como Sócrates, por eso los griegos admiraban la belleza; que luego, como el Renacimiento se expresaron a través del arte, la pintura, la escultura; es decir, que los “principios” estuvieron y estarán presentes en nuestras narices o incrustados en las normas jurídicas, y en cualquier sociedad por más distorsionada o distópica que esta sea, por lo que nos preguntamos, como sociedad jurídica: **¿Con qué instrumentos legales contamos en mi país para la lucha contra la delincuencia y más precisamente la corrupción?** Y justamente porque en las leyes o dispositivos legales encontramos “principios” tenemos a la Constitución Política del Perú (1993) que orienta al Código Penal, al Código Procesal Penal, al Código Procesal Constitucional y demás; el Plan Nacional de la Lucha contra la Corrupción (2008), el Decreto Supremo que aprueba la Política Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción, Decreto supremo N° 092-2017-PCM, (2017); La Comisión de Alto Nivel Anticorrupción (CAN), las convenciones de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), que son convenciones anti soborno; la Convención Interamericana Contra la Corrupción, instrumento jurídico que se encuentra vigente desde el 04 de Julio de 1997, para la formulación de pedidos de asistencia judicial y de requerimientos de extradición en el marco de los delitos de corrupción, soborno transnacional y enriquecimiento ilícito; y, escudriñando, sabemos que todas separadas o en su conjunto guardan “principios” y finalmente preguntamos ¿Principios para qué en el Derecho? Para defender la Libertad y la Dignidad humana, así, se menciona que: “De allí entonces, que resulte necesario atender a la existencia de otro principio material del derecho penal, como es la dignidad humana, que hace a la configuración misma del sistema, pues sin su respeto su funcionamiento resulta insostenible en el tiempo” Yacobi, Guillermo, 2014, “El sentido de los principios penales”, Buenos Aires, Argentina, Euros Editores, pp. 267, 268.

traducción de la palabra “mite”, es decir, manso, tranquilo, apacible, sosegado, dulce, calmoso o comprensivo, cuando señala de la necesidad de: “La coexistencia de valores y principios, sobre lo que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir”⁷

Por esta razón, “valores” y “principios” deben estar relacionados dialécticamente, como lo deben estar en esa historia dialéctica, hechos, derechos y razones, con el “compromiso” de sincera y real manera de adquirir valores y principios para las personas, las instituciones y los países; no solo en el contexto del Derecho Constitucional y procesal constitucional; sino, más allá de las fronteras, con el contexto del Derecho Internacional, y como no, dentro de las fronteras, con las leyes del derecho nacional en el contexto del Derecho penal y procesal penal; todas esas normas jurídicas contienen en sí, “valores” y “principios”, aunados a los compromisos nacionales e internacionales, con el afán de eliminar pensamientos de la edad media –superstición, miedo y prejuizgamiento–, en pro de la persona y de la sociedad humana de la edad contemporánea⁸, sujetas a cambios positivos, como son el acceso a la justicia y al imperio de la ley en investigaciones o procesos penales con “garantías”, en sociedades democráticas, pues: “Los términos a los que hay que asociar la ductilidad constitucional de la que aquí se habla son la coexistencia y el compromiso”⁹

Por eso, podemos advertir, que, en el mundo jurídico, de los casos penales llevados a través de procesos, siempre se debe acudir con calidad legal y estándar procesal en la aplicación de valores y principios, con compromiso real, porque la persona humana

7 Zagrebelsky, Gustavo

2005 “El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia”, Madrid, España, Editorial Trotta, p.14.

8 He puesto énfasis en anteriores trabajos académicos, que el magistrado sea fiscal o judicial, tiene que ponderar con la razón más que con la pasión, para ello, el “compromiso” de la administración de justicia debe estar no solo en tener un buen magistrado, sino, también a gente responsable frente a los problemas actuales que vive la justicia nacional y latinoamericana, entre ellas, la sobre carga de procesos penales, el hacinamiento de las cárceles, la ineficiencia de las medidas cautelares y su poco control, la imprecisión y posible generalización de la “sospecha”, y la ineficacia del sistema penal en sí. Tal vez, **si con el procedimiento reflexivo jurídico del fenómeno – trasontológico** (termino creado por mi persona), **seremos capaces de actuar, entre otros, con conciencia jurídica de acciones humanas – personales, pero a la vez sociales serias y responsables en relación a los fines del Derecho y de la Sociedad misma**, que debe proseguir su avance, comenzando, con **la prevención del delito hasta la disminución de los mismos con una buena política criminal**. Dicho sea de paso, ese “compromiso” solo se puede lograr en sistemas democráticos y con demócratas, a fin de verificar el equilibrio de poderes, ya en mi país, como experiencia de poder, opino se equivocó, cuando se enfrento un poder a otro poder del Estado, en tiempos de Pandemia, en vez de priorizar el gasto público, fortalecer la educación, y a enfocar “la judicialización de la política” – así, al menos enfocada por algunos – en vez de ver positivamente, “la expansión de la justicia”, para investigar y castigar a áreas, muchas veces, no escudriñadas y procesadas, como el de la Política, está aparente “judicialización de la política” podría ser entendida como instrumento de poder para combatir o eliminar enemigos, que es más tema de Maquiavelo, que de asunto judicial.

9 Zagrebelsky, Gustavo; *op. cit.*, p.15.

frágil o no, necesita ante sus situaciones adversas, más que bondad o piedad, “justicia sustancial”, pero, bordeada en lo posible de máximas garantías y derechos fundamentales que la protejan.

En ese sentido, cabe señalar que en el mundo jurídico contemporáneo no puede ser de payasos, ni de circos, ni de posverdad, ni de cualquier tipo de mentira, como por ejemplo, los “**fake news**”, tampoco de ignorantes ni de soberbios, y menos de oportunistas que lleguen al Derecho a través de la mala Política; hay que tratar de buscar con esperanza, la mejora del hombre, la óptima realización de la misión y visión de las instituciones, la búsqueda continua del Derecho justo y la unificación de las naciones pacíficas, en un punto medio, como lo haría Aristóteles (385 a.C.- 322 a.C), una especie de virtud entre dos vicios o excesos; es así, que con razonamientos y criterios adecuados se construye el Derecho.

Para lo cual, hay que saber distinguir entre “el ser” y “el deber ser” en el ser humano, en lo jurídico, lo político, lo social y lo económico, solo los entes - valores y principios que nos da la filosofía y la filosofía jurídica nos pueden salvar, a saber: la dignidad, la libertad, la igualdad, la verdad, la justicia, el bienestar común y demás; en ese sentido, es correcto pensar, de la necesidad de cambio de una generación por otra, desde la vista de un artesano del Derecho, en relación a las leyes, porque el mundo debe fluir para bien, en cada nación, en cada continente, en cada persona y en toda sociedad en sí; el “ser” es lo que somos y el “deber ser” es lo que aspiramos, como los griegos clásicos aspiraban la virtud, entre ellas, la prudencia; así, hay sociedades que parecen que no cambian, en ciertos aspectos, uno de ellos, puede ser en lo Político, así un profesor Francisco Miró Quesada afirma, para el caso del Perú, que: “hace 30 años se produjo una mala junta: la falta de ética y el afán desmedido de dinero. Muchos no solo se corrompen por dinero, sino también por poder, porque el poder les da mando, prestigio e influencia”¹⁰, y la realidad política lo ha acreditado así, en varios países iberoamericanos, pero, agregó, que también por buscar poder a todo costa, los desgracia, los desluce públicamente y les anuncia que tarde o temprano la “justicia” les llegará para darles lo que les corresponde; de la misma manera, otro profesor Miguel Giusti, en una entrevista, a la pregunta: ¿Qué significa la verdad en esta época de virtualidad, redes sociales y desconfianza generalizada? Le señala, el entrevistado, que: “Su pregunta abre un abanico muy grande de aspectos a los que puede hacer alusión la cuestión de la verdad y la posverdad. Es obvio que, en este momento, lo que más preocupa es la manipulación deliberada de los hechos, las “fake news”, a las que nos referimos con la palabra “posverdad”. Claro está, si nos preocupa tanto, es porque nos damos cuenta de que tienen una repercusión muy

10 Miró Quesada Rada, Francisco. “En el Perú, la política es lo que es” artículo, Diario El Comercio, Lima, Perú, 22 de setiembre del 2020, p.19.

grande en la vida política y en el modo en que se forma hoy en día la opinión pública”¹¹; y, añadido, no solo en la vida política, sino en la vida general, así, la “mentira” en ningún sentido es virtud, ni fin de una sociedad sana, por eso la preocupación general es válida en estos tiempos de tecnologías mal utilizadas, cuando señalé el gran daño de la mentira – o el cinismo - como utilización no solo en la vida política y jurídica, sino también en la vida social, través de las redes sociales - más populares y de fácil difusión - desenfocando la noticia, incluso de manera patológica, en la que “una de esos peligros o amenazas digitales son el surgimiento de una industria dedicada a la interferencia electoral, la aparición de material falso en videos (deepfakes). Estos videos confunden la imagen falsa que no se puede distinguir de la auténtica, la utilización del WhatsApp, que es utilizado para difundir rumores y avivar violencia. Con este tipo de mentira generalizada, el magistrado tiene que lidiar para no cometer otra injusticia. Por eso se piensa seriamente que el hombre de hoy se ha degradado moralmente de tal manera que la mentira ya no sale de su boca, sino que la utiliza a través de las redes sociales para destruir al hombre.”¹²

2 DESARROLLO

Entonces, ya distinguido en ideas, en el presente ensayo, que el ser humano no solo convive en su historia dialéctica con normas, reglas, valores, principios, deberes, sino que también, convive en pecado, delitos, desvalores, manías y demás, y por tanto no se puede dejar de analizar “el mundo del delito”, ya no tanto como un caso ocurrido a alguien, o a una comunidad específica, sino, como una circunstancia o condición humana, que permanentemente aparece en la humanidad, es decir, como ese algo que le ocurre al hombre racional o irracional en todos los tiempos, incluso en estos tiempos de pandemia, de ocupación de territorios, de envenenamiento a los opositores, de sobrepagos, a la imposición de altos intereses, de selección y favoritismo a los que más pueden, traiciones en sus esperanzas a los que más necesitan, a la proyección de las guerras químicas, a la extensión de la sospecha innecesaria, la posverdad, la expansión de nuevas formas de censura, la manipulación del voto, la permisibilidad e impunidad de los delitos funcionariales, y a la proliferación de negocios turbios y millonarios con dineros del Estado, nos preguntamos: **¿Qué hacer?**

Para lo cual, lo dividimos en dos aspectos para su análisis:

11 Entrevista a Miguel Giusti, Diario El Comercio, Lima, Perú, 26 de setiembre del 2020, p. 2.

12 Villalobos Caballero, Miguel Angel. 2019 “Algunas precisiones fenomenológicas sobre la ética y la justicia en la magistratura – Reflexiones sobre la justicia contemporánea”, Lima, Perú, Revista de Investigación de la Academia de la Magistratura, p. 53.

- a) Delitos cometidos por los ciudadanos y,*
- b) Delitos cometidos por las autoridades públicas.*

2.1 Delitos cometidos por los ciudadanos

Sabemos que el Código Penal tiene un conjunto de normas penales que sancionan de diversas maneras a las personas, una de ellas, a la prisión cuando se quiebra el “bien jurídico protegido”; podemos ver así, **el Código Penal Argentino**, cuando en relación al delito contra las personas, en especial, el delito contra la vida, menciona que se aplicará reclusión o prisión de ocho (8) a veinticinco años (25) años, al que matare a otro, siempre que en este Código no se estableciere otra pena; mientras que, en **el Código Penal Peruano**, de la misma manera en relación al delito contra la vida, el cuerpo y la salud, en especial, el delito de homicidio simple, menciona, que: El que mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis (6) años ni mayor de veinte (20) años; la idea en ambas normas jurídicas –independiente en que artículo se encuentran, y sus posibles modificaciones - es el interés del Derecho de proteger la vida, años más o años menos, de acuerdo a la legislación que cada país utilice; ahora, si lo vemos como agravante, tenemos, que para el caso Argentino, se impone reclusión perpetua o prisión perpetua, en la que en el caso que vamos a exponer, es en relación al que matare por placer, codicia, odio racial o religioso, mientras en Perú, la norma jurídica señala que, aquel que comete homicidio calificado o asesinato, será reprimido, con pena privativa de libertad no menor de quince (15) años, para aquel que mate a otro, concurriendo diversas circunstancias, una de ellas, de la que nos va a ocupar en este ensayo, es por ferocidad, codicia, “lucro” o por placer, en la que advertimos, una que otro variante en la redacción de cada legislación, sin embargo, al tener una agravante, la pena debería ser mucho mayor.

Por eso, en seguida, vamos a analizar el siguiente caso real, sin anotar, los verdaderos nombres, porque lo que interesa es el caso en sí, como caso penal, en la como Fiscal Superior a cargo, logre que se le condenase a una persona muy mayor -anciano -, pero, que en relación a los Códigos Penales anotados, vemos, que el ser del hombre, en este caso, de un ciudadano, no logró comportarse conforme a un “deber ser” es decir, acatar las normas de comportamiento que defienden bienes jurídicos para no caer en una doble desgracia, primero, de cometer un delito repudiable y segundo, el de ser sancionado con prisión; así, luego de narrado el hecho, lo veremos desde una perspectiva o explicación ontológica, axiológica y epistemológica para su mayor comprensión filosófica del ser humano en su relación con el mundo del delito.

Hechos imputados y solución del caso, en síntesis:

Conforme a la acusación fiscal¹³ se imputa al acusado “X”, la comisión del delito Contra la vida, el cuerpo y la salud en la modalidad de Homicidio Calificado, en agravio de “Y”, siendo que en el año 2007 se encontró en un paraje de la serranía peruana, un cadáver de sexo masculino, de aproximadamente 30 años de edad, dentro de las aguas de un río, pudiéndose observar que el occiso presentaba heridas, una a la altura del oído, otra en el cuello y una en la cabeza, lado derecho delantero, heridas provocadas por proyectiles de arma de fuego pertenecientes a revólver de calibre 32 S&W. De las diligencias actuadas se tiene que el occiso mantenía diversos procesos judiciales y realizaba diversas ventas simuladas de varios bienes, por lo que, para protegerlos, los traslado a su agresor, quien, con el móvil de “lucro” este último, de hacer suyo los bienes de valor económico habrían planeado el crimen a fin de obtener para su propio provecho.

Luego, se determinó y confirmó, como teoría del caso, que el agresor con la víctima, de acuerdo a testigos del caso, solían salir al monte, en la que, una menor de edad, narra que un día, salió a pastear a un paraje, en la que vio, a dos personas discutiendo, con unos papeles que se encontraban en una bolsa plástica, también señala que a su vez, se encontraban tomando, pero aún discutían; dicha menor como testigo y luego ratificado su testimonio en el juicio oral virtual, dio las características del denunciado y le increpo en la audiencia, que él era, quien acompañaba al agraviado occiso, lo que dio lugar a que luego de varias sesiones de juicio oral se le hallase responsable penalmente.

Por ello, el ciudadano se vinculó al “mundo del delito” por su actuar doloso, y con fines económicos, en la que debió recibir la propuesta de condena del Fiscal Superior, es decir, treinta años de prisión privativa, sin embargo, solo se le condeno a diez años de pena privativa de libertad¹⁴, en la que, como Fiscal Superior impugné a través de un

13 En el Perú aún se viven varios momentos en el proceso penal, así, el sistema acusatorio fue lanzado de manera progresiva y entró en vigencia en algunas provincias y luego en la Capital de Lima, por lo que hasta no acabar con la carga antigua, existen procesos en que el fiscal para delitos graves, como el asesinato, investigo y remitió al Fiscal Superior para que en uso de sus atribuciones archive o acuse, según el caso penal; mientras, que con el sistema nuevo, el fiscal provincial –primera instancia – investiga, pero, también acusa, siendo que el Fiscal Superior, en estos casos, participa en grado de apelación. Para el caso, que nos ocupa, fue un hecho ocurrido, el año 2007, por lo que tratándose de un proceso antiguo, el Fiscal Superior acuso, pero, también conoce el juicio oral, como así se hizo, recuerdo, que desde antes de la Pandemia y consiguiente cuarentena, si bien la Sala Penal – tres jueces superiores – estaban presentes y mi persona, como fiscal superior titular, fue a través de una video conferencia, por cuanto, el procesado por su estado de salud y avanzada edad no pudo concurrir, fueron varias audiencias, en la que finalmente se logro la condena, en la que al menos a octubre del 2019, el acusado, luego, sentenciado no se puso a derecho, solo, interpuso el recurso de nulidad. Ya en Pandemia, les comento que ha existido bastante crítica a las audiencias o juicios orales virtuales, toda vez, que siendo legal, se limita o afecta los principios, como el de inmediación en su real dimensión, quejas en España ha habido, y aceptación como en Costa Rica, que llevaba años preparándose para juicios orales virtuales, sin embargo, a mi experiencia jurídica, existen gruesos errores, como es la falta de comunicación, la escucha entrecortada, la sugerencia de apagar las cámaras, el apresuramiento de los jueces por terminar las audiencias, entre otros, problemas no solo de tipo informáticos, sino, de fondo como utilizar criterios puramente garantistas, en omisión al principio de la justicia.

14 Es importante señalar, ya a título de Litigación Oral, que ante la acusación escrita y luego manifestada oralmente en síntesis en el juicio oral, la defensa a criterio del Ministerio Público, cometió al menos dos errores, primero, aplicar dos alegatos de defensas distintas para la misma persona acusada: a) que el imputado se encontraba en el lugar de

recurso de nulidad que permite que lo conozca la Corte Suprema, las razones, están en una cuestión de estrategia, por cuando el Ministerio Público interpone apelación, en este caso, recurso de nulidad, permite que se pueda elevar en la Corte Suprema la pena, sino se impugna, se corre el riesgo, de que se pueda bajar la misma, por lo que es importante los argumentos que esgrime el fiscal superior en un recurso impugnatorio.

Si bien es cierto, la Sala Penal “condeno”, la pena no era proporcional a criterio del Ministerio Público, ya que se argumentó, en razones no solo de la edad del agresor—78 años de edad la momento de la comisión del hecho-, sino, de ciertos principios, como el principio de función preventiva, comunicando la finalidad de preservar bienes jurídicos; el principio de lesividad, que informa que la pena se impone solo ante la lesión de un bien jurídico – delitos de lesión – o la puesta en peligro del mismo – delito de peligro concreto y abstracto -, asimismo, al principio de exclusividad jurisdiccional; el principio de culpabilidad, por ser un hecho típico, jurídico y culpable; el principio de humanidad, que sostiene que el Estado no puede diseñar, aplicar ni ejecutar sanciones penales que afecten la dignidad de la persona, y el principio de proporcionalidad, sin embargo, en términos de una colega española, le “salió barato” al condenado, como cuando se da beneficios penitenciarios so pretexto de pandemia o puro garantismo, sin evaluar con seriedad, al tipo de condenado que se está retornando a la Sociedad¹⁵; esa

los hechos, en el paraje con la víctima y que era imposible que lo matara, por cuanto su defendido sufría de artrosis en las manos y no podía disparar, situación, poco creíble, y que no se probó en el juicio oral, al ofrecer testigos y no llevarlos, en litigación oral, existe la máxima, de lo que se promete se cumple; b) que el imputado se encontraba cerca a Lima, y solo tenía un boleto de pasaje sin corroborar la entrada y salida del autor en el supuesto viaje, con prueba adicional que así, lo acredite; otra vez, ofrecimientos, sin prueba; segundo, no aportar prueba alguna que contradiga la acusación del Ministerio Público en contra de su defendido, ese paradigma antiguo, de que hablar sin probar se puede ganar los juicios, es errado, por cuanto la persuasión debe estar ligada a la estrategia, y al valor probatorio que se le dé a nivel de juicio oral que corroboren las afirmaciones hechas al inicio del juicio, conocidos como los alegatos de apertura. Si bien es cierto, la testigo, conocida como “la pastorcita”, narró lo que vio, es decir, la discusión, no existía testigo presencial, a lo que la Sala Penal, bien señalo que, estaba probado la muerte del agraviado por disparo de arma de fuego, por mano ajena, en la que si bien en la investigación no se hallado el arma homicida, y el acusado como principal sospechoso y directo del hecho criminoso, no se ha sometido oportunamente a la pericia de absorción atómica, empero surge la tesis inculpativa de la Fiscalía, en contra del acusado, ya que fue visto por la menor en el lugar cercano en que fue hallado muerto la víctima discutiendo con el acusado —como hecho indicante- por lo que se infiere que el cometió el delito movido por un móvil lucrativo, debido a que tenía ventas simuladas de los bienes del occiso, y planeó el crimen para obtener provecho propio. Es así, que, a nuestra consideración, en el transcurso del siglo XXI, “la prueba” tiene un reto, es el volverse científica, pero, de existir ciertos inconvenientes, se encuentra los indicios probatorios y las máximas de la experiencia, que debe saber aplicar todo buen juez para solucionar el conflicto que se le presenta. Las pruebas tradicionales sirven, pero, ante delitos informáticos, o cometidos a través del audio o del video manipulables en tiempos de posverdad, el desafío es aún mayor.

15 Aquí viene una reflexión sobre ¿Qué tipos de delinquentes son peligrosos? No siempre hay que ver en cuanto al delito cometido, hechos de sangre o de sexo, o lo peligroso que puede ser para él – situaciones mentales no controladas- mismo, sino, también peligroso, en cuanto a los bienes jurídicos que ponen en riesgo, como desde los llamados “gente bien” hasta los “cuellos blancos” en América y en Europa, que ponen en peligro los recursos económicos de una nación, por lo que generalmente se ataca como “peligroso” al delincuente reincidente o habitual, bastando evaluar su historial delictivo, que penas tiene, que clase de delitos cometió, también su personalidad con exámenes psicológicos y jurídicos, pero, no todo es trayectoria delictiva, generalmente achacable a los presos comunes, también, hay algunos imputados o acusados que no tienen ese tipo de trayectoria, y son de muy buena posición social, y que fácil se les comprende para darles libertad, como cuando recuerdo acudí a un evento de la Universidad de Salamanca España, y uno de los expositores, si mal no recuerdo, Francisco Muñoz Conde, en su conferencia “La Corrupción Transnacional” allá, en junio del 2014, percibí cierta

expresión le “salió barato” es generalmente utilizada en España, cuando a alguien no se le castiga conforme se espera, así, agregó, que como he manifestado en un sinnúmero de conferencias, los jueces deben cuidar la imagen judicial a través de sus resoluciones, por cuanto, la población observa desde lejos; y el “sentir popular” también importa, en la percepción ciudadana, que se tenga de aquel actuar de la justicia, porque no podría verse “justicia” - en sentido de justicia sustancial -, sino, solo “premios” al comportar delin cuencial, cuando se absuelve o minimiza el comportamiento delin cuencial en base a la lástima que genera la circunstancia, por lo que no es adecuado, ser piadoso para castigar, tampoco el tomar en cuenta otras razones fuera de la justicia o del sentido común, para diferenciar o quitarle igualdad en el trato objetivo que debe existir para los procesados en un proceso penal. Para complementar la idea, señalamos, que un delito grave no se le puede tratar como un delito leve, ni tampoco, un delito leve tratar como un delito grave, de ser así, aquellos delitos leves que se les trate como si fuesen graves, genera a mi criterio, “antisociales”, que en el futuro van a desafiar la ley y el orden en iguales o parecidas circunstancias, y aquellos delitos graves que se les trate como delitos leves, en cuanto a sus penas volverían al criminal, en un “caradura”, en un sinvergüenza refor zado para adelante, por culpa de la mala decisión judicial al no guardar debidamente el principio de proporcionalidad.

Veremos ahora, sobre la relación del “ser” y el “deber ser” desde la perspectiva, circunstancia o explicación ontológica, axiología y epistemológica:

De la Explicación ontológica:

Tenemos que explicar de algún modo los comportamientos ciudadanos desde la perspectiva ontológica, entendiendo, esta “ontología”, como “estudio del ser”; y puede hacerse a través de una pregunta: ¿Por qué se delin que?

Ciertamente, por muchas razones, en el caso de delitos de asesinato, vemos que uno de las circunstancias, es el “lucro”, algunos de estos asesinos, lo han hecho un oficio, como el sicariato, regulado normativamente en mi país, desde julio del 2015; pero en sí, es reprochable todo aquello que atente contra la vida humana, por cuanto, se entiende que en un ordenamiento jurídico, el bien máspreciado es la vida, tanto así, que conforme a nuestra Constitución Política del Perú, de diciembre de 1993, se considera derechos de la persona: la vida, y al concebido, que en el Art. 2 se señala, que toda per-

tolerancia del trato a la realeza, cuando hizo una reflexión, para personas como la infanta Cristina -, que había caído en desgracia y se le imputaba un delito por esos años, llamado: El escándalo del caso Moos - y según noticias periodísticas, ya está absuelta, sin embargo, en aquel entonces, se pretendía justificar, en el sentido de qué utilidad tiene llevar a alguien a prisión, si ya tiene una buena posición social y educativa, sin embargo, como dice el dicho, “la mujer del César no solo tiene que serlo, sino parecerlo”, que se aplica a todos aquellos, que se arrojan una cualidad que en realidad no la tienen; asimismo, el citado profesor dijo algo interesante y que sí coincidimos: “el que la hace, la paga” como una mejor manera de prevenir, las penas deben llegar al ciudadano en forma ejemplar, para volver a creer en la justicia.

sona tiene derecho numeral 1: A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar . El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

Siendo así, es injustificable el asesinato de cualquier persona, no solo porque la Constitución otorga derechos fundamentales a los ciudadanos, sino, porque la dignidad y libertad, en “esencia”, están por encima de cualquier arrebato, maldad o interés perverso; razón por el cual, “la vida” no solo es protegida por la norma jurídica positiva, sino, también desde la perspectiva de un Derecho Natural, que considera que el Derecho positivo recoge un derecho superior compuesto por un conjunto de valores y principios, es decir, el valor “vida” y el principio vida a defender, viendo, no solo aquel iusnaturalismo de Tomas de Aquino (1225-1274) preocupado en las inclinaciones naturales, como la sobrevivencia por sobre todo, sino como aquello, que debe ser universalmente válido para todos los hombres, derechos necesarios e inmutables que el Derecho Positivo los debe tener presente en su legislación nacional e internacional.

De la Explicación axiológica:

Aquí, tenemos que explicar de algún modo los comportamientos ciudadanos desde la perspectiva axiológica, entendiendo, esta “axiología”, como estudio de todo aquello que se refiere a un concepto de “valor”, en otras palabras, los valores preponderantes en una determinada sociedad, también comprende el estudio del “deber ser” como norma a aplicar, frente a cuestiones morales, sociales o religiosas, es así que pregunto: ¿Cuál es mi preferencia valorativa, hacia lo moral, lo social o lo religioso, para actuar como actuó y porque actuó así?; y puede hacerlo a través de otra pregunta axiológica: ¿Por qué se prefiere delinquir a ser un buen ciudadano?

Y, aquí conforme hemos visto, por muchas razones, siendo, una de ellas, el lucro, ya en una explicación axiológica, podemos advertir, que falta conciencia del deber ciudadano, que es respetar todos los derechos de “los otros”, el de mis conciudadanos, así se menciona evaluando a Kant (1724-1804), que: “Cuando tenemos conciencia de un deber, tenemos al mismo tiempo conciencia de que ese deber no se nos impone de manera arbitraria y ocasional, sino que sería el mismo en todo tiempo, en todo lugar, para todo hombre que se encontrará en las mismas circunstancias. El deber responde, pues, a una ley universal, y puedo dar una primera fórmula de él que responde a esta exigencia: “obra siempre de tal manera que la máxima de tu voluntad pueda valer como principio de la legislación universal”. A esta primera fórmula, Kant, añade inmediatamente otras dos que le completan. La segunda no difiere apena de la primera más que en palabras: “Obra con la idea de tu voluntad como legisladora universal”. La tercera añade una precisión y sobrepasa el círculo cerrado del espíritu que trabaja sobre sí mismo. Como

el deber es propio del hombre y se encuentra en él la expresión de la moralidad; como por otra parte es universal en cuanto se aplica a todos los hombres, el imperativo moral tiende al desarrollo de lo humano, y la tercera fórmula del imperativo categórico puede expresarse como sigue: “Obra de tal manera que trates siempre a la humanidad, en ti y en los otros, como un fin y no como un medio”¹⁶; razón por el cual, con cierta influencia kantiana, pienso que cuando el hombre actúa como una cosa, inanimada, acrítica, que solo se puede venderse o hipotecarse – como en la política o en las fabricas criminales - o trajar en lo indebido o ilegal se está tratando como una “cosa”, “un medio”, no un “fin” que es dignidad y libertad, lo cual ya resulta sumamente deshonesto y despreciable en la Sociedad, en ese sentido, Kant tenia reducidamente ciertas situaciones para su consideración, entre ellos, el comportamiento humano, así se señala que: “Dos cosas llenan el espíritu de admiración y reverencia siempre nuevas y crecientes, cuanto más frecuentemente y por más tiempo se detiene el pensamiento en ellas: el cielo estrellado sobre mí y la ley moral en mí. Ambas cosas no tengo que buscarlas más allá de donde alcanza mi mirada, envuelta en la oscuridad, ni tampoco en lo trascendente; debo, simplemente, presumirlas: las veo ante mi e inmediatamente las conecto con la conciencia de mi existir”¹⁷

En esta mirada axiológica, pienso, es necesario y urgente reevaluar nuestras conductas, lo que es deseable como persona, como sociedad y lo que es despreciable, para no participar de ello, el “ser” puede dirigirse hacia un “deber ser” hacia la norma, lo podemos hacer a manera de prevención o también de respeto a los valores en sí, que de lograrlo a través del habito correcto, ya es una virtud.

Por eso, es correcto pensar, que el hombre es los que “hace”, así, si mentimos somos mentirosos, si robamos somos ladrones, si decimos o actuamos como necios seremos estúpidos, la terquedad ante el mal comportamiento personal o social de manera repetitiva no nos lleva a buen puerto, tarde o temprano, naufragaremos, como en un cabo de hornos.

De la Explicación epistemológica:

Aquí, también tenemos que explicar de algún modo los comportamientos ciudadanos desde la perspectiva epistemológica, entendiendo, esta epistemología, como aquella parte de la filosofía que estudia los principios, fundamentos extensión y métodos del conocimiento humano, y puedo hacerlo a través de una pregunta epistemológica: ¿La Ciencia podrá limitar alguna vez, los malos comportamientos humanos? Y, esa pregunta

16 Leclerq, Jacques 1960 “Las grandes líneas de la filosofía moral”, Madrid, España, Biblioteca Hispánica de Filosofía, pp. 134-135.

17 Océano 2004 “Atlas Universal de Filosofía”, España, p.874.

parece de ciencia ficción, que nos podría llevar a la robótica, algunos, podrían afirmar que el hombre es lo que es y punto; pero, epistemológicamente no hay punto, sino una serie de puntos, como desafíos constantes a responder las grandes interrogantes, como porque hago tal o cual cosa, y, porque no de una manera diferente, que es lo que me condiciona, el hambre, la sed, el clima, la enfermedad, pero, si no hubiera todo ello, ¿sería mejor persona?

Entonces, sigo preguntando: ¿Por qué el hombre se comporta como se comporta y como llevo a portarse así? Es una cuestión cultural, evolutiva, pero sobre todo controlable. Que, pasaría si el hombre, si es que se acredite científicamente, fuese malo por naturaleza, se le va a sancionar por ser como es, o simplemente se le va a condicionar para ser socialmente o normalmente aceptable, le van a enseñar a aprender a aprender cual camino seguir, que no sería otro, que el camino del “deber ser” del acatamiento a la norma.

Por eso, el pensamiento epistemológico nos lleva a plantearnos en este siglo XXI, en relación a la esencia humana y su vinculación con el mundo del delito, inclusive en no solo ver el pensamiento criminológico, o el Derecho Penal y sus nuevas formas de Criminalidad, o realizar estudios de Política Criminal, sino, también a indagar desde la filosofía de la mente a las preguntas ¿Quién soy yo? o ¿Por qué hacemos lo que hacemos? o sobre ¿Quién debería ser? en relación a las reglas o ¿Por qué no mi mente o mi cuerpo no cumple con las normas morales o jurídicas? O ¿Por qué las personas se comportan como lo hacen? o ¿Es cuestión de deseos desenfrenados?, es decir, sea filosofía de la mente o filosofía metafísica, indagar sobre la mente, el cuerpo, la conciencia, así se menciona que:

¿Por qué existe el problema mente – cuerpo? Nuestras atribuciones cotidianas a la mente provocan una situación problemática cuando las sometemos a un análisis filosófico. Por ejemplo, comenzamos por preguntarnos cómo es posible que un cuerpo contenga cosas que parece que no pudieran estar contenidas dentro de un espacio físico, como son nuestros pensamientos, nuestras creencias y nuestros deseos y motivaciones. Por otro lado, experimentamos algo que llamamos “conciencia”. ¿Cómo se origina la conciencia? ¿Físicamente, o sea en algo corporal? Porque tenemos la experiencia de estar conscientes, pero no pareciera que las cosas físicas sean conscientes en sí mismas. Finalmente, es difícil explicarnos cómo es posible que nuestra vida mental pueda tener influencia directa sobre la física y química de nuestro cuerpo, de la manera en que solemos atribuirla cuando decimos que vamos a ejecutar algo que hemos pensado.¹⁸

18 Braun, Ricardo 2009 “¿Qué soy yo? Una introducción a la filosofía de la mente y de la psicología”, Lima, Perú, Fondo

Completando, se puede decir, que el hombre como “ente” y su paso del “ser” – el hecho - al “Deber ser” – cumplir la norma, o no cumplirla, o transgredirla para encontrarse en “el mundo del delito” son una cuestión de estudio desde la dialéctica, la fenomenológica, y puede ser tratada a través de distintas disciplinas, incluso, la metaética, la bioética, y otras más clásicas, como la psicología, la antropología, la sociología, la economía, a despecho de que Mario Bunge (1919-2020) no les dé aprobación científica alguna, sin embargo, no hay que restringir ciencia alguna o disciplinas ya existentes, para tratar de entender al hombre en su esencia, al hombre contemporáneo, en su historia dialéctica –de vida y muerte, trascendencia e intrascendencia, vida individual o universal -, que ya ha pasado por varias etapas históricas; como la edad antigua, donde el mito lo explicaba todo; la edad media donde el conocimiento tenía como fuente la ignorancia, el miedo, la superstición y la intolerancia, pero, en especial, un mundo explicado por la fe cristiana, para lo cual, habría que leer “El nombre de la Rosa” de Umberto Eco, o ver la Película del mismo nombre, para darnos cuenta de lo impresentable que era el hombre en muchos aspectos de la vida en esos tiempos medievales; la edad moderna, que fue fundamental con el aporte de la “Ilustración” que de un modo u otro, nos llega hasta estos días, siendo, lo importante el uso de la “razón”, pero, es en estos tiempos de edad contemporánea, además de la razón complementarlo con la argumentación, la interpretación, la justificación, es decir, con criterios adecuados, para ser adecuadamente razonables, en ello, la epistemología contribuye bastante.

En ese sentido, no se descarta tampoco, el pensamiento criminológico, cuyo interés entre otros, está el tema de la cárcel o prisión, donde es de esperarse que nadie salga peor que cuando ingresa, para lo cual, cada autor puede tener una idea de lo que es la criminología, sin embargo, existen rasgos comunes, como son: “el hombre (el delincuente), la conducta social (delictiva) y la organización social concreta en que se dan. El Positivismo hizo girar la criminología exclusivamente en torno al hombre, tratando de distinguir entre un hombre “normal” y un hombre “anormal” o “peligroso”. Dentro de él, una tendencia plantea la criminología como una actividad científica dirigida a la investigación de las causas biológicas, antropológicas, psiquiátricas y psicológicas del delito”¹⁹

Tampoco se descarta para conocer epistemológicamente, el observar el fenómeno de las nuevas formas de criminalidad y su relación con el Derecho Penal, toda vez, que el hombre en esencia no solo puede cometer delitos clásicos, sino, aumentar a otros, como los que se dan en la figura del Derecho Penal Económico, o del delito en relación

Editorial Universidad de Lima, p. 14.

19 Bustos Ramírez, Juan; Roberto Bergalli y Miralles, Teresa 1983, “El Pensamiento criminológico” Volumen I, Bogotá, Colombia, Editorial Temis, p. 19.

a las personas jurídicas, el Derecho Penal Ambiental, debiendo tener cuidado con los populismos jurídicos impulsados por los políticos, que crean figuras, que fácilmente ya están cubiertas por otras.

De la misma manera, no se descarta como conocimiento epistemológico, los estudios sobre Política Criminal, para saber hasta cuanto son útiles conocer y aplicar sus conocimientos en una sociedad democrática, a veces tan desordenada, como la vida humana misma, en ello, nos podría ayudar sabiendo distinguir el “derecho penal simbólico”, como podría ocurrir, en el campo de los efectos legítimos de la pena y de la ejecución de la pena, ahora, nos parece curioso, si la política criminal va dirigida aquellos, que ya sufren condena o aquellos, que aún no la sufren, por cuanto, los unos y los otros se sienten incomunicados respecto a esta política criminal, dada el incremento delitos y de penas, de reincidentes, habituales y hasta profesionales del delito, al parecer, queda en las manos de los jueces, aplicar la determinación de la pena y lograr que una vez cumplida, no se vuelva a incidir en los mismo, a manera de experiencia jurídica, he advertido, que en delitos graves, no se señalan penas ejemplares, sino, que con una u otra explicación, se señalan penas, aun siendo delitos graves, por debajo del mínimo legal y cuando quedan firmes las condenas, viene la segunda parte, la de aplicar los beneficios penitenciarios, mirando solo sus requisitos formales – una minimización del hecho grave -, es ahí, en donde se equivocan y se torna crítico ese tipo de “garantismo”, no siendo, el delincuente el que sufre la pena o sanción, sino, la víctima del delito, doblemente castigada, una, con sufrir la consumación de un determinado delito en su persona, y dos, el tener que apreciar, lo sublime que puede ser la administración de justicia para los más impresentables jurídica y socialmente hablando.

Viéndolo así, no es tanto que en la relación entre el ser humano como ente y ciudadano ante “el mundo del delito”, la recta administración de justicia le impida cometer delitos o nuevos delitos, o con medidas de una buena prevención o con la creación de nuevas Políticas Criminales con tal fin, sino, que la delincuencia de cualquier tipo difícil va a frenar su actuar en la sociedad contemporánea, por el “vicio” del hombre y el rechazo a la “virtud” a la norma, en circunstancias que el mundo del delito se va ampliar, mientras, no se tenga una justicia severa, que les mande un mensaje, de que lo viendo fácil o difícil delinquir, su situación jurídica, será la de que en algún momento, de acuerdo a los delitos que cometan, no habrá más oportunidad para volverlo a cometer, como, si no pásese nada, que los escarmientos serán de verdad, y no hay que ser medievales en ellos, simplemente firmes, en la aplicación e interpretación de la ley, con “garantías”, pero, con energía fiscal y judicial para que no pretendan continuar con un tipo de vida, que no les favorece a ellos, ni tampoco a la Sociedad.

2.2 Delitos cometidos por las autoridades públicas

En este ítem, veremos que los delitos cometidos por las autoridades públicas o funcionarios públicos no son una novedad, en el fondo son las viejas costumbres coloniales; en la que si ya es preocupantes que una sociedad democrática tenga que lidiar con la delincuencia común, las fabricas criminales – el crimen organizado -, la inseguridad ciudadana, la desconfianza pública, la sospecha, los problemas de salud, como la Pandemia, las crisis políticas de los lideres y los partidos políticos tradicionales y advenedizos - que a última hora se juntan en una mesa o en algún lugar determinado por el apetito de poder, en la que muchos de ellos, como ya lo demuestra la historia policial, están reunidos para aprovecharse del cargo público y el fruto prohibido como son los caudales y efectos del Estado que son de la Nación– entre otros males más; es peor aún el tener que soportar el ver rodeada o incrustada a una Sociedad con “delincuentes oficiales” - porque en origen provienen del mismo ente Estatal - , lo que constituye también no solo un asomo infructífero de estos malos miembros de la Sociedad, sino una presencia antiestética por su sola presencia, porque traen una serie de deslealtades o traiciones al cargo público, que en algún momento se les confió y que defraudaron, al no comportarse como se esperaba.

Por eso, no solo analizaremos alguna que otra jurisprudencia, sino, que examinaremos los hechos, desde una explicación o perspectiva ontológica, axiológica y epistemológica, con el agregado, de ver una relación del ser humano como “autoridad”, los abusos o excesos que con ella comete, sus implicancias y efectos para las instituciones públicas, y sus efectos desorientadores – mala comunicación – con la Sociedad misma, restándoles credibilidad en sectores políticos, sociales, económicos y jurídicos.

Por ello, es bueno contar con cierta experiencia académica que conlleva el ser profesor de Filosofía del derecho y docente de la Academia de la Magistratura, en esta última, he logrado llegar a ciertas conclusiones a raíz de enseñar cursos sumamente importantes en la formación del magistrado contemporáneo en el siglo XXI, entre ellos, el curso de “Ética en la Magistratura” y el curso de “Los delitos contra la Administración Pública y corrupción de funcionarios”, ello, aunado a mi experiencia jurídica en temas de derecho penal y procesal penal dada mi condición de fiscal por casi veinticinco años, que vistos reflexivamente, me hacen ver la historia y el derecho de mis tiempos, con optimismo²⁰,

20 Ese tema del “optimismo”, lo trate en un comentario de mi obra “La Justicia como valor supremo del derecho internacional” (2019), por cuanto el tema calza cuando se realiza análisis de axiología o estimativa jurídica, es que las sociedades para construirse, para progresar cuenta con el hombre –ser humano, persona -, y, éste en sí, ya es un mundo de conflictos, pero también de soluciones, pues el hombre se hace problemas, pero, también soluciona problemas; así, cuando uno explica la relación del hombre con el sistema de justicia, pareciese que siempre ha fracasado y, en todas las épocas, tanto así, que fácilmente se podría adaptar al mito de Sísifo a la realidad humana de la justicia; Sísifo fue un hombre maldito que no podía llevar la gran piedra a la cima de la montaña, mientras más lo intentaba, más fracasaba en

de que las sociedades pueden apreciar la justicia y mejorar sus conductas, por más ardua y fatigosa que sea, aún es posible.

Así, ahondando en la historia de la humanidad vinculada a la justicia, vemos que lo ocurrido al griego Sócrates (470 a.C-399 a.C.) que no es una situación muy diferente a lo que lo podría ocurrir a alguien en estos tiempos, en cualquier parte del mundo, donde aún, no se aprecie los valores, los principios, los deberes, las virtudes y todo aquello que debe tener todo buen magistrado, en una labor tan complicada, como es la de Administrar Justicia.

Por esta razón, Sócrates para la historia de la filosofía y de la filosofía del derecho es “una imagen de Justicia”, de aquella justicia de los poderosos frente a un hombre dedicado a la filosofía; que fue desenfocado en su imagen por las autoridades y los enemigos de su tiempo, tan solo por querer hacer cambios en la manera de pensar, es decir, de una manera idónea a la gente de su entorno; imputaciones que se le formularon como el de falta de creencia en los dioses y el de corromper a la juventud, no solo ofendiendo su estatus de pensador, sino, que lo sometieron a un juicio impropio, que ya históricamente ha sido descalificado, en la que curiosamente, dejó con sus actos, la enseñanza al mundo – al menos en su óptica - que aunque las leyes o las autoridades sean malas, sus dictados se cumplen, y esto se verificó cuando pudiendo cambiar su sentencia de muerte por otra menos gravosa no lo hizo, o pudiendo huir como lo hacen los delincuentes, no lo hizo aunque así quisieran sus discípulos, todo por sentirse ciudadano griego, que era en ese entonces lo primordial en la polis griega.

Por ello, siempre he luchado por el Derecho, no solo con la razón de las ideas sino también con las destrezas de la litigación oral, es así, que la “razón” es más fuerte que la “pasión”, pero siempre debe preferirse a la primera, en ello, están los ejemplos del cumplimiento de la ley y el orden, que hay por miles; en la que retomando filosóficamente la vida humana, social, jurídica y política hay que enfocarnos nuevamente en la “justicia”, en la virtud, en los principios, y los deberes, es lo que corresponde a fiscales y jueces

sus intentos, porque se le resbalaba la piedra al pie de la montaña, así, miles de reformas de justicia han caído en saco roto, y se tiene que volver a empezar como Sísifo porque no se han cumplido las metas; es que el problema no es en sí la justicia, o el sistema a que tantos maldicen, sino, el problema es el hombre de cada tiempo, no obstante, tengo esperanza en la humanidad, porque si solo vemos la parte mala de la existencia humana, viviríamos como desenfocados, y vamos a perder; pero, si nos enfocamos bien, veremos, que existen avances significativos en la existencia humana, así, han existido grandes científicos, filósofos y mucha gente buena y exitosa en sus oficios, profesiones, o vidas comunes, formando familias y formando profesionales para el bien común; ahora, señale que la esperanza en dicha obra podría ser mal percibida, por cuanto, estaba como “ente” en la caja de pandora, y cuando ella la abrió, salieron muchos males para la humanidad, quedando en la caja, la esperanza, en ese sentido, la pregunta es ¿Qué hacia la esperanza, en una caja de males? Será cierto, que es la peor para el hombre y la humanidad, porque te hace tener esperanzas en algo, cuando ya no la deberías tener más, por eso, no hay que ser pesimista como Albert Camus, por cuanto, mientras la humanidad sobreviva en el tiempo y en el espacio, muchas grandes cosas se pueden suceder y hacerse también, en ellas, una real convivencia pacífica y ordenada de las sociedades, ya no constatando el hecho del “ser” ruin o no, sino, sino, apuntando al “deber ser”, que no es otro que dirigirse al valor, al “valor de cumplir la norma, con prudencia y seriedad”.

en democracias contemporáneas, así, una manera de luchar con ideas, está en eliminar costumbre medievales, donde se prejuizgaba y condenaba sin pruebas, permitiendo otra época, el de entrar al mundo de la sospecha²¹, como los maestros de la sospecha -en sus tiempos -, entre ellos, Freud, Marx y Nietzsche, quienes eran los que pensaban lo adecuado y razonable en el mundo de las ideas y de la filosofía para su época, felizmente, la filosofía y la ciencias actuales continúan en esa crítica de analizar “el ser” y el “deber ser” del hombre, del Derecho y del mundo, entre ellos, “el mundo del delito”, porque se sospechaba en aquella oportunidad de la “razón”, pero, en el mundo jurídico, la cosa es diferente, para entender “la sospecha legal”, esta guarda relación, con el derecho procesal penal, que ante un mal criterio de la misma puede conculcar derechos fundamentales, es decir, que una mala utilización o imprecisión de los alcances de la misma, puede perjudicar al ciudadano, incluso, podría utilizarse para perjudicar a “enemigos” y beneficiar a los “amigos”.

Es así, que la sospecha no como criterio para evaluar una prisión preventiva, como se hace en nuestros tiempos, sino la sospecha manejada para acreditar la culpabilidad de alguien, como le paso a Sócrates ante algo que seguramente no hizo, pero igual, se le saco del camino para la felicidad de sus enemigos; ahora, independientemente del resultado fatal que le toco en su vivir existencial, es el mensaje que dejó para las nuevas generaciones, como el de tener convicción filosófica, aquí un relato:

Porque así es en verdad, atenienses: que en el puesto donde cada uno se haya colocado a sí mismo por considerarlo mejor o mas honroso, o donde lo haya colocado su jefe militar, allí debe mantenerse firme y arrostrar el peligro, sin tener en cuenta ningún mal, ni la muerte ni cosa alguna, nada, más que el deshonor. Pues bien, yo habría obrado muy mal, atenienses, si mientras en aquellas oportunidades, cuando los jefes que vosotros elegisteis para que me mandaran en Potidea, en Anfípolis y en Delión me asignaron un puesto, me mantuve en

21 A propósito, en el Perú salió el Acuerdo Plenario N° 01-2019/CIJ-116 del diez de septiembre del 2019 –Corte Suprema de Justicia de la República, XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial - ante el cuestionamiento de un posible mal uso, de la prisión preventiva, como es evidente, en ella, se podría afectar la libertad, valor del Derecho Constitucional en sistemas democráticos, porque si bien, existe por parte de los fiscales un fuerte deseo de investigar –que los podría llevar al automatismo de la prisión preventiva -, no debe hacerse lesionando derechos fundamentales que garantiza el sistema, en ese sentido, debe tenerse presente, como señala el Acuerdo plenario, que “la prisión preventiva en modo alguno debe ser la única, ni la forma preferente de alcanzar el aseguramiento del proceso” (...) “La prisión preventiva es, siempre, una alternativa excepcional” (...) “Si se parte de la presunción de inocencia como regla de juicio se exigirá sospecha fuerte, y si se le analiza como regla de tratamiento se requerirá que solo se les imponga, excepcionalmente, cuando se cubran los riesgos de fuga o de obstaculización”. Así, el citado acuerdo plenario hace referencia a la “sospecha” y a los varios tipos de sospecha, entre ellas: las sospechas vehementes o fuertes, esto es graves y fundadas – señaladas en la ley -; sospechas simples, las sospechas reveladoras o las sospechas suficientes, que son propias para iniciar a) diligencias preliminares; b) promover la acción penal o inculpar formalmente a un investigado y c) acusar o enjuiciar a un imputado, todo ello, en el marco de elementos de convicción.

él como cualquiera y expuse la vida, en cambio cuando el dios me asignó un puesto, cual hube de pensar y aceptar, que debía vivir filosofando y examinándome a mí mismo y a los demás, entonces pues, temeroso de la muerte o de alguna otra consecuencia, hubiera abandonado la línea. Muy mal obraría, por cierto, y en verdad, en tal caso, cualquiera podría con justicia hacerme comparecer en juicio por no creer en los dioses, pues desobedecería la sentencia del oráculo, temería la muerte y me figuraría ser sabio sin serlo, ya que es imaginarse que uno sabe lo que no sabe. Nadie sabe, en efecto, si la muerte no es para el hombre el mayor de los bienes; la temen, sin embargo, como si supieran con certeza que es el mayor de los males. ¿Y cómo no ha de ser ignorancia, y la más reprehensible, la de figurarse uno saber lo que no sabe?²²

De las Jurisprudencias:

En seguida, vamos a analizar las siguientes jurisprudencias, sin anotar, los verdaderos nombres, porque lo que interesa es el caso en sí, como caso penal: **Primer caso:** Que, en el mes de septiembre del año 2014 “X” en su condición de Fiscal Adjunto Provincial **solicitó** una dadiva dineraria al Abogado “Y” a fin de decidir sobre la viabilidad positiva del procedimiento de terminación anticipada respecto de su patrocinado “A”, quien es procesado por el delito de tenencia ilegal de armas de fuego en agravio del Estado, cuyo asunto, estaba a su cargo. Que, solicitud de dinero se concreto, en circunstancias que el Fiscal acusado “X” ofreció ayudar al abogado “Y” para que su patrocinado “A” se acoja a la terminación anticipada y obtenga libertad. En contraprestación a esa “ayuda” solicitó el pago de mil soles (S/.1,000.00) y le indicó que ese mismo día le entregue quinientos soles, para que “maneje el tema” y “prepare el documento de terminación anticipada”, así como le dijo que cuando concluya la audiencia debía entregar la diferencia. El Abogado concurrió a las oficinas de Control Interno del Ministerio Público y se configuró una operación de intervención con fotocopiado de los billetes que se entregaría al fiscal acusado y la instalación de una grabadora digital en su cuerpo para que grabara la conversación que sostendría con el fiscal acusado cuando le entregara el dinero. La citada reunión y entrega del dinero se realizó, con el testigo “Z”, la tía del detenido, en ese momento, no se produjo la detención en flagrancia del fiscal “X”, en la que el Abogado “Y” inmediatamente acudió a la Oficina de Control Interno y entregó la grabación.²³ La acusación fue por el delito de Cohecho Pasivo Especifico, en agravio

²² Platón 2001 “Apología de Sócrates”, Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea, pp. 57-59.

²³ Extraído del Recurso de Apelación N° 9-2016/El Santa. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, del 12 de octubre del 2017.

del Estado. **Segundo caso:** Que, “X” en su condición de Fiscal – ya sentenciado con condena firme – estando a cargo de un caso seguido contra “Y” procesado con mandato de prisión preventiva por delito de Robo con agravantes contra quien solicito 20 años de privación de la libertad, le **solicitó** a “B” hermana del procesado “Y” cincuenta mil dólares (\$50,000.00) estadounidenses, a cambio de reducirle la pena a través de un proceso de terminación anticipada, el lugar de encuentro sería una Universidad. la hermana del procesado denunció el hecho ante la Oficina Desconcentrada de Control Interno y entregó la suma de mil soles, que fueron fotocopiados y visados, luego, se realizó el operativo de intervención, pero el acusado cambio de lugar, a la misma fiscalía, lugar donde se entregó un sobre de color blanco con el dinero; luego, el jefe de control interno y personal anticorrupción intervinieron al fiscal y al efectuar el registro se encontró en el escritorio y al interior de una carpeta fiscal un sobre con dinero, deteniéndosele por flagrancia. La otra imputación es contra un defensor público “D” que tenía contacto directo con el fiscal acusado, en la que el fiscal le indicó a la denunciante que coordine con el defensor público, para realizar las negociaciones respecto del dinero requerido, e dos o tres reuniones, la participación de este abogado fue de intermediario directo, ya que promovió y coordinó los encuentros y reuniones con el fiscal acusado, quien le comunico acerca del dinero que le solicitó a la denunciante, es así, que en febrero del 2015, se formulo acusación²⁴ contra el fiscal y el defensor público como autor y cómplice primario, por delito de Cohecho Pasivo Especifico en perjuicio del Estado.

De la Explicación ontológica:

Como vemos ambos casos penales, es cometido por funcionarios públicos en agravio del Estado, en la que, para el presente ensayo, no es de un examen dogmático de este tipo de delitos, sino, de preocupación y alarma, ante la comisión de delitos cometidos por servidores y funcionarios públicos no solo en Perú, sino, en otros lugares de Latinoamérica, no por algo el Código Penal Peruano ha introducido la figura de Soborno internacional pasivo.

Razón, por el cual, reflexionamos que, si es ya preocupante, la comisión de delitos cometidos por ciudadanos, peor, es aún los delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos.

Entonces: ¿Qué es el cargo público y como se llega a él?

Sabemos que un cargo público se puede acceder por votación electoral, como en el caso de presidente de la República, y congresistas del Estado, hay otros, que se llega a través de concurso público, como lo puede hacer la Junta Nacional de Justicia para el

²⁴ Extraído de la Apelación N° 1- 2017 Puno, de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República de fecha 18 de junio del 2019.

caso de jueces y fiscales, además de otros organismos públicos.

¿Por qué se defrauda o engaña al Estado?

Puede ser por la escasa formación en valores en la familia, en el colegio, en las universidades, de la influencia de los lugares donde se habita, la mala influencia de los amigos, el consumo de alcohol o drogas, la pertenencia a fabricas criminales, problemas psicológicos o mentales, y, en general a la débil formación ética.

Cabe precisar que la doctrina peruana a través de la jurisprudencia se está volviendo más orientadora y predictiva en todo el Derecho en general, en la que muchos magistrados peruanos se esmeran, en tener presentes las doctrinas y, aplicar las jurisprudencias vinculantes, como también tener presente la Convención Interamericana contra la Corrupción; así, ya en cuestiones de delitos funcionariales se orienta a ese universo de magistrados para analizar la autoría y la participación, la relación o vinculación funcional y demás; ya no solo es una mera cuestión de política criminal, o de criminológica crítica o de la creación de nuevas modalidades delictivas –en la que se puede pecar de populismo-, también el avance está en la unificación de criterios para combatir eficazmente el crimen, debiendo el operador de justicia obtener una debida formación – capacidades y competencias – y, también aprecio al cargo público; así, en estos últimos años, ya en el caso que nos ocupa, vemos que es lo que hay – “el ser”, el somos, el apetito por el cargo público –y, a que “valor” hay que dirigirnos para cumplir la norma – “el deber ser” -; en concreto, escudriñar la relación del ser humano y la justicia, del ser humano y los cargos públicos, los mismos que sin valores no son trascendentes; por eso, la Administración Pública se debe llenar de valores, principios y deberes para evitar concusiones, colusiones, peculados, malversaciones, cohechos, negociaciones incompatibles, tráfico de influencias, enriquecimientos ilícitos y demás; en la que, al menos normativamente, la misma Administración pública se protege con diversos instrumentos jurídicos, entre ellos, la Ley de Contrataciones en lo que se refiere a las adquisiciones públicas, contrataciones, concesiones u otras operaciones semejantes, apuntando a principios tales como: eficacia y eficiencia, publicidad, igualdad de trato, integridad y demás; siendo lo interesante, que en el caso de los delitos contra la administración pública y corrupción funcionarios, ya no se preocupa tanto en los montos recibidos o solicitados – si son mínimos o máximos -, que más sirven para efectos de determinar la pena, como agravante; sino, en ver a conciencia, “los bienes jurídicos” que se afectan; así, conforme a doctrina, una cosa, es el bien jurídico genérico y otra, el bien jurídico específico – independientemente que sean considerados delitos pluriofensivos - de acuerdo al delito que se está cometiendo, en este caso, en los delitos contra la Administración Pública; ahora, el delito de Cohecho Pasivo Especifico – como el tratado en las jurisper-

dencias - tenemos que el bien jurídico genérico es el correcto y normal funcionamiento de la Administración Pública y el bien jurídico específico, es el de proteger los deberes que brotan del cargo, funciones, atribuciones, desempeños con la fidelidad o lealtad hacia la Administración Pública por parte de los servidores o funcionarios públicos; no está demás tener presente también, a los principios de transparencia e imparcialidad en el desarrollo de las funciones y servicios de los sujetos públicos que deben garantizar en una sociedad democrática; siendo preocupante, que personas como los magistrados, fiscales, peritos, miembros del Tribunal Administrativo y árbitros con dolo, traicionen sus deberes ante el Estado y accedan a los objetos corruptores, como donativo, promesa, u cualquier otra ventaja o beneficio, que a veces, incluye hasta los de tipo sexual, o libros jurídicos, entre otros, pues, la criminalidad al parecer sabe bien de las debilidades del funcionario o del servidor público o avista la codicia que tiene el servidor público por tener lo “soñado” con atajos ilegales; enterándose del desorden moral de su vida funcional y hasta de su vida privada para sacar provecho de esa debilidad o fragilidad humana que le pueda acontecer; es por eso, que unos, como en las jurisprudencias anotados, pueden recibir dineros que solicitan desde unos cuantos soles, hasta los otros, que exigen, gran cantidad de dólares; siempre estará presente la debilidad de la autoridad elegida por votación o la autoridad o servidor elegido por nombramiento – muchos de ellos – por no controlar sus apetitos económicos o de poder, y también por no saber ajustar sus necesidades, dentro los límites fijados en la remuneración que se les asigna.

De la Explicación axiológica:

Aquí, podemos formular otras preguntas: ¿Por qué no se aprecia el cargo público?, ¿Qué tanto nos importa la Democracia?

A la primera pregunta, será porque no les importa, ni su nombre, familia o nación; a la segunda pregunta, nada, poco o mucho, eso va de acuerdo a la persona; pero sí, en efecto a la democracia sí importa, y le importa – al serio y responsable - el respeto al “cargo público”, a pesar de las carencias que podría tener el funcionario o servidor público, es más, pienso, que es una cuestión de formación o de capacidades, definitivamente, es en el cargo público en la vida democrática donde esta idea del “**ojo al guía**” cobra fuerza; si el guía o líder es bueno, probablemente lo serán los demás; lo axiológico atrae al valor, lo estimativo también, cuando se escoge el valor adecuado con prudencia.

Por ello, una de ellas, de aspiración a valores en la lucha contra la corrupción, es positiva, cuando por ejemplo los doctrinarios o la jurisprudencia en materia de delitos funcionariales, establecen “la relación funcional del hecho” para sancionar; cuando aquel “extraneus”, no quiere ser comprendido como tal, y lo es, en calidad de cómplice o instigador; y se hace compartida esta “idea” en la Administración de Justicia, cuando

lo comprende para sancionarlo debidamente; es para mí, en mi condición de docente y magistrado un logro más de la justicia, un logro axiológico, además de un gesto para el ciudadano que los saqueadores de los caudales y efectos del Estado no queden libres de sanción penal; en que sí bien, varios juristas discrepan - la tolerancia ante todo -y no están de acuerdo con dicha figura jurídica, al señalar que dichas personas no incurrir en una infracción de deber cuando se apropia de los bienes del Estado que percibió, al no tener la competencia en el cargo público, por lo no tanto no existe tal deslealtad; sin embargo, si son considerados como tal, porque de facto, tenían la obligación de custodiar u administrar lo que recibe, de allí, que los tribunales interpretan bien y sancionan válidamente a estos cómplices en dichos delitos, en la que la teoría de los delitos de infracción del deber de Roxin (1931) ha ayudado mucho al Perú, mucho más, que la opinión de Jakobs (1937), así Claus Roxin utiliza la doctrina para saber quién es autor y quien es cómplice en estos delitos y se adecua su teoría mucho mejor para cuestiones penales que deben ser debidamente sancionadas.

De la Explicación epistemológica:

Una de las personalidades en el mundo jurídico que le dio alta calidad al mundo del Derecho es el austriaco Hans Kelsen (1881-1973), y, si bien tiene diversas obras, la que es más comentada y examinada es

La Teoría Pura del Derecho”, en la que nos enseña *sobre que el Derecho es una ciencia normativa*, por cuanto su “objeto” son las normas jurídicas; así, menciona que “Quiere mantenerse como teoría, limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preocuparse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia jurídica y no una política jurídica.”²⁵

Kelsen también nos señalaba la importancia del Derecho, para ello, la visionaba como norma o hecho: “el “ser” y el “deber ser”, haciendo una división desde el punto de vista que se tome, a que uno, piense que el Derecho es un hecho y dos, a que el Derecho no es un hecho sino una norma; sobre lo primero, tenemos que

los hechos son el objeto de la ciencias naturales: la Física, la Química, la Biología, la Psicología, la Sociología. En consecuencia, de

²⁵ Kelsen, Hans.
1987 “Teoría Pura del Derecho”, Lima, Perú, Ediciones “Wisla”, p.13.

acuerdo con este punto de vista del Derecho, la doctrina o ciencia del derecho no se diferencia esencialmente de estas ciencias naturales. A semejanza de estas ciencias la doctrina jurídica describe su objeto con enunciados o declaraciones en el sentido de que algo es o no es, es decir, mediante enunciados o manifestaciones del ser. De acuerdo, al otro punto de vista, el Derecho no es un hecho, sino una norma. En virtud de que el término “norma” es utilizado para caracterizar el objeto de la ciencia del Derecho, significa: que algo debe ser o debe ser realizado, aun cuando en realidad no sea o no hay sido realizado. Una norma tiene el carácter de una orden o mandamiento y comúnmente se expresa lingüísticamente en forma imperativa como, por ejemplo, los Diez Mandamientos de Dios²⁶,

entonces, tendríamos que analizar “el significado” o el “sentido” que da entender el uno, el “ser” o el otro, el “deber ser” en relación – dinámica o dialéctica - o cada uno por separado; así refiere que:

Nos percatamos especialmente del “deber ser” como algo diferente del “ser”, si el primero, el “deber ser”, es el significado de un acto de un individuo intencionalmente dirigido a la conducta de otro individuo²⁷; por último afirma que: “Si no es solamente el sentido subjetivo del acto, sino también el objetivo de que algo deba hacerse, a este significado se le llama norma. Es importante distinguir claramente entre la descripción del acto cuyo significado es una norma y la descripción de una norma que es el significado del acto. El uno es un enunciado de ser, el otro enunciado del deber ser.²⁸”

Por ende, el derecho es también una cuestión epistemológica, y también el hombre; por cuanto uno ve al “hombre” tal como es y al “Derecho” tal como es, es decir, en su “ser”; pero, por cuestiones de progreso del hombre y del Derecho, se espera un buen acatamiento de la norma en su significado, dimensión y sentido del “Deber ser” , una valoración del hombre y del Derecho, en una relación al cambio dinámico o dialectico, es decir, a esa historia dialéctica, que en el intercambio del flujo entre el ser y el deber ser de la esencia humana, encuentre, viabilidad de verdadero progreso y civilización partiendo de la esencia humana hacia todo aquello que le rodea, esto, es entendido ya no

26 Kelsen, Hans. 1993 “Introducción a la Teoría Pura del Derecho”, Lima, Perú, Ediciones Luis Alfredo, p.16

27 Kelsen, Hans; *op. Cit.*, p. 18.

28 Kelsen, Hans: *op. Cit.*, pp.18-19.

de una lectura o estudio común, sino científico y más bien filosófico, porque una cosa es saber algo vago, confuso como un pensamiento “común”, otro, es saber con “métodos” lo que algo significa, en forma sistemática, legal y demás características que exige la ciencia, como un pensamiento “científico”, y otro es saber cómo reflexión profunda, totalizadora del conocimiento humano que hace la filosofía, en este caso, no cualquier tipo de filosofía, sino, a la epistemología, que es para algunos ciencia de la ciencia y para otros filosofía de la ciencia, éste último, para entender la relación en el hombre y “el mundo del delito”, en cuanto cumple o quebranta la norma, le da peso o la banaliza, como contestando ¿Por qué y para qué el ser humano delinque?, entre otras cuestiones más, importantes de resolver en la comprensión humana y su entorno.

3 CONCLUSIONES

Primero: Que, no quise pasar la oportunidad, antes de terminar las ideas, y preguntarme y responderme en el presente ensayo, sobre el papel que juegan el hombre y las instituciones, y las instituciones en el comportamiento humano, y así lo he hecho, pensando, que existe una relación históricamente dialéctica entre el hombre y el “mundo del delito” dada la esencia humana, libre, pero, inquietante, rebelde hasta transgresora de la norma, por lo cual, se puede entender mejor el “ser” y se puede llegar a entender mejor el “deber ser”, entre ellos, de una manera poliédrica.

Segundo: Que, el tema de la “virtud” y “el vicio” en el comportamiento humano siempre está presente en el hombre, opera para él, para la comunidad y para las instituciones. En ese sentido, fue acertado cuando Hegel (1770-1831) filósofo de la Modernidad, resaltó la importancia de estudiar a “las instituciones”, porque de la manera como somos o nos comportamos “construimos” las instituciones que nos rigen, claro, esperando, que se cumpla el “deber ser”; así en la historia de la humanidad se ha instituido en la idea de la familia, la idea de propiedad, la idea de los contratos, la idea de los delitos, entre otros, y ellos, son importantes en el entendimiento de la Filosofía y el Derecho, para darle vía segura y perpetuidad a la Sociedad - valores -, en ello, los criterios políticos, sociales, económicos, culturales y jurídicos juegan un papel importante si se perfecciona la idea, de aquello que en especial en su historia dialéctica llamamos “justicia”, en que pienso, que la justicia es aquello que te hace bien a ti, a mí y a los demás, en la que nadie debe ser excluido; en esa labor, aún están los filósofos y los científicos, y porque no, lo poetas, hay que cuidar al humano, a las instituciones y a las sociedades democráticas en Latinoamérica, porque así, como aparecen las instituciones podrían

desaparecer²⁹, de ahí, la importancia de luchar por mantener el Derecho justo y a las mejores instituciones democráticas, que forman al hombre en deberes y obligaciones.

Tercero: Que, es así, que el “hombre sin conocimiento”, la “comunidad sin conocimiento” y las “instituciones sin conocimiento” no tendría sentido si no conocen los “valores”, los “principios”, “los deberes” y las “reglas”, entre otros, pues, una sociedad democrática necesita del esfuerzo y también del doble esfuerzo que deben tener ciudadanos y autoridades por cumplir las leyes y aspirar además de la justicia, al Bienestar común, para ello, hasta un irresponsable o instituciones irresponsables, por últimos sociedades irresponsables, pueden variar o cambiar su destino para bien, entre ellos, las normas de comportamiento, de instintivas a razonables; porque lo razonable o el buen “habito” puede ayudar en ello, es decir, a los fines del hombre, de las instituciones y de la sociedad; sobre el “hombre” y su relación con “el mundo del delito” siempre se verá como una opción, no de costo o beneficio, sino, de razón a valor, además de principio de buena fe, de dejar a la sociedad no igual que cuando un ser humano llegó al mundo, sino, mucho mejor, que cuando ya no estará en el. Ese es un deber ciudadano.

Cuarto: Que, muchas teorías se podrían tener en cuenta, para entender el comportamiento humano, pero, no está demás, una incidencia filosófica, que vea al hombre en lo que decide, o en lo que hace, así, si miente es mentiroso, si roba es ladrón y si dice o hace estupidez alguna, es un estúpido; y en cuanto a la incidencia jurídica, dejamos para “pensar” las palabras de Kelsen:

Pues la distinción esencial entre el principio de causalidad y el de la imputación normativa consiste en que en el caso de la causalidad, la vinculación de los elementos es independiente de un acto de la voluntad humana o sobrehumana mientras que en la imputación, la vinculación es creada por un acto de la voluntad humana cuyo sentido es una norma.³⁰

29 En el caso de las “instituciones”, había una vez en el Perú, el “juramento decisorio”, regulada en un código de procedimientos, que consistía, en que una parte difiere a la otra para hacer depender de él la decisión de la contienda, siendo personal, obligatoria, irrevocable y definitiva, se tenía mucho fe en utilizarla, es una institución, que funciona en una época, porque el cumplir la palabra no solo era un deber sino un acto de decencia en personas de hace cuarenta o cincuenta años, el día de hoy no solo hay practica de la “mentira”, sino, del “cinismo, por eso, como institución, desapareció. Un ejemplo de ellos, es si hace cincuenta años alguien debía una suma de dinero a otro, se practicaba, dicho procedimiento, en que se actuaba con veracidad; en estos tiempos, que se actué así, ya no es seguro. En ese sentido, ya no solo es dudable la “certeza legal”, sino incluso, la “certeza moral”, al respecto se señala que, “la verdadera certeza moral es la disposición de querer lo que es bueno en sí (an sich) y para sí; por eso tiene principios firmes y precisamente estos son para ella los deberes y determinaciones objetivas para sí” Hegel 2013 “Filosofía del Derecho”, Afa Editores Importadores S.A., p. 154.

30 Kelsen, Hans

2006 ¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?, México, Distribuciones Fontamara, pp. 12-13.

consiguientemente, el “entorno del hombre” sirve para conocerse y analizarse como es y cómo funciona, entre ellas, la Sociedad, La ley, la democracia y su relación con la libertad humana; si bien desde siempre hemos estado rodeados en ese entorno de preservar valores, principios, deberes, reglas y virtudes, solo se podrán tener, cuando exista, un cambio de “actitud generacional” de los seres humanos en relación a los fines superiores que deben conservar, como son la vida humana³¹, la dignidad, la libertad, los derechos humanos, la debida y adecuada información, así como, el respeto a la opinión en sí; para eso, hay que combatir la mentira, la mala política, el desorden económico y todo aquello que desenfoque o sofoque a la autentica libertad, siendo así, les expreso: *¡seréis, lo que su voluntad y su carácter los llevéis*”.

THE WORLD OF CRIME: A DIALECTICAL HISTORY BETWEEN BEING AND WHAT SHOULD BE OF THE HUMAN ESSENCE? ONTOLOGICAL, AXIOLOGICAL AND EPISTEMOLOGICAL EXPLANATIONS

ABSTRACT

This essay proposes to study and analyze the dialectical relationship between the human being as an entity –essence- and the world of crime –circumstance-, based on a history and a casuistry, for which the study is deployed, in a double perspective; the first, that of the crime committed by citizens and, the second, that of the crime committed by public authorities, but not only from a legal point of view, but also as a multi-faceted vision -of several faces-, taking into account that man - person - and the Law is not only a “being” but also a “must be”, analyzing not only philosophically, but also in it, the due ontological, axiological and epistemological approaches for the better understanding of man and Law in its becoming.

Key words: dialectical relationship, essence, world of crime, crimes of citizens and crimes of authorities, polyhedral vision.

REFERENCIAS

Braun, Ricardo. **¿Qué soy yo? Una introducción a la filosofía de la mente y de la**

31 Villalobos Caballero, Miguel Angel.

7 de febrero del 2020 “los límites de la mentira”, Huancayo, Perú, Diario Correo, en dicho artículo comento como columnista, que “El manejo del mundo, no puede limitarse a ser tolerante, para no parecer intolerante, siendo así, una justicia de patas, no puede ser mejor que una justicia de principios, tampoco una ciudadanía desinformada no puede ser mejor, que una ciudadanía cultivada en la verdad.” P.8.

psicología. Lima, Perú, Fondo Editorial Universidad de Lima. 2009.

Bustos Ramírez, Juan; Roberto Bergalli y Miralles, Teresa. **El Pensamiento criminológico.** Volumen I, Bogotá, Colombia, Editorial Temis. 1983.

Giusti, Miguel. **Diario El Comercio.** Lima, Perú: 26 de setiembre del 2020.

Kelsen, Hans. **Teoría Pura del Derecho.** Lima, Perú. Ediciones “Wisla”, 1987.

_____. **Introducción a la Teoría Pura del Derecho.** Lima, Perú: Ediciones Luis Alfredo. 1993.

_____. **¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?** México: Distribuciones Fontamara. 2006.

Hynd, Alan. **El Mundo del Delito.** Barcelona, España: Editorial Bruquera. 1961.

Leclerq, Jacques. **Las grandes líneas de la filosofía moral.** Madrid, España: Biblioteca Hispánica de Filosofía. 1960.

Miró Quesada Rada, Francisco. En el Perú, la política es lo que es” artículo. **Diario El Comercio.** Lima, Perú. 22 de setiembre del 2020.

Océano. **Atlas Universal de Filosofía.** España. 2004.

Platón. **Apología de Sócrates.** Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea. 2001.

Villalobos Caballero, Miguel Angel. **Algunas precisiones fenomenológicas sobre la ética y la justicia en la magistratura – Reflexiones sobre la justicia contemporánea.** Lima, Perú: Revista de Investigación de la Academia de la Magistratura. 2019.

Villalobos Caballero, Miguel Angel. Los límites de la mentira. **Diario Correo.** Huancaayo, Perú. 7 de febrero del 2020.

Yacobi, Guillermo. **El sentido de los principios penales.** Buenos Aires, Argentina: Eurus Editores, 2014.

Resoluciones Judiciales y demás:

Acuerdo Plenario N° 01-2019/CIJ-116 del diez de setiembre del 2019 –Corte Suprema de Justicia de la República, **XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial.**

Extraído del **Recurso de Apelación N° 9-2016/El Santa.** Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, del 12 de octubre del 2017.

Extraído de la **Apelación N° 1- 2017 Puno,** de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República de fecha 18 de junio del 2019.

Código Penal Argentino.

Código Penal Peruano.

APONTAMENTOS SOBRE O
CONCEITO DE GÊNERO E SUAS
ARTICULAÇÕES COM O DIREITO

*NOTES ON THE CONCEPT OF
GENDER AND ITS ARTICULATIONS
WITH THE LAW*

APONTAMENTOS SOBRE O CONCEITO DE GÊNERO E SUAS ARTICULAÇÕES COM O DIREITO¹

*NOTES ON THE CONCEPT OF GENDER AND ITS
ARTICULATIONS WITH THE LAW*

Brenda Capinã Botelho Costa²

RESUMO

Em áreas como a sociologia, a filosofia e a psiquiatria, discussões sobre questões como sexo e gênero têm sido realizadas desde a segunda metade do século XX. Nesse trabalho, com base em pesquisa bibliográfica, intenta-se por apresentar o conceito de gênero e apontar algumas de suas articulações com o Direito. A compreensão deste fenômeno social tornou-se imprescindível para juristas, porquanto o direito à identidade de gênero passou a ser reconhecido em documentos internacionais como os Princípios de Yogyakarta e, no Brasil, tem sido entendido enquanto um direito da personalidade, com base em precedentes das cortes superiores pátrias.

Palavras-chave: Gênero; Direito à identidade de gênero; Construção social.

1 INTRODUÇÃO

Em 2006, foi formado um grupo de juristas de todo o mundo, que se reuniu na Indonésia, para desenvolver princípios internacionais que orientassem os Estados à proteção de direitos humanos de pessoas discriminadas em razão de orientação sexual e identidade de gênero. Assim, os “*Princípios de Yogyakarta sobre a Aplicação da Legislação Internacional de Direitos Humanos em relação à Orientação Sexual e Identidade de Gênero*” foram apresentados no ano seguinte ao Conselho de Direitos do Homem da Organização Internacional das Nações Unidas. Nos termos do referido documento internacional, a identidade de gênero refere-se à compreensão íntima que cada indivíduo tem de si, abarcando o olhar subjetivo sobre o próprio corpo e outras expressões externas.

¹ Data de Recebimento: 02/10/2020. Data de Aceite: 23/11/2020.

² Especialista em Direito Público pela Faculdade Baiana de Direito. Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Assessora no Ministério Público do Estado da Bahia. E-mail: brendacapinan@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6675371252505194>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0471-2326>.

Já a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, aprovada em 2013, na 43ª Assembleia Ordinária da Organização dos Estados Americanos (OEA), desponta como o primeiro documento internacional com força vinculante, que veda expressamente discriminações praticadas em razão de orientação sexual, identidade e expressão de gênero. A convenção foi assinada pelo Brasil, embora sua ratificação ainda se encontre pendente.

No cenário brasileiro, embora ainda não exista uma lei específica para o reconhecimento do direito à identidade de gênero, este já foi reconhecido pelas cortes superiores pátrias em diversos julgados. Como se pode observar, a questão do reconhecimento jurídico do direito à identidade de gênero é recente, e pode ensejar discussões complexas e interdisciplinares. Sendo assim, nesse trabalho, buscamos, trazer uma compreensão inicial sobre o conceito de gênero, bem como apontar algumas de suas inter-relações com o campo do Direito.

2 O SER HOMEM E O SER MULHER

Durante a história, a divisão entre homens e mulheres com base em seus sexos biológicos, encarados enquanto duas categorias de gênero opostas, perpetuou-se como dogma absoluto até o final do século XX. Não obstante tenha existido, nos diferentes períodos, a fluidez de elementos, como a homossexualidade desempenhada por homens na Grécia Antiga, ainda assim, naquela cultura, tal característica encontrava-se de acordo com o que era esperado no desempenho da masculinidade.

Metaforicamente, pode-se dizer que duas arcas sempre existiram: uma para representar o que é ser homem, e outra, para representar o que é ser mulher. Mesmo que, em diferentes épocas, os atributos colocados dentro de cada uma dessas arcas pudessem sofrer variações, a própria existência desses espaços bem delimitados sempre esteve presente. Esses atributos formam, então, o ideal de masculinidade e de feminilidade representativos de um tempo.

Explica Lauretis (1987) que as noções de que masculino e feminino pertencem a categorias complementares, mas excludentes, que formam sistemas simbólicos nos quais o sexo de um indivíduo é diretamente relacionado com os valores que este deve adotar e sua posição na hierarquia social. Embora esses significados possam ter variações em cada cultura, o sistema que mantém essa classificação dicotômica, em que todas as pessoas devem ser inseridas em um grupo ou em outro, relaciona-se com aspectos políticos e econômicos que ditam as práticas sociais.

Na concepção de Foucault (1988), ainda na atualidade, o mundo ocidental se sujeita aos modelos de comportamento fixados na era vitoriana, chamada pelo filósofo de

“Idade da Repressão”, que teve início no século XVII e se estabeleceu firmemente no século XIX. Por conseguinte, depreende-se que os padrões de gênero vigentes ainda guardam forte relação com os ideais estimulados no período de ascensão da burguesia capitalista, relacionados com posições de passividade feminina em contraposição à uma masculinidade viril.

Dessa forma, aqueles que intentavam transitar entre os gêneros passaram a ser tratados como possuidores de condições patológicas, mantidos em espaços manicomiais e confessionais. Isto porque a noção binária de que o masculino e o feminino se contrapõem, baseia-se na ideia de que o sexo determina o comportamento, assim como o faz com todos os demais aspectos que constituem o sujeito. A reprodução desse discurso, então, enfatiza uma concepção determinista de que *“a natureza constrói a sexualidade e posiciona os corpos de acordo com as supostas disposições naturais”*. (BENTO, 2012, p. 17)

No campo científico, somente a partir de Freud, foi iniciado o debate acerca das diferenças de personalidade entre homens e mulheres, até então amplamente consideradas inatas. A teoria psicanalítica freudiana, na década de 1920, é considerada um prelúdio dos estudos atuais sobre gênero e sexualidade.

Segundo Freud, os bebês se ligam à mãe, e esta se torna um objeto de desejo. Assim, em um complexo de Édipo, o menino desenvolve apego à sua genitora e rivalidade com seu pai, sendo este o estágio pré-falico. Entretanto, com a percepção do falo e do afastamento materno, após o aleitamento, o garoto passa a vislumbrar o seu pênis como um prêmio pela separação e um elemento diferenciador, de maneira que, pelo medo da castração, dissocia-se de sua mãe e passa a identificar-se com a figura paterna. Assim, para o psicanalista, as diferenças entre meninos e meninas iniciam-se a partir de suas diferentes reações à percepção das distinções entre os sexos. Em momento posterior ao período pré-falico, portanto. Ao invés de descobrir sua masculinidade, este que era, segundo Freud, o estágio natural, a garota percebe que não possui um pênis, então, desenvolve a ideia de que foi castrada, sofrendo pelo resto da vida de inveja do falo, revoltando-se com sua mãe por ter lhe enviado ao mundo “incompleta” e mudando o seu objeto de desejo para a figura do pai. (PERSON; OVESEY, 1983).

As questões atinentes às diferenças entre masculino e feminino são recorrentes na obra freudiana. Embora o psicanalista tenha enfrentado críticas e, posteriormente, reformulado aspectos de sua teoria, a noção de que, o objeto de desejo e determinados traços da personalidade feminina eram desenvolvidos em decorrência de um trauma, foi a primeira construção teórica a considerar a transitoriedade entre caracteres, outrora ligados, especificamente, a homens ou a mulheres, durante o processo de formação do indivíduo e serviu de insumo para que, posteriormente, em diversas áreas, a ideia de feminilidade e masculinidade imutáveis pudessem ser questionadas.

No campo sociológico, em 1921, Mathilde Vaertering, professora universitária alemã, em seu livro “*O sexo dominante*”, criticou a concepção de um caráter fixo masculino contraposto a um caráter fixo feminino, argumentando que estas, basicamente, reproduziam relações de poder, já que, em sociedades matriarcais, os homens podiam assumir comportamentos que, na Europa, eram associados à feminilidade. Essa, então, foi a primeira teoria social estendida do gênero, porquanto a autora estabeleceu correlações entre padrões psicológicos e contexto social, demonstrando que o sexo biológico não determinava os sujeitos. (CONNELL; PEASE, 2015).

Em 1949, Simone de Beauvoir, partindo da psicanálise, da filosofia e da literatura, afirmou que as mulheres eram vistas pela perspectiva dos homens como um “outro”, em tudo oposto e submisso. A filósofa também pontuou que estas poderiam responder à opressão por meio da construção de si próprias, a qual perpassa a construção de um “ser mulher” de maneiras diversas, conforme os projetos de vida e aptidões das próprias mulheres que, assim, estariam subvertendo a ordem vigente. Esta concepção é, até hoje, a base de movimentos feministas em todo o mundo, que incorporaram a ideia de gênero como um constructo social no afã de refutar preconceitos fundados em dogmas construídos ao longo dos séculos, os quais, em síntese, pregam que mulheres, naturalmente, devem ocupar espaços delimitados ou possuir determinadas características. O mesmo raciocínio empregado na construção de uma identidade feminina pode também ser entendido aos homens, embora este não tenha sido o foco da autora.

Nos Estados Unidos, nas décadas de 1940 e 1950, Talcott Parsons desenvolveu a teoria dos papéis sociais/sexuais, cujos valores culturais, propagados pelas instituições, são internalizados pelas pessoas durante o processo de crescimento, de maneira a refletir nas ações e escolhas desses indivíduos. Segundo o sociólogo norte-americano, a família atua como um elemento crucial na constituição da sociedade, tendo em vista que serve à manutenção do *status*, considerado como a estrutura, o lugar que um ator social deve ocupar, e dos papéis, estes que são desempenhados a partir da interação com outros atores, consoante as expectativas dos sujeitos e o contexto em que se relacionam. A maneira como os papéis são distribuídos é, então, um pilar do sistema social, que se assenta nas organizações familiares. (GRANT, 2014).

Na infância, o nascimento com determinada genitália configura-se em um padrão inicial de alocação em um determinado papel social, cuja adequação estrategicamente integra o indivíduo ao sistema. É também nesse período que começam a se desenvolver os papéis sexuais, estimulados pelos genitores por meio de recompensas aos comportamentos entendidos como adequados à assunção de uma sexualidade saudável, o que, conseqüentemente, acaba por moldar a personalidade do infante conforme certos caracteres incorporados à sua percepção de si mesmo. Essas características lhes foram impostas desde o nascimento para fins de manutenção do sistema social. (GRANT, 2014).

3 O PARADIGMA MÉDICO

Com base na teoria dos papéis sociais, o psicólogo e sexólogo John Money foi o primeiro a cunhar o termo “papal de gênero” (*gender role*). Em estudo sobre pessoas hermafroditas, o pesquisador constatou, em artigo publicado em 1955, a possibilidade de existir diferença entre o “sexo biológico” do indivíduo e o seu “sexo psicológico”. O autor norte-americano apontou que os aspectos biológicos, como os níveis hormonais, agem no momento da formação do sistema reprodutor do bebê, de maneira que, posteriormente, já no campo dos signos, as genitálias acabam por funcionar como viés de direcionamento à designação de um gênero para a criança e, a partir disso, suas interações sociais se pautam neste atributo que lhe é conferido. Essa estipulação de um gênero é, portanto, crucial para o desempenho de um papel associado ao masculino ou ao feminino. (LATTANZIO et al, 2018).

Conquanto o pesquisador tenha sustentado a relevância da sociabilização para o desempenho de um determinado papel de gênero, Grant (2015) salienta que aquele não acreditava haver preponderância do fator social sobre o biológico, embora pudessem gerar casos de assunção de um gênero diferente do “natural”. Assim, gênero se constitui em:

Todas as coisas que uma pessoa diz ou faz para se revelar como tendo o status de menino ou homem, menina ou mulher, respectivamente. Isto inclui, mas não se restringe à sexualidade, no sentido do erotismo. O papel do gênero é avaliado em relação aos seguintes aspectos: maneirismos gerais, conduta e comportamento; tópicos espontâneos levantados em conversas não planejadas e comentários casuais; conteúdo dos sonhos, devaneios e fantasias; respostas a perguntas oblíquas e testes projetivos; evidência de práticas eróticas e, finalmente, as próprias respostas da pessoa diante de questionamento direto. (Money, 1973, p. 397. Tradução nossa).³

Money, ao revisar seu trabalho na década de 1970, sentiu a necessidade de exprimir a diferença entre os termos “papal de gênero” (*gender role*) e identidade de gênero (*gender identity*). Enquanto o primeiro diz respeito ao comportamento e é aferível empiricamente, o segundo se relaciona com a visão que o sujeito constrói de si mesmo

³ Do original: All those things that a person says or does to disclose himself or herself as having the status of boy or man, girl or woman, respectively. It includes, but is not restricted to sexuality in the sense of eroticism. Gender role is appraised in relation to the following: general mannerisms, deportment and demeanor; spontaneous topics of talk in unprompted conversation and casual comment; content of dreams, daydreams and fantasies; replies to oblique inquiries and projective tests; evidence of erotic practices and, finally, the person's own replies to direct inquiry.

em sua esfera íntima. Destarte, para o psiquiatra, “*identidade de gênero é a experiência privada do papel de gênero, enquanto este é a expressão pública da identidade de gênero*”. (MONEY, 1973, p. 399)⁴

Stoller, por sua vez, criou o termo “núcleo de identidade de gênero” (*core gender identity*) para designar a identificação pessoal do sujeito com o gênero feminino ou masculino. Este, também psiquiatra norte-americano, em ruptura com a teoria freudiana, propôs que a feminilidade é o gênero inicial que se apresenta em crianças ambos os sexos, o que chamou de “*protofeminilidade*” (*protofemininity*). Segundo propôs, nas fases iniciais da vida humana, tanto meninos quanto meninas criam uma identificação com a mãe, não necessariamente em decorrência de um desejo sexual, mas de uma relação simbiótica com a genitora, porque, em um primeiro momento, a criança não se vê como um sujeito independente daquela. Para as meninas, o desenvolvimento de sua própria feminilidade é mais fácil, uma vez que já tinham um reconhecimento inicial com o gênero feminino. Todavia, no que tange aos garotos, estes precisam passar por um processo de “*desidentificação*”, já que, diferente do que Freud presumiu, o menino não nasce heterossexual, mas, sim, precisa se separar da mãe enquanto indivíduo e construir a sua própria masculinidade. (PERSON; OVESEY, 1983) Para Stoller, esta era a causa de haver maior incidência entre homens de comportamentos que, à época, eram entendidos como transtornos relativos à identidade de gênero⁵, tendo o pesquisador se enveredado por estudos da transexualidade⁶.

O psiquiatra, então, defende que a identidade de gênero é uma ilusão criada pelo indivíduo diante do ambiente em que este se encontra inserido, com destaque à influência do núcleo familiar. Stoller chega a afirmar que as interações da mãe com o bebê, desde a amamentação até os afagos, são diferentes para com meninos e meninas, o que contribui para o desenvolvimento de caracteres femininos ou masculinos, associados a partir da aprendizagem proporcionada por essas experiências não traumáticas. (GRANT, 2015).

Como crítica a Money e Stoller, Cyrino (2013) sinaliza que ambos os pesquisadores

4 Do original: Gender identity is the private experience of gender role, and gender role is the public expression of gender; identity.

5 Em crítica a Stoller, Person e Oversey (1983) afirmaram que todas as crianças passam por um processo de “*desidentificação*” para que possam se entender enquanto indivíduos diferentes de suas mães, bem como que o medo da separação pode causar impactos psicológicos e distúrbios em meninos e meninas, dentre eles o transtorno de borderline e o autismo. Sinalizaram que a construção de Stoller acaba por não respeitar o seu próprio princípio e confunde os conceitos de sexo e gênero. Isto porque, embora o primeiro adulto cuidador do bebê seja, geralmente, do sexo feminino, isto não garante que características associadas à feminilidade estejam presentes na genitora. Além disso, criticam a inferência de que a identidade do indivíduo pode ser vislumbrada com base em seu comportamento, uma vez que podem existir diferenças entre a percepção que o sujeito tem de si e o seu modo de agir, logo, uma garoto que tem comportamentos “*femininos*”, não necessariamente se percebe enquanto menina.

6 Carolina Grant (2015) explica que, para Robert Stoller, o transexualismo é uma síndrome cujas raízes se encontram na infância do indivíduo, em razão da relação deste com sua mãe. Com base nos estudos de Henry Benjamin, o psiquiatra norte-americano criou a concepção do “*transexual verdadeiro*” com o intento de propiciar diagnósticos precisos e criação de protocolos médicos para tratamento.

concluíram que, a partir de determinada idade (para o primeiro, entre dois anos e meio, e para o segundo, entre dois e quatro anos), o gênero desenvolvido consolidava-se em definitivo no psicológico da pessoa. Isto acabou sujeitando os indivíduos a uma dupla categorização: primeiro, baseada no sexo biológico, e outra, com base no gênero assumido, o que não se diferenciava de um processo de categorização sexual. Logo, no que tange ao meio médico, o foco continuava voltado a descobrir o “verdadeiro sexo” do paciente, conquanto este tenha passado a não se resumir à genitália, mas, também, a aspectos psicológicos. No entanto, conforme pontuado pela autora, o argumento de que o gênero consolidava-se de maneira irreversível serviu para a defesa das cirurgias de redesignação sexual, já que, diante dos avanços médicos, o sexo biológico, diferente da psique, poderia passar por um processo de adequação.

Ainda no campo das críticas, Person (2004), em observação do contexto da psicanálise e da psiquiatria nos primórdios do desenvolvimento da ideia de gênero, expressou que a dimensão política foi completamente ignorada pelos estudiosos da época, incluindo ele próprio. Segundo sua concepção mais moderna, sexo e gênero não podem ser entendidos como consequências do extinto ou da primeira infância, porque a compreensão da história, modelada pelas interações entre pessoas e os fatores de poder, seja no âmbito pessoal ou político, é importante para que o terapeuta possa captar as paradoxais e ricas manifestações expressas pelos sujeitos.

4 SEXO, GÊNERO E CONSTRUÇÕES SOCIAIS

Embora tenha tido origem na psiquiatria, o conceito de gênero se tornou popular a partir dos movimentos feministas norte-americanos de segunda onda. O contexto de luta pelos direitos das mulheres e dos homossexuais cresceram na década de 1960 em razão de mudanças, como a pílula anticoncepcional, e a inserção da mulher no mercado de trabalho, que permitiram olhar para o sexo como algo que vai além da finalidade reprodutiva. Dessa forma, como a produção de conhecimento é influenciada, consideravelmente, pelas demandas sociais, esses movimentos tiveram reverberação no campo acadêmico. (GROSSI, 1998).

Nesse ínterim, estudos que explicitavam o caráter inteiramente social na formação das identidades femininas e masculinas visavam a evidenciar que, por não haver uma determinação natural norteadora das práticas empreendidas por homens e mulheres, as ideias de gênero associados a características biológicas superiores atribuídas aos homens consistiam em uma construção social imposta às mulheres como via de dominação. Lauretis (1987) destaca que esse sistema sexo-gênero é mantido por meio de uma ideologia. A autora recorre ao conceito formulado por Althusser, segundo o qual a

ideologia serve para governar as existências dos indivíduos e, também, para formá-los. Sendo assim, ideologia dominante, no sentido de um conjunto de ideias e valores, permite uma dominação socioeconômica, além de fixar padrões de gênero culturalmente construídos: uma ideologia de gênero⁷, portanto, a qual serve para formar sujeitos femininos subalternos aos homens.

Scott (1989) aponta que, não obstante esta formulação sobre gênero aponte o caráter socialmente construído deste fenômeno, esta não é explícita como as relações de gênero operam, ou como podem ser modificadas, de forma que alterem os paradigmas históricos estabelecidos. A historiadora, então, propõe uma dupla definição de gênero: é um elemento que constitui relações sociais com base nas distinções percebidas entre os sexos, bem como uma maneira inicial de conferir significado a relações de poder.

A inclusão do poder como elemento das relações de gênero tem relação com as teorias desenvolvidas por Michael Foucault. Isto porque, conforme o filósofo pós-estruturalista francês, o poder, enquanto rede produtiva, passa por todo corpo social, criando coisas, instigando o prazer, formando saber e discurso. O pensador rompeu com a ideia tradicional de que o seu exercício encontrava-se concentrado, exclusivamente, nas instituições, visto que defendeu que o poder encontra-se espalhado no tecido social, agindo para além da repressão, mas por meio de fenômenos complexos que não se subsomem à dialética hegeliana. Para explicar essa luta constante, Foucault (2015) utiliza o exemplo do autoerotismo: durante o século XVIII, a masturbação era uma prática altamente reprimida, considerada como uma ameaça ao desenvolvimento saudável dos jovens e motivo de constante vigilância. Como contrafeito, acabou por ocorrer a acentuação dos desejos dos indivíduos sobre seus próprios corpos, objetos de disputas entre os sujeitos e as instâncias repressivas, como a família e a igreja. Porém, em resposta à revolta, o poder se adapta para tirar proveito econômico deste desejo, com o controle não mais pela repressão, mas pela estimulação, que vai desde o mercado da pornografia até o de produtos de beleza.

Realizando o que chamou de genealogia⁸ do poder, Foucault debruçou-se sobre os

7 Diante da disseminação das teorias que consideram o gênero como uma construção social, em uma resposta conservadora, a Igreja Católica promoveu, entre meados anos 1990 e início dos 2000, conselhos episcopais que disseminaram a ideia de que a teoria ou ideologia de gênero se configura em uma ameaça à família, ao criacionismo e à natureza. Evidentemente, não se trata de um conceito científico, mas essa suposta teoria começou a ser utilizada como recurso retórico, notadamente pelo Cardeal Joseph Ratzinger/Papa Bento XVI, o que gerou sua popularização pelo mundo. Seus principais pilares consistem na defesa da “família natural”, formada pelo casamento heterossexual e no exercício de pressão política para que as instâncias governamentais não adotem medidas inclusivas de minorias sexuais, mormente no âmbito da educação. (JUNQUEIRA, 2017) Logo, neste trabalho, quando utilizado o termo “ideologia de gênero”, este se refere à formulação teórica desenvolvida por Lauretis, uma vez que a acepção formulada pela Igreja Católica é enraizada em preconceitos e desprovida de cientificidade.

8 Este é um termo chave na teoria foucaultiana e tem raízes no pensamento de Nietzsche. Este último filósofo, no final do século XIX, entendeu não existir conhecimento absoluto e transcendente, logo, todo conhecimento é sempre limitado por uma perspectiva, esta que depende de fatores como constituição fisiológica, habilidades de interpretação, cultura e

discursos, indagando sobre suas formas de operação e seus propósitos políticos. Para o autor, os discursos são considerados como grandes agrupamentos de enunciados que governam o modo de as pessoas se portarem e encararem determinados momentos históricos. No que tange aos enunciados, estes são eventos que ocorrem de maneira reiterada, interligados por seu tempo e contexto. O sujeito, por sua vez, encontra-se em posições pressupostas pelos enunciados e se constituem discursivamente. (SALIH, 2018).

No que diz respeito à sexualidade, a partir da era vitoriana, o sexo foi assumido como um discurso analítico devidamente gerido e regulado por um sistema de utilidade. Assim, reduzindo a sexualidade ao plano da linguagem, foi possível controlá-la e também criá-la. Ao invés de reprimir os discursos sobre o sexo, estes foram constituídos por uma aparelhagem capaz de administrá-los, de forma que “prazer e poder não se anulam; não se voltam um contra o outro; seguem-se, entrelaçam-se e se relançam. Encadeiam-se através de mecanismos complexos e positivos, de excitação e de incitação.” (FOUCAULT, 1988, p. 48).

Lauretis (1987) assevera que, em sua compreensão sobre o dispositivo da sexualidade, Foucault não efetua considerações sobre os aspectos conflitantes entre o sexo vivenciado por homens e por mulheres. A sexualidade descrita por ele é masculina e sua pretensão universalizante exclui as subjetividades femininas. Contudo, embora o filósofo não mencione o gênero em seu trabalho, não restam inviabilizadas as análises sobre este fenômeno com base em sua teoria. Considerando que a sexualidade é construída pela linguagem e por uma tecnologia, o gênero também o é, na medida em que o sujeito é “engendrado”, ou seja, marcado por características imputadas a homens e a mulheres, não somente relacionadas ao sexo, mas também à raça e à classe.

Judith Butler (2004), com base nos argumentos levantados por Foucault e outros pensadores pós-estruturalistas⁹, questiona se existe um gênero pré-existente à sua regulação, ou se esta produz tal categoria em razão de um processo particular de sujeição. Afirma a autora que a concepção de gênero acaba servindo como aparato para a produção e naturalização do que é considerado masculino e feminino. Logo, o sujeito que está “fora da norma” acaba sendo, paradoxalmente, definido pela norma e entendido,

linguagem. Em razão disto, Nietzsche se propôs a realizar a genealogia histórica de alguns conceitos considerados naturais, como a moral, evidenciando que se tratavam de fenômenos sociais. Influenciado por esta formulação, Foucault, desenvolve a ideia de genealogia, que pode ser entendida com a realização de uma análise investigativa sobre os discursos, voltada a encarar os desdobramentos em âmbito local, de forma relacional e descontínua, afastando-se de perspectivas lineares e universalizantes. (SPARGO, 1999; HALL, 2013).

⁹ Judith Butler e, posteriormente, diversos teóricos dos estudos *queer*, empregam ideias desenvolvidas por autores pós-estruturalistas. Hall (2013) explica que, se o estruturalismo pode ser concebido como uma corrente filosófica que se proponha a traçar claras relações entre a estrutura da linguagem e a percepção humana da realidade, o pós-estruturalismo, por sua vez, refuta qualquer possibilidade de construir relações estáveis de causa e efeito entre as estruturas que formam a percepção. Sobre os pensadores que influenciaram as teorias de Butler, Spargo (1999) destaca Lacan, psicanalista francês, para o qual as identidades são formadas pela linguagem, constantemente em processo e, por isso, instáveis; além de Derrida, filósofo que, no campo da linguagem, propôs-se à desconstrução de estruturas conceituais e linguísticas binárias.

exclusivamente, com base nessas duas categorias. O poder regulador não somente atua sobre um objeto pré-existente, mas, também, molda e produz o próprio objeto. Todavia, como existe uma constante luta de regulações e efeitos, entender o gênero com base em uma perspectiva, que não se restringe ao masculino e ao feminino, é uma forma de minar o próprio sistema que pautou sua construção discursiva.

A partir da obra “Problemas de Gênero: Feminismo e Subversão da Identidade”, publicada em 1990, o estudo dos gêneros ganhou destaque no meio acadêmico: a concepção butleriana mudou o paradigma epistemológico sobre a questão, pois indagou sobre a própria pré-existência do sujeito enquanto homem ou mulher, até então, categorias incólumes. Na perspectiva da autora, o sujeito está em constante processo de formação, constituindo-se por discursos e atos performativos. Em análise de sua obra, explica Sara Salih:

Evidentemente, a obra de Butler não se presta à categorização fácil, mas isso faz arte do seu desafio. Em maior ou menor grau, todos os seus livros levantam questões sobre a formação da identidade e da subjetividade, descrevendo os processos pelos quais nos tornamos sujeitos ao assumir as identidades sexuadas/ “generificadas” / racializadas que são construídas para nós (e, em certa medida, por nós) no interior das estruturas de poder existentes. Butler está empenhada em questionar continuamente “o sujeito”, indagando através de que processos os sujeitos vêm a existir, através de que meios são construídos e como essas construções são bem-sucedidas ou não. O “sujeito” de Butler não é um indivíduo, mas uma estrutura linguística em formação. (Salih, 2018, p. 10-11).

Voltando à metáfora utilizada no começo do capítulo, podemos considerar que estiveram sempre presentes duas arcas, uma, referente ao ser homem, e outra, ao ser mulher. Judith Butler não somente questionou as características depositadas em cada uma delas, mas implodiu as próprias arcas. Isto porque a análise do sexo, gênero e do desejo como consequências de uma estrutura de poder demanda um olhar crítico para que seja concebida uma “genealogia de gênero”, a qual não intenta por desvendar suas origens, a verdade íntima do desejo ou a real identidade obliterada pela opressão. Em detrimento disso, o que se busca é uma mudança de olhar sobre as próprias identidades sexuais que, ao invés de causa, são efeitos de instituições, atos e discursos difusos. Por conseguinte, a genealogia de gênero não pode ter como foco categorias “mulher” ou “feminino”, uma vez que estas não são noções estáveis, mas, sim, construídas em termos relacionais. (BUTLER, 2003).

Não se pode considerar que um indivíduo, ao não se enquadrar em uma determinada categoria de gênero, pertença, necessariamente, à outra. A tentativa de conferir uma unidade a sexo, desejo e gênero se dá em decorrência do reforço à heterossexualidade compulsória e naturalizada pelas estruturas de poder: fixa-se uma completa oposição entre o gênero do sujeito e do outro, seu objeto de desejo. Assim, as três categorias acabam sendo visualizadas por meio de um viés binário, “[...] o termo masculino diferencia-se do feminino, realizando-se essa diferenciação por práticas do desejo heterossexual”. (BUTLER, 2003, p. 45).

As identidades de gênero não se limitam nem pelo binarismo imposto ao desejo, nem pelo suposto binarismo atribuído ao sexo. Butler entende que não há diferença entre sexo e gênero, porque ambos são construídos pelo discurso. A ideia de que o gênero se constitui socialmente, enquanto o sexo é um atributo neutro e pré-existente é rechaçada pela autora, que defende que o sexo só existe, também, por meio da atribuição de um significado ao corpo. Logo, se não existe um corpo antecedente aos signos que lhes são atribuídos, o sexo, enquanto um constructo, não pode ser inserido meramente no campo biológico: desde o início de sua existência social, é produzido em meio à cultura¹⁰. Como consequência disso, não faz sentido limitar o conceito de gênero como se este fosse uma expressão cultural do sexo, já que este sempre fora aquele. (BUTLER, 2003).

As múltiplas e independentes relações entre sexo, gênero, prática sexual e desejo compõem a identidade de gênero. Logo, não há que se falar na existência de dois gêneros, masculino e feminino, porque esses elementos podem se conectar das mais distintas formas. Todavia, a identidade não se estabelece anteriormente aos atos considerados como expressões de gênero, ela é, performativamente, constituída pelas próprias práticas vislumbradas como seu resultado. Para Butler, o gênero não é algo que “se é”, mas que “se faz”.

Nesse sentido, o gênero não é um substantivo, mas tampouco é um conjunto de atributos flutuantes, pois vimos que seu efeito substantivo é performativamente construído e imposto pelas práticas reguladoras da coerência do gênero. Consequentemente, o gênero mostra ser performativo no interior do discurso herdado da metafísica da substância – isto é, constituinte da identidade que supostamente é. Nesse sentido, o gênero é sempre um feito, ainda que não seja obra de um sujeito pré-existente à obra [...]” (Butler, 2003, p. 48).

10 Berenice Bento (2012), para demonstrar que o corpo está inserido no campo do discurso desde que a pessoa nasce e até antes disso, aponta que, a partir do momento que é descoberto o sexo do bebê, aquilo que antes era um feto se torna um menino ou uma menina e, junto com isto, são criadas expectativas acerca de como deve ser aquele sujeito. Essas expectativas são expressas pelo nome, brinquedos, cores, roupas e projetos para o futuro assumidos pelos pais daquele ser, o qual tem seu corpo sexuado, desde sempre, delimitado por normas de gênero.

Conforme explicado por Salih (2018), essa é a ideia mais influente de Butler, mas também a mais incompreendida. Isto porque esse fazer não é completamente livre. Os atos repetidos, que compõem o gênero, estão inseridos em um sistema regulatório, este último, por sua vez, também construído para que tenha aparência de naturalidade. Esse sistema se cristaliza ao longo do tempo, e passa a ser imposto no contexto em que cria/se insere. Conseqüentemente, não existem gêneros originais, já que estes são repetições de padrões culturalmente concebidos. Todavia, a ideia de performatividade não significa que exista um sujeito anterior aos atos efetuados, nem que este possa escolher, deliberadamente, quais práticas ou gênero irá adotar. Tendo em vista que o discurso tem como efeito o sujeito, a identidade de gênero não existe de maneira antecedente à linguagem. Dessa forma, todas as identidades de gênero possuem uma natureza imitativa, porquanto “[...] a paródia de gênero que Butler descreve não pressupõe a existência de um original, uma vez que a própria noção de um original que está sendo parodiada”. (p. 94).

A concepção de performatividade não deve, no entanto, ser confundida com performance, esta última que, além de depender da existência de um sujeito prévio ao ato de performar, tem o caráter de escolha, como se o gênero fosse selecionado pelo indivíduo como quem vai até o armário e opta por vestir uma roupa. Pela natureza imitativa dos gêneros, não é possível, simplesmente, conceber uma identidade que não seja em si mesma produzida pela construção social da realidade, que limita desde nossas palavras aos nossos pensamentos. Como exemplo, é compreensível se entender enquanto um homem gay ou uma mulher heterossexual, todavia, dificilmente alguém se identificará enquanto um homem lésbico, isto porque, não obstante possa-se ver o mundo de diferentes formas, essa visualização ainda se dá dentro de um espectro linguístico disponível. (SPARGO, 1999).

No âmbito do movimento feminista, Butler foi criticada com base no argumento de que sua teoria ignora o corpo material, este que, no caso das mulheres, sofre violências físicas e simbólicas apenas pelo fato de ter nascido com características femininas. Silva (2018) salienta que a filósofa tentou esclarecer tais questionamentos no livro “*Bodies That Matter: On the Discursive Limits of ‘Sex’*”, publicado em 1993, destacando a importância do corpo enquanto inserido no contexto social, bem como a importância da visão ontológica sobre o gênero para contestar as opressões que, historicamente, incidem sobre e, ao mesmo tempo, produzem seres humanos (SILVA, 2018).

A proliferação de discussões sobre o seu trabalho evidencia que a obra de Judith Butler se constitui em um marco na mudança de paradigma sobre o gênero, e não se pode conceber o debate acerca deste fenômeno sem que se contemple a sua teoria. Todavia, destacamos que o gênero também precisa ser pensado em sua dimensão política, em face das dificuldades reais enfrentadas por grupos marginalizados, como transexuais,

travestis, gays e lésbicas, pois “gênero e sexualidade são categorias analíticas potentes quando não estão isoladas e não são utilizadas como variáveis independentes de contextos econômicos, raciais, nacionais (e outros marcadores da diferença) mais amplos”. (BENTO, 2017, p. 24).

5 GÊNERO E DIREITO

No prefácio do livro “*Herculine Barbin: o diário de um Hermafrodita*”, Foucault (1982), ao discutir o interesse da sociedade em estabelecer o “verdadeiro sexo” de um indivíduo hermafrodita ou entendido como ambíguo de qualquer outra forma, aponta haver um interesse moral no diagnóstico médico, reforçado pelo direito. Sendo assim, a liberdade do sujeito é tolhida em nome da demarcação de lugares sociais e jurídicos aos quais ele está destinado a ocupar em nome de uma suposta natureza real, cuja desatenção implica em abusos da libertinagem e perversões. O filósofo, destacando que, no século XIX, passou-se a discutir as questões médico-legais da identidade, apresenta a história de Herculine. Embora esta tenha sido criada por mais de vinte anos como menina, após consultas com médicos e religiosos, foi submetida a um processo cível, em que, ao término, viu-se obrigada a assumir uma identidade masculina, o que culminou em seu suicídio, após anos de sofrimento.

Butler (2003), sobre o caso, ressalta a incidência da lei que marca o lugar de Herculine como homem, e equivale, para ela, a uma sanção, pois, além de causar um escândalo que lhe coloca em um local de abjeção, priva-lhe da convivência feminina e de sua amada, Sara. Em razão dos médicos e peritos terem verificado a existência de uma espécie de pênis subdesenvolvido – não obstante, também, tenha sido observada uma estrutura assemelhada a uma vulva –, a incidência da lei foi necessária para conformação do gênero à norma binária, embora, biologicamente, esta necessariamente não condissesse com as estruturas simbólicas anatômicas identificadas.

Dessa maneira, “[...] a lei não é meramente uma imposição cultural feita a uma heterogeneidade de outro modo natural; ela exige a conformidade à sua própria noção de ‘natureza’, e ganha sua legitimidade através da naturalização binária e assimétrica de corpos [...]”. (BUTLER, 2003, p. 155) Todo ser sexuado está submetido a regulações sociais, estas últimas norteadas por normas que buscam formar sexo, gênero, prazeres, desejos, além de servirem à própria interpretação que o sujeito faz de si. A categorização do sexo, tomada, acriticamente, acaba por conferir legitimidade para estratégias de regulação embasadas no binômio poder/conhecimento.

Desde o final do século XX até os dias atuais, mesmo que, nos países ocidentais, as práticas não heterossexuais de desejo ou performance de gênero sejam, oficialmente,

toleradas pela ordem jurídica¹¹, a ideia de que os indivíduos possuem um verdadeiro sexo ainda encontra terreno fecundo em diversos campos da ciência e na opinião pública. Existe um sentimento coletivo de que há um erro essencial no âmago de pessoas ininteligíveis aos padrões dominantes, como se estas não se adequassem à realidade. Consequentemente, suas práticas são encaradas como insultos à verdadeira natureza humana, ficções complacentes que merecem ser dissipadas. (FOUCAULT, 1982).

Há uma submissão de todos à verdade entendida como a lei, a qual julga, condena e classifica as pessoas, além de decidir e disseminar os efeitos do poder, regulando o modo de vida de cada um em função dos discursos eleitos como verdadeiros. Forma-se, portanto, uma relação triangular entre poder, direito e verdade, em que esses elementos se definem e se delimitam. Triângulo este em que o direito – entendido não somente como as leis que justificam a soberania estatal, mas como um sistema de aparelhos, instituições e regulamentos os quais, conjuntamente, garantem a aplicação da ordem jurídica – configura-se em um instrumento de dominação e técnicas polimorfos de sujeição, que se manifestam nas múltiplas relações que compõem o corpo social. (FOUCAULT, 2015).

Sobre a análise foucaultiana do poder, Pogrebinski (2004) assinala que o filósofo tentou romper com as chamadas teorias jurídicas do poder, as quais, baseando-se em concepções contratualistas, vislumbram o poder como sendo exercido, exclusivamente, pelo Estado, servindo o direito como meio de conferir legitimidade à soberania e, por consequência, à necessidade de obediências às leis. Isto porque, notadamente a partir do século XVIII, ganham destaque a técnica e a normalização, cujo caráter produtivo evidencia a produção contínua de saberes que fomentam o poder pela disciplina, mas também pelo prazer. Enquanto o poder soberano concentra-se na figura do rei, o poder disciplinar é capilarizado e não se transfere como um bem, já que se manifesta nos próprios corpos dos sujeitos.

O direito, assim como a medicina, compõe uma ordem biopolítica que se opera, inicialmente, pela sujeição dos corpos. Busca-se a docilização por meio de transformações e aperfeiçoamentos que irão permitir a utilização produtiva do corpo, este que “[...] está diretamente mergulhado num campo político; as relações de poder têm alcance imediato sobre ele; elas o investem, o marcam, o dirigem, o supliciam, sujeitam-no a trabalhos, obrigam-no a cerimônias, exigem-lhe sinais”. (FOUCAULT, 1987, p. 29) No entanto,

¹¹ Salo de Carvalho (2012) aponta que, no Brasil, a discriminação da homossexualidade, no âmbito da vida civil, ocorreu em 1830, quando foram revogadas pelo Imperador as Ordenações que possuíam regime inquisitório, não obstante no Código Penal Militar (**decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969**) ainda persista, em seu art. 235 a tipificação do crime identificado como pederastia ou outro ato de libertinagem, punido com detenção de seis meses a um ano, consistente em “*Praticar, ou permitir o militar que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar*”. Destaca-se a necessidade de especificar e, portanto, marcar punitivamente, a prática homossexual, ao invés de abordar os atos sexuais em geral.

é preciso observar que essa sujeição não precisa ser violenta ou ideológica, podendo empregar técnicas pensadas para atuarem de forma sutil, embora ainda que de ordem física. Este é o caso do panoptismo¹², que, em diversas instituições, permite vigilância, controle e correção de diversos indivíduos. Sobre a questão, explica Butler:

No contexto dos prisioneiros, escreve Foucault, a estratégia não foi impor a repressão de seus desejos, mas obrigar seus corpos a significarem a lei interditora como sua própria essência, estilo e necessidade. A lei não é internalizada literalmente, mas incorporada, com a consequência de que se produzem corpos que expressam essa lei no corpo e por meio dele; a lei se manifesta como essência do eu deles, significado de suas almas, sua consciência, a lei de seu desejo. Com efeito, a lei é a um só tempo plenamente manifesta e plenamente latente, pois nunca aparece como externa aos corpos que sujeita e subjetiva. (Butler, 2003, p. 193).

Somado ao poder disciplinar, este que incide sobre os corpos, o biopoder vem atuar na regulação massificada da vida em sociedade. Os regulamentos permitem o exercício coletivo do biopoder com o fito de que sejam atingidos objetivos específicos, como conter o aumento demográfico ou controlar a disseminação de doenças. Dessa forma, a norma aplicável ao corpo individual, pelo poder disciplinar, deve estar associada à manutenção da ordem em todo o tecido social, criando-se, assim, uma sociedade de normalização, cuja imposição de padrões se encontra diluída e garantida tanto pelas instituições quanto pelos indivíduos. Além disso, para que sejam criados alicerces ao biopoder, há intensa produção de saberes, notadamente médicos e jurídicos. (POGREBINSCHI, 2004).

O controle social se dá por processos de criminalização e de patologização da diferença. Criam-se saberes voltados a conferir um olhar clínico sobre os indivíduos, como a sociologia e a psiquiatria. Nessa intelecção, o direito pode acabar deixando de voltar-se para a análise de fatos, mas, sim, para a intenção de “determinar se um indivíduo se conduz ou não como deve, conforme ou não à regra, se progride ou não, etc. [...] Ele se ordena em torno da norma, em termos do que é normal ou não, correto ou não, do que se deve ou não fazer”. (FOUCAULT, 2013, p. 88).

Nesse contexto, transgêneros, travestis transexuais têm composto um grupo extre-

12 O panóptico de Bentham se trata de uma estrutura circular, com uma torre de vigilância no centro, criada para ser adotada em escolas, prisões, hospitais e fábricas, uma vez que permite que o sujeito instalado no centro possa observar todos os outros, sem que estes o vejam. Assim, a mera possibilidade de estarem sendo vigiados sem que percebam já amplia a possibilidade de controle sobre os indivíduos: cria-se uma sujeição real com base em uma relação fictícia. (POGREBINSCHI, 2004).

mamente vulnerável: o de pessoas trans. São indivíduos cujo gênero não corresponde com aquele que lhe fora atribuído ao nascer, com base no sexo biológico; diferem, portanto, das pessoas cisgêneras e, por isso, são submetidos a inúmeras violências, tanto simbólicas e físicas. O diferente, ao invés de ser reconhecido, é visto como anormal, o que gera a transfobia. Esta se manifesta em atos de particulares, com expressão mais extrema no transfeminicídio, como também em atos do poder público, vide a edição de leis, especialmente nos municípios, que violam as identidades de gênero diversas ao proibir, por exemplo, o uso de banheiros conforme autoidentificação.

No entanto, o campo jurídico pode ter um papel transformador para superar o seu histórico repressivo. Como destaca Salo de Carvalho (2012), debruçando-se sobre as ciências criminais, práticas discriminatórias efetuadas sob o manto do discurso científico são embasadas por ideias morais e normalizadores. A criminologia ortodoxa, ao identificar o desvio, recorria a um catálogo de patologias, que serviam de justificativa ao ativismo, com a intenção de analisar e recondicionar o ser julgado como anormal. As raízes das ciências de criminais, assim como de muitas outras ciências estão calcadas no raciocínio de que a propensão a atos desviantes se evidencia em certas práticas de gênero e sexualidade, estas adotadas por sujeitos de personalidade perigosa, que merecem ser controlados. Diante disso, o autor reforça a importância de novos olhares, especialmente nos países de tradição jurídica romano-germânica, apontando o feminismo, em suas abordagens sobre o sistema patriarcal e a misoginia; bem como teoria *queer*, em seus questionamentos quanto aos padrões heteronormativos, para que se alcance melhor compreensão sobre grupos estigmatizados pelos discursos científicos e socialmente vulnerabilizados.

Estamos discutindo aspectos intrínsecos de cada ser humano, dessa forma, devemos nos afastar de quaisquer intuítos classificatórios e segregadores. Consoante apontado por Weeks (2000), os indivíduos marginalizados em razão de gênero e sexualidade se preocupam com questões identitárias, seja para afirmá-las ou romper com os seus parâmetros, como uma forma de resistência ao princípio organizador que lhes submetem a vários estigmas e violências.

6 CONCLUSÃO

Precisamos entender o gênero como um fenômeno múltiplo e nos desvencilhar de visões pré-concebidas acerca do que é “certo” e “errado” em termos identitários. Portanto, é necessário termos em mente que as identidades de gênero não estão limitadas por concepções binárias e impositivas que tentam dividir as pessoas em dois grupos demarcados de “homens/pênis/masculino” e “mulheres/vagina/feminino”.

Nesse contexto, o Direito pode se beneficiar de novos discursos sobre as pessoas

cujo gênero diverge dos padrões heteronormativos, que não as relegue a espaços marginais ou médicos. Os estudos de gênero, com suas propostas questionadoras e voltadas a desnudar a mutabilidade de características relativas à identidade, fazem com que nos afastemos de concepções que se utilizam de aspectos biológicos para mascarar visões discriminatórias, baseadas em uma suposta neutralidade científica. Isto não significa que ignoraremos, completamente, a existência do corpo físico, mas não podemos esquecer que este corpo está inserido, desde a sua concepção, em um tecido social que lhe confere significados e o posiciona em estruturas de poder.

No Brasil, os movimentos sociais e minorias parlamentares têm obtido significativas conquistas no âmbito do Poder Judiciário, com destacada postura ativa do Supremo Tribunal Federal. Nessa corte, foram reconhecidos os casamentos e uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo (ADPF 132 e ADI 4277), o direito de adoção sem restrições aos casais homossexuais (RE 846.102), além do direito à realização de cirurgia de redesignação sexual no sistema único de saúde e de alteração do registro civil para inclusão de nome social correspondente à identidade de gênero (RE 670.422 e ADI 4.275). O tribunal também entendeu pela criminalização da homofobia (ADO 26 e MI 4733), reconheceu a repercussão geral em Recurso Especial que versa sobre o uso de banheiro público por pessoas transgêneras (RE 845.779), e declarou a inconstitucionalidade de lei municipal que vedava a divulgação de materiais com discussões referentes a questões de gênero em escolas (ADPF 457).

Além do conhecimento sobre o conceito de gênero, em atenção à jurisprudência e aos direitos humanos reconhecidos internacionalmente, o jurista atual precisa olhar de forma crítica para ideias binárias e repressoras: desconstruindo o que se entende por supostos gêneros naturais para, então, construir um olhar múltiplo, interdisciplinar e inclusivo, sempre pautado no princípio da dignidade da pessoa humana e nos direitos à liberdade, igualdade e à privacidade.

Por fim, não se pode olvidar que os direitos também são construídos socialmente, a partir de demandas de distintos grupos, em constante evolução para o reconhecimento de novas liberdades. Assim, em uma sociedade pluralista, não se pode negar às pessoas o direito de expressarem sua personalidade, em seus variados caracteres, dentre eles, o gênero. Com isso, não estamos dizendo que os desdobramentos do direito à identidade de gênero não comportam debate, no entanto, as posturas adotadas não devem servir como reforço à exclusão de grupos historicamente estigmatizados.

NOTES ON THE CONCEPT OF GENDER AND ITS ARTICULATIONS WITH THE LAW

ABSTRACT

In areas such as sociology, philosophy and psychiatry, discussions on issues such as sex and gender have been held since the second half of the 20th century. In this work, based on bibliographical research, we intend to present the concept of gender and point out some of its articulations with the Law. The understanding of this social phenomenon has become essential for jurists, since the right to gender identity has been recognized in international documents such as the Yogyakarta Principles and, in Brazil, it has been understood as a personality right, based on precedents of the country's higher courts.

Keywords: Gender; Right to gender identity; Social construction.

REFERÊNCIAS

- BENTO, Berenice. **O que é transexualidade**. 2ª ed. São Paulo: Brasiliense, 2012.
- _____. **Transviad@s: gênero, sexualidade e direitos humanos**. Salvador: EDUFBA, 2017.
- BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- _____. **Undoing gender**. 1ª ed. New York, London: Routledge, 2004. E-book.
- CARVALHO, Salo de. Sobre as possibilidades de uma criminologia queer. In: **Sistema penal & violência**. Porto Alegre, v. 4, nº 2, p. 151-168, julho/dezembro 2012. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/334899624_Sobre_as_possibilidades_de_uma_criminologia_queer> Acesso em: 01 out. 2020.
- CONNEL, R. W., PEARSE, Rebecca. **Gênero: uma perspectiva global**. 3 ed. São Paulo: nVersos, 2015.
- CYRINO, Rafaela. A produção discursiva e normativa em torno do transexualismo: do verdadeiro sexo ao verdadeiro gênero. In: **Crítica e Sociedade**: revista de cultura política. v. 3, nº 1, p. 92-108, ago./2013. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/criticassociedade/article/view/19727/12922>> Acesso em: 30 set. 2020.
- FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Nau, 2013.
- _____. **Herculine Barbin: o diário de uma hermafrodita**. Rio de Janeiro: F. Alves, 1982.

_____. **História da sexualidade I: a vontade de saber.** 13ª ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

_____. **Microfísica do poder.** 2ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

_____. **Vigiar e punir: nascimento da prisão.** 27ª ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

GRANT, Carolina. **Direito, bioética e transexualidade:** um estudo sobre os limites e as possibilidades de ampliação da tutela jurídica das experiências trans*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, 2015. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/17741/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20-%20TEXT0%20COMPLETO%20COM%20FICHA%20-%20CAROLINA%20GRANT%20-%2002.03.2015.pdf>> Acesso em: 30 set. 2020.

_____. Integração e controle na teoria dos papéis sociais de Talcott Parsons: compreendendo a influência da teoria parsoniana na reiteração dos binarismos reinantes na abordagem da transexualidade pelo Direito e pela Bioética. In: XXIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2014, João Pessoa. **Anais do XXIII Congresso Nacional do CONPEDI.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2014. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=5e00964023394485>> Acesso em: 30 set. 2020

GROSSI, Miriam Pillar. **Identidade de gênero e sexualidade.** Universidade Federal de Santa Catarina, Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social, 1998. Disponível em: <https://miriamgrossi.paginas.ufsc.br/files/2012/03/grossi_miriam_identidade_de_genero_e_sexualidade.pdf> Acesso em: 01 out. 2020.

HALL, Donald E. **Queer Theories.** New York: Transitions, 2013. E-book.

JUNQUEIRA, Rogério Diniz. Produzindo olhares sobre a sexualidade em políticas públicas educacionais. In: RIBEIRO, Paula Regina C. et al (org). **Debates contemporâneos sobre educação para sexualidade.** Rio Grande: Ed. da FURG, 2017.

LATTANZIO, Felipe Figueiredo; RIBEIRO, Paulo de Carvalho. Nascimento e primeiros desenvolvimentos do conceito de gênero. In: **Psic. Clin**, v. 30, nº 3, p. 409-425, set-dez/2018. Disponível em: <<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/pc/v30n3/02.pdf>> Acesso em : 30 set. 2020.

LAURETIS, Teresa de. **The technology of gender.** Indiana University Press, p. 1-30, 1987. Trad. disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4033218/mod_resource/content/1/LAURETIS%2C%20Teresa%20de%20-%20%20A%20Tecnologia%20do%20Genero.pdf> Acesso em: 30 set. 2020.

MONEY, John. Gender role, gender identity, core gender identity: usage and definition of terms. In: **Amer. Acad. Psychoanalysis**, v. 2, p. 397-403, 1973. Disponível em: <<https://guilfordjournals.com/doi/pdf/10.1521/jaap.1.1973.1.4.397>> Acesso em: 30 set. 2020.

PERSON, Ethel S.; S.; OVESEY; Lionel M. D. *Psychoanalytic theories of gender identity*. In: **Journal of The American Academy of Psychoanalysis**, v. 11, nº 2, p. 203-226, 1983. Disponível em: <<https://guilfordjournals.com/doi/pdf/10.1521/jaap.1.1983.11.2.203>> Acesso em: 30 set. 2020.

POGREBINSCHI, Thamy. Foucault, para além do poder disciplinar e do biopoder. In: **Lua Nova**: revista de cultura e política, nº 63, p. 179-201, 2004, São Paulo. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452004000300008&lng=en&nrm=iso&tlng=pt> Acesso em: 30 set. 2020.

SALIH, Sara. **Judith Butler e a teoria queer**. 1ª ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2018.

SCOTT, Joan. *Gender: a useful category of historical analyses. Gender and the politics of history*. New York, Columbia University Press. 1989. Trad. disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/185058/mod_resource/content/2/G%C3%AAnero-Joan%20Scott.pdf> Acesso em: 30 abr. 2020.

SILVA, Jacilene Maria da. **Identidade de gênero**: os atos performáticos de gênero segundo Judith Butler. Recife: Independently published, 2018. E-book.

SPARGO, Tamsin. **Foucault and Queer Theory**. 1ª ed. Cambridge: Icon Books, 1999. E-book.

A APLICAÇÃO DA 'LEI DA FICHA
LIMPA' COMO ÓBICE A NOMEAÇÃO
EM CARGOS PÚBLICOS

*THE APPLICATION OF THE 'CLEAN
RECORD LAW' AS A BIT FOR
NOMINATION IN PUBLIC POSITIONS*

A APLICAÇÃO DA ‘LEI DA FICHA LIMPA’ COMO ÓBICE A NOMEAÇÃO EM CARGOS PÚBLICOS¹

*THE APPLICATION OF THE ‘CLEAN RECORD LAW’ AS A BIT FOR
NOMINATION IN PUBLIC POSITIONS*

André Cavalcanti de Oliveira²

RESUMO

O presente artigo aborda a possibilidade de aplicação da ‘Lei da Ficha Limpa’ para além da seara do Direito Eleitoral, dentro de um contexto de ‘microsistema legal da moralidade pública e da tutela do patrimônio público’ vinculado ao Princípio Constitucional da Moralidade Administrativa. Apresenta-se uma evolução histórico-sociológica da necessidade de atenção aos critérios subjetivos e objetivos dos indivíduos aptos a assumirem cargos públicos, como forma de aprimoramento institucional das sociedades na prevenção à corrupção. Por meio de duas decisões do Supremo Tribunal Federal vislumbra-se o surgimento de jurisprudência na aplicação da ‘Lei da Ficha Limpa’ para além do Direito Eleitoral.

Palavras-chave: Lei da Ficha Limpa. Princípio Constitucional da Moralidade Administrativa. Microsistema legal da moralidade pública e da tutela do patrimônio público.

1 INTRODUÇÃO

A Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2010), uma das primeiras legislações oriundas da iniciativa popular, goza de reputação por ser uma das maiores conquistas da democracia no país, ao trazer maior credibilidade às eleições brasileiras, além de um dos principais instrumentos de combate à corrupção.

O referido diploma legislativo torna inelegíveis candidatos cassados, ou que tenham

¹ Data de Recebimento: 05/10/2020. Data de Aceite: 23/11/2020.

² Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera. Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Prevenção e Repressão à Corrupção promovido pela Universidade Estácio de Sá. Promotor de Justiça do Estado do Pará. E-mail: andreoliveira@mppa.mp.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4554686642430661>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6950-9516>.

renunciado para evitar a cassação, assim como aqueles condenados por órgãos colegiados. A razão de ser da referida norma seria a criação de restrições éticas para os postulantes a cargos eletivos, tendo conteúdo preventivo para a prática de atos de corrupção, imorais, ímprobos e de proteção ao Erário.

Para tanto, a legislação alterou a Lei de Inelegibilidades (Lei Complementar nº 64/1990), cominando diversas hipóteses impeditivas àquelas pessoas condenadas por Tribunais, demitidas do serviço público, ou que renunciaram para escapar de cassações no poder legislativo.

Aos olhos do cidadão comum, era incompreensível como uma pessoa poderia candidatar-se a cargo eletivo, mesmo tendo tantas máculas em sua conduta social e profissional, passando a representar a sociedade, participando do processo legislativo, executar políticas públicas, cuidar do orçamento e verbas públicas. Era evidente, portanto, a crise de legitimidade de nosso sistema democrático.

Diante da barreira criada para os políticos que têm a “ficha suja”, surge o questionamento: é possível aplicar os critérios da Lei da Ficha Limpa no serviço público?

A indagação acima é necessária diante dos diversos casos concretos, onde se verificam muitos políticos reputados como “ficha suja”, embora impossibilitados de se candidatarem a cargos eletivos, acabam sendo designados para exercer cargos de livre nomeação, de confiança, assessoramento ou chefia por detentores de cargos políticos justamente nas eleições em que foram impugnados a concorrer.

Tal circunstância se dá sob argumento de formação de coalizões partidárias, no afã de possibilitar a ‘governabilidade’ ao gestor da ocasião. A pretexto de formar-se coalizões majoritárias que deem sustentáculo ao governante, tem-se, na verdade, a manutenção de mecanismos ou ‘esquemas’ que possibilitam ou fomentam a corrupção.

Contudo, a essência da discussão perpassa pela reflexão do seguinte paradoxo: se um indivíduo não pode candidatar-se para nenhuma cargo eletivo (de vereador a Presidente da República), como poderá ser nomeado para exercer cargo público por alguém detentor do cargo eletivo ao qual foi impossibilitado de concorrer?

Ademais, alguns cargos públicos previstos na Constituição Federal, especialmente para composição de Tribunais e Cortes Superiores, exige-se o cumprimento dos requisitos da ‘idoneidade moral’ e ‘reputação ilibada’, tratando-se, evidentemente, de conceitos jurídicos indeterminados, fluídos, vagos e francamente abertos a todo tipo de controvérsia.

Assim sendo, o objetivo desse artigo é discutir a seguinte indagação: seria possível aplicar a Lei da Ficha Limpa, como balizamento normativo, para fixar o conceito de ‘idoneidade moral’ e ‘reputação ilibada’?

2 A OCUPAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS E A SUA VALORAÇÃO NA HISTÓRIA

Corrupção é um problema que tem existido desde a ascensão dos estados organizados, e não é provável que tão cedo desapareça. Remonta ao filósofo grego Aristóteles (2018), nas obras ‘*Ética a Nicômano*’ e ‘*A Política*’, a perspectiva de que o Estado foi concebido para os homens viverem bem juntos, com especial atenção nas virtudes e vícios que interessam à sociedade civil, estimulando-se, principalmente, a virtude.

Para o estagirita, os legisladores tornam bons os cidadãos por meio dos hábitos que lhe inculcem. A virtude é adquirida pela força do hábito. Desta feita, haveria uma equação onde pessoas virtuosas ocupando cargos públicos, com fundamentos em valores éticos, construiriam uma boa sociedade. Portanto, desde a Grécia Antiga tem-se destacado a proeminência ética e virtuosa dos detentores de cargos públicos, ante a relevância das funções exercidas com reflexos no Estado e na sociedade.

Não à toa, a observação atenta e perspicaz de Alexis de Tocqueville (2019) na então jovem nação democrática norte-americana, descrita na obra “*Da Democracia na América*” de que a construção de uma sociedade em que todos, vendo a lei como obra sua, a amariam e a ele se submeteriam sem pesar, a autoridade seria naturalmente respeitada como necessária e não divina. A ‘depravação humana’ não seria decorrência do uso do poder ou do hábito de obediência, mas sim do uso de um poder considerado ilegítimo e a obediência a um poder usurpado pelo opressor. Já naquela ocasião, Tocqueville (2019) observou o afastamento dos homens notáveis do poder e da carreira política, sem que permanecesse fiel a seus princípios e ideias.

O arranjo institucional de construir um governo onde a administração é feita por homens sobre outros homens, cujos interesse devem estar ligados aos direitos constitucionais do cargo, por intermédio de esfera de virtudes públicas foi objeto de reflexão nos ‘artigos federalistas’ de James Madison, Alexander Hamilton e John Jay (2011), cuja solução fora a distribuição subordinada de poder: dividir e combinar os diferentes cargos de uma maneira tal que cada um possa exercer o controle sobre o outro, e o interesse privado de cada indivíduo possa ser sentinela dos direitos públicos.

Por outro lado, ainda na esfera histórico-sociológica, o Professor de Ciências Sociais Michael Walzer (2003), ensinando sobre a igualdade simples na esfera dos cargos públicos, observa que desde as suas origens os cargos públicos não poderiam pertencer a quem os detivesse, não poderiam ser negociados ou vendidos.

O serviço da comunidade política seria o trabalho de indivíduos qualificados, fora do alcance de famílias poderosas, ou das facções e dos partidos triunfantes. O preenchimento de cargos observam os primados da honestidade e da eficiência, em nome

do bom governo, como também, em nome da justiça e da igualdade de oportunidades. Nestes termos, Michael Walzer define a natureza e importância dos cargos públicos da seguinte forma:

Segundo as definições tradicionais, o cargo (office) é ‘um posto de confiança, autoridade ou prestação de serviços sob autoridade constituída...um posto ou emprego oficial’. Proponho uma definição mais ampla que compreende a escala abrangente das ‘autoridades constituídas’ no mundo moderno: o cargo público é qualquer posto no qual toda a comunidade política tem interesse, e escolhe a pessoa que detém ou regulamenta as normas para a sua escolha. O controle das nomeações é essencial. A distribuição de cargos não é questão de livre escolha individual ou de pequenos grupos. A iniciativa privada não pode apropriar-se dos cargos, que também não podem ser hereditários nem vendidos no mercado. Essa é, naturalmente, uma definição estipuladora, pois as posições sociais e econômicas do tipo que abrange foram, no passado, distribuídas de todas essas maneiras. (WALZER, 2003, p. 175).

A fragilidade dos padrões éticos de determinada sociedade, os quais refletem sobre a ética do agente público, associa-se ao fenômeno da corrupção. Se um povo tolera, em seu cotidiano, a desonestidade e, não raras vezes, a enaltece, por certo terá governantes com pensamento similar.

A corrupção é uma forma particular de exercer influência: ilícita, ilegal e ilegítima, amoldando-se ao funcionamento de um sistema, em particular ao modo como são tomadas as decisões. Quanto maior for o âmbito de institucionalização de certas práticas, tanto maiores serão as possibilidades de comportamento corrupto.

Como asseveram Susan Rose-Ackerman e Bonnie J. Palifka (ROSE-ACKERMAN; PALIFKA, 2020, p. 26) “um estado fraco ou autocrático alimenta a corrupção, e o grau de corrupção, por seu turno, torna a reforma difícil e mina a confiança do público nas instituições governamentais, produzindo-se um ciclo vicioso.” Assim, o conjunto de estruturas institucionais podem originar incentivos a práticas corruptas.

O comportamento de agentes públicos pautado por práticas corruptas, sem restrições institucionais, que definam e limitem o conjunto de escolhas dos indivíduos, importa em fragilização do ambiente social, limitando as possibilidades de crescimento econômico, como muito bem observado pelo Prêmio Nobel de Economia Douglass G. North (2018) na obra seminal “Instituições, Mudança Institucional e Desempenho Econômico”.

Portanto, conquanto a nomeação de agentes envolvidos em práticas imorais para o exercício de cargos públicos seja uma prática reputada normal no meio político, portanto um comportamento institucionalizado, por outro lado temos o fomento de um ambiente propício para a perpetuação de práticas corruptas, com os consequentes reflexos socioeconômicos.

O arremate de Gianfranco Pasquino, em obra coletiva coordenada conjuntamente com Norberto Bobbio e Nicola Matteucci, não poderia ser mais preciso quanto as consequências sociais de tal conduta, vejamos:

A corrupção, ora surja em um sistema em expansão e não institucionalizado, ora atue em um sistema estável e institucionalizado, é um modo de influir nas decisões públicas que fere no íntimo o próprio sistema. De fato, este tipo privilegiado de influência, reservado àqueles que possuem meios, muitas vezes, só financeiros, de exercê-la, conduz ao desgaste do mais importante dos recursos do sistema, sua legitimidade. (BOBBIO; MATTEUCCI, 2016, p. 293).

O poder político delegado pelo povo tem, portanto, limites rígidos ditados pelo bem comum. Quando o governante da ocasião, ultrapassa esses limites, guiando-se por sua própria vontade ou suas paixões, e não pela lei, institui-se a tirania. O exercício do poder é desviado, sistematicamente, para o bem de poucos.

Além de tirar o governo do caminho dos interesses do povo, a corrupção, quando usada para financiar projetos do poder, deslegitima a representatividade. Não é apenas o governo para o povo que é desvirtuado, mas também o governo do povo, pois a formação do apoio popular é viciada.

Quanto maior o desinteresse da população, mais espaço se abre para que os políticos eleitos utilizem seus mandatos para a defesa de interesses pessoais. Nessas circunstâncias, o sistema se abre para a satisfação dos interesses dos financiadores de campanha.

A transparência e a certeza da punição, remédios institucionais de caráter preventivo e repressivo altamente indicados para combater qualquer manifestação da corrupção, são sempre efetivos. Para a profilaxia da corrupção política, outras propostas são, igualmente, apresentadas: fortalecimento dos mecanismos de controle parlamentar, fortalecimento e transparência dos mecanismos de prestação de contas dos partidos políticos, modernização das legislação sobre financiamento das campanhas, a fim de buscar formas a redução dos seus custos, fortalecimento do conceito de responsabilidade política, e, principalmente, o estabelecimento prévio de critérios claros e objetivos para a assunção de quaisquer cargo público.

Para o Procurador da República e ex-coordenador da ‘Operação Lava Jato’ Deltan Dallagnol:

a corrupção desfigura a democracia, que deveria ser um governo ‘do povo, pelo povo e para o povo’, segundo a famosa formulação de Abraham Lincoln em seu discurso em *Gettysburg*, em 1863. Em larga escala, quando se torna sistêmica e onipresente, a corrupção desvirtua o exercício do poder, que deveria buscar sempre o benefício da população, mas acaba se tornando um instrumento dos interesses dos próprios governantes e de pessoas influentes. É o que é conhecido como ‘capitalismo de compadrio’, uma estrutura em que empresários e agentes públicos se aproximam para trocar benefícios em detrimento da sociedade. (DALLAGNOL, 2017, P. 48).

Desta feita, os denominados ‘governos de coalização’ seriam uma forma de alianças pluripartidárias, por meio da formação de consensos acerca de princípios, valores, normas, bem como quanto aos objetivos almejados e aos meios para os alcançar.

Dentro de uma sociedade democrática, é mais do que legítimo o consenso referente às normas fundamentais que regem o funcionamento do sistema. Todavia, tem-se visto, com certa frequência, as mais variadas práticas corruptas perpetradas por agentes políticos no afã de formar a coalizão, vilipendiando o próprio sistema. Muitas das vezes, são formatados conchavos na indicação de cargos políticos (Ministérios e Secretárias), e cargos comissionados em geral, nomeando-se agentes ‘profissionais’ em práticas corruptas no âmbito estatal.

No Brasil, com a chegada da família real portuguesa, em 1808, seguiu-se o exercício de práticas duvidosas, mas, principalmente, por intermédio da distribuição de benesses, títulos honoríficos, etc., para convencimento e obtenção de apoio da elite, prática desprovida de qualquer comprometimento com o bem coletivo, permeou o desenvolvimento das instituições do país. Prossegue-se que a satisfação dos interesses da classe dominante e a manutenção deste comando por meio de pequenos agrados, aliado ao comportamento difuso tendente a contornar os regramentos legais, passaram a ter forte influência em nossa sociedade.

Como bem lembra Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (GARCIA; ALVES, 2014, p. 51) na esfera estatal,

[...] a corrupção indica o uso ou a omissão, pelo agente público, do poder que a lei lhe outorgou em busca da obtenção de uma vanta-

gem indevida para si ou para terceiros, relegando a plano secundário os legítimos fins contemplados na norma. Desvio de poder e enriquecimento ilícito são elementos característicos da corrupção.

O combate à corrupção não há de ser fruto de mera produção normativa, mas, sim, o resultado da aquisição de uma consciência democrática, da participação popular, da fiscalização das instituições públicas e, principalmente, de um arranjo institucional mais eficiente.

O escritor peruano e vencedor do prêmio Nobel de Literatura Mario Vargas Llosa (2013) aponta que a cultura esnobe e despreocupada adormenta, cívica e moralmente, uma sociedade que tem se tornado cada vez mais indulgente para com os desvios e excessos dos que ocupam cargos públicos, e exercem qualquer tipo de poder favorecendo uma atitude tolerante ou indiferente no grande público em relação à imoralidade e aos níveis de corrupção.

A cultura contemporânea, ao invés de mobilizar o espírito crítico da sociedade e sua vontade de combater esse estado de coisas, faz que tudo isso seja percebido e vivido pelo grande público com a resignação e o fatalismo com que se aceitam os fenômenos naturais, afastando-se da virtude que motivava a formação do Estado, como manifestado por Aristóteles.

Para o perfeito funcionamento da democracia é indispensável uma burocracia capaz e honesta. Conclui Mário Vargas Llosa:

Nada desmoraliza tanto uma sociedade nem desacredita tanto as instituições como o fato dos seus governantes, eleitos em eleições mais ou menos limpas, aproveitarem o poder para enriquecer burlando a confiança pública neles depositada.

[...]

O sistema democrático não garante que a desonestidade e o embuste desapareçam das relações humanas; mas estabelece alguns mecanismos para minimizar seus estragos, detectar, denunciar e punir quem quer que se valha deles para atingir altas posições ou enriquecer, e – o que é mais importante – para reformar o sistema de tal maneira que esses delitos acarretam cada vez mais riscos para quem os cometer. (LLOSA, 2013, p. 125 e 128).

No sistema político brasileiro, tem-se tornado prática comum os desvios comportamentais dos gestores do patrimônio público, em especial, daqueles que ascenderam

ao poder via mandato eletivo, sendo meros desdobramentos de alianças espúrias que precederam a própria investidura do agente.

Por diversas vezes, viu-se a produção normativa de legislações que inviabilizam a apuração e a punição dos atos de corrupção anteriormente praticados, como se deu com o caso da votação das chamadas ‘*10 medidas contra a corrupção*’, enterrada no Congresso Nacional durante a madrugada, logo após o acidente do time da Chapecoense, aprovando-se, em seguida, uma nova lei para coibir o ‘abuso de autoridade’.

Por sua vez, o recrutamento dos ocupantes dos cargos comissionados, que relegam a plano secundário a valoração da competência e prestam-se ao favorecimento pessoal, termina por estimular a corrupção em razão dos desvios comportamentais de tais agentes.

O jurista Fábio Medina Osório (2018), quando discutindo acerca do tema das desonestidades funcionais corruptas, e as intoleráveis ineficiências dos agentes públicos em situação como o nepotismo, o clientelismo, as recomendações de homens públicos em favor dos seus amigos, e a malversação de recursos públicos, tema central deste trabalho, anota o seguinte:

A gestão pública está toda ela marcada profundamente pela lógica na distribuição de cargos e na montagem do alto funcionariado da Nação, seja na União, nos Estados ou nos municípios, em detrimento da profissionalização, dos critérios técnicos, objetivos e imparciais. Essa perversa lógica pela qual os eleitos devem retribuir os apoios recebidos por meio de Ministérios, Secretarias Estaduais ou Municipais, com os correlatos cargos em confiança ou funções gratificadas que se associam a tais espaços, conduz não apenas à ineficiência generalizada, ao descomprometimento com os interesses gerais, mas à descontinuidade administrativa e ao desmantelamento permanente da máquina pública, patologias de efeitos nefastos à cidadania. É claro que ambientes assim constituídos tornam-se extremamente propícios à corrupção, à ineficiência grave, ao desgoverno, ao descontrole e aos desvios de finalidade e poder de todo o tipo e espécie. Enfrentas tal lógica talvez seja dos desafios mais evidentes e importantes de nosso tempo. (OSORIO, 2018, p. 39).

No contexto internacional, considerando-se a crescente preocupação com a gravidade dos problemas e com as ameaças decorrentes da corrupção, para a estabilidade e a segurança das sociedades, ao enfraquecer as instituições e os valores da democracia, da ética e da justiça e ao comprometer o desenvolvimento sustentável e o Estado de Di-

reito, as Nações Unidas elaboraram a Convenção Contra a Corrupção (incorporada ao Direito Brasileiro pelo Decreto nº 5.687/2006), estabeleceu medidas preventivas para o Setor Público, ao cominar em seu art. 7º o seguinte:

Artigo 7. Setor Público.

1. Cada Estado Parte, quando for apropriado e de conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, procurará adotar sistemas de convocação, contratação, retenção, promoção e aposentadoria de funcionários públicos e, quando proceder, de outros funcionários públicos não empossados, ou manter e fortalecer tais sistemas. Estes:

a) Estarão baseados em princípios de eficiência e transparência e em critérios objetivos como o mérito, a equidade e a aptidão;

b) Incluirão procedimentos adequados de seleção e formação dos titulares de cargos públicos que se considerem especialmente vulneráveis à corrupção, assim como, quando proceder, a rotação dessas pessoas em outros cargos;

c) Fomentarão uma remuneração adequada e escalas de soldo equitativas, tendo em conta o nível de desenvolvimento econômico do Estado Parte;

d) Promoverão programas de formação e capacitação que lhes permitam cumprir os requisitos de desempenho correto, honroso e devido de suas funções e lhes proporcionem capacitação especializada e apropriada para que sejam mais conscientes dos riscos da corrupção inerentes ao desempenho de suas funções. Tais programas poderão fazer referência a códigos ou normas de conduta nas esferas pertinentes.

2. Cada Estado Parte considerará também a possibilidade de adotar medidas legislativas e administrativas apropriadas, em consonância com os objetivos da presente Convenção e de conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, a fim de estabelecer critérios para a candidatura e eleição a cargos públicos.

3. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar medidas legislativas e administrativas apropriadas, em consonância com os objetivos da presente Convenção e de conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, para aumentar a transparência relativa ao financiamento de candidaturas a cargos públicos eletivos e, quando proceder, relativa ao financiamento de partidos políticos.

4. Cada Estado Parte, em conformidade com os princípios de sua legislação interna, procurará adotar sistemas destinados a promover a transparência e a prevenir conflitos de interesses, ou a manter e fortalecer tais sistemas.

Assim, construções legislativas, como a ‘Lei da Ficha Limpa’, por meio de proposição popular, demonstra uma sociedade mais atenta e consciente para a importância do preenchimento dos cargos eletivos por pessoas integras e probas, no afã de construir uma sociedade democrática mais igualitária, estabelecendo medidas de prevenção, detecção e dissuasão da corrupção, além de fomentar um ambiente institucional mais favorável ao desenvolvimento econômico e social.

3 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA COMO SUBSTRATO AXIOLÓGICO DA LEI DA FICHA LIMPA

A administração pública rege-se por deveres públicos, cominando sanções quando das transgressões da esfera da Ética Pública, havendo, para tanto, fontes axiológicas, éticas, normativas, constitucionais dos deveres inerentes às funções públicas, que culminam no dever de probidade administrativa.

A ética é parte da filosofia que trata da moral e das obrigações do homem, com independência do tipo de coação exercida. A ética aplicada à função pública tem seu eixo básico na ideia do bem comum e de pessoas ao serviço de interesses gerais dentro do Estado.

O setor público está acostumado a ter uma ética específica, peculiar, em que há deveres públicos distintos dos deveres privados das pessoas.

Um dos temas centrais do constitucionalismo contemporâneo tem sido a luta contra as imunidades dos Poderes, e a estruturação das instituições democráticas, em que se situam os sistemas administrativos e jurisdicionais que aplicam normas de direito administrativo.

A Constituição Federal, em seu art. 37, *caput*, normatizou o princípio constitucional da moralidade administrativa, detendo eficácia e aplicabilidade em um amplo quadro normativo, a ser preenchido pelo intérprete e pelo seu aplicador.

O princípio da moralidade possui larga densidade normativa, política e ética, compondo com diversos artigos do Texto Constitucional, um amplo arco de dever de probidade de todos os agentes públicos e equiparados, e de outro lado, o direito ao governo honesto.

A moralidade administrativa é elemento indissociável da atividade administrativa

guardando correlação com o comportamento de qualquer integrante de determinado grupamento em relação a assuntos afetos à coletividade. A moralidade limita e direciona a atividade administrativa, adotando a boa-fé como regra de conduta.

O advogado e professor Marcelo Figueiredo, em obra coletiva coordenada por Paulo Bonavides, Jorge Miranda e Walber de Moura Agra, em comentários ao art. 37, da CF assevera:

O princípio da moralidade administrativa vem ocupar um importante espaço jurídico-político e na verdade alarga o controle jurisdicional em áreas de difícil acesso, como àquelas tradicionalmente ocupadas pelo desvio de poder, pelo abuso de poder e desvio de finalidade. A discricionariedade administrativa passa, nesse contexto, também, a ser mais e melhor sindicada por intermédio do princípio da moralidade administrativa.

Aplica-se o princípio da moralidade administrativa, evidentemente, a todos os poderes, funções e órgãos do Estado e aos particulares que com àqueles se relacionem, bem assim ao Legislativo, Executivo e Judiciário. (BONAVIDES, 2009, p. 725).

No mesmo sentido, Alexandre Alberto de Azevedo Magalhães Júnior, em obra coletiva organizada por Edilson Vitorelli:

A concepção do princípio da moralidade administrativa, como limite à atuação do agente estatal, tem semente nos estudos realizados por Maurice Hariou, embasado nas decisões do Conselho de Estado na França, o qual, a partir de recursos por excesso de poder, passou a fiscalizar não só a legalidade formal-objetiva do ato administrativo, como também, o aspecto subjetivo, relativo à sua discricionariedade e correlação ao interesse público.

Hariou definiu a moralidade administrativa na 10ª edição do 'Précis de Droit Administratif, como o 'conjunto de condutas tiradas da disciplina interior da Administração'. Nesta linha, configura princípio que possibilita a distinção entre o 'bem e o mal, o legal e o ilegal, o justo e injusto, o conveniente do inconveniente, mas também entre o honesto e o desonesto.'

Desenvolveu-se, assim, o princípio da moralidade administrativa, calcado na teoria do desvio de poder, verdadeiro limite à atuação discricionária do agente público, a exigir conformação da intenção e

conduta com o interesse público e o atingimento dos fins colimados pela atuação estatal. (VITORELLI, 2018, p. 336).

O artigo 37, da Constituição Federal, logo nos dois primeiros incisos menciona a forma de investidura em cargos, empregos e funções públicas, demonstrando a importância de estabelecer-se critérios rígidos para prover os cargos públicos, sendo basilar a obediência aos princípios insculpidos no *caput*, se não vejamos:

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

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

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

Com efeito, uma das formas de prevenção de práticas corruptas no âmbito da administração pública é a valoração ético-normativa para assunção de cargos públicos. A Constituição Federal, ombreada pela Convenção contra a Corrupção das Nações Unidas, estabelece, primeiramente, o concurso público como primeira linha da assunção de cargos públicos: seleção pública, de natureza concorrencial, por critérios técnicos, por meio de testes de aptidão intelectual.

Por sua vez, para os cargos em comissão, assim previstos em lei, a Constituição afirma que estes são de livres nomeação e exoneração, na dicção do inciso II do art. 37. Entretanto, o inciso I, afirma que os cargos são acessíveis a todos os brasileiros, desde que cumpridos os requisitos estabelecidos em lei, delegando a um ato normativo de natureza infraconstitucional estabelecer os critérios a serem observados, em especial aos princípios da administração pública.

Na esteira dos ensinamentos de Hans Kelsen (2009), em sua '*Teoria Pura do Direito*', tem-se que o Direito é concebido como uma ordem normativa: um sistema de normas que regulam a conduta de homens. Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa.

A norma fundamental é a fonte comum de validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa.

Ademais, os princípios deixaram de ser meros complementos das regras, passando a ser vistos como formas de expressão da própria norma. Os princípios carregam consigo acentuado grau de imperatividade, exigindo a necessária conformação de qualquer conduta aos seus ditames, o que denota o seu caráter normativo.

Os princípios veiculam diretivas comportamentais, que devem ser aplicadas em conjunto com as regras sempre que for identificada uma hipótese que o exija, o que, a um só tempo, acarreta um dever positivo para o agente no sentido de atuar direcionado à consecução dos valores que integram o princípio, e um dever negativo consistente na interdição da prática de qualquer ato que se afaste de tais valores.

Na clássica lição Ronald Dworkin (2010), os princípios se distanciam das regras na medida em que permitem uma maior aproximação entre o direito e os valores sociais, indicando determinada direção, sem impor uma solução em particular. Dworkin então denomina como princípio “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.” (DWORKIN, 2010, p. 36).

No mesmo sentido Robert Alexy esclarece que:

Por outro lado, os princípios são mandamentos de otimização. Como tais, são normas que ordenam que algo seja realizado em máxima medida relativamente às possibilidades reais e jurídicas. Isso significa que elas podem ser realizadas em diversos graus e que a medida exigida de sua realização depende não somente das possibilidades reais, mas também das possibilidades jurídicas. As possibilidades jurídicas da realização de um princípio são determinadas não só por regras, como também, essencialmente, por princípios opostos. Isso implica que os princípios sejam suscetíveis e carentes de ponderação. A ponderação é a forma característica da aplicação dos princípios. (ALEXY, 2009, p. 85).

Portanto, o Direito Brasileiro, ao incorporar o princípio da moralidade administrativa com força normativa constitucional da Administração Pública, possibilitou a criação de um ‘microsistema legal da moralidade pública e da tutela do patrimônio público’,

composto dos seguintes diplomas legais: a Lei nº 4.717/1965 (Lei de Ação Popular), Decreto-Lei nº 201/67 (crimes praticados por Prefeitos), Código Penal (Crimes contra a Administração Pública), Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) e a Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa).

Primeiramente, isto significa que tais legislações de natureza infraconstitucional encontram inspiração, aplicação imediata e concreta no princípio constitucional da moralidade. Segundo, enquanto integrantes de um microsistema, as legislações devem ser aplicadas e interpretadas de forma conjunta, integrada e complementar.

Neste ensejo, a Lei da Ficha Limpa não pode ter sua aplicação restrita tão somente para a seara do Direito Eleitoral. Diante de sua conformação constitucional, assim como da existência de um microsistema da moralidade pública, e da tutela do patrimônio público é possível sua incidência como parâmetro de contratação de funcionários públicos.

A Constituição Federal, no capítulo dedicado aos Direitos Políticos, em seu art. 14, § 9º, estabelece casos de inelegibilidade com o objetivo de prevenir a “proibida administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”.

O Procurador da República Marcílio Nunes Medeiros, em comentários ao art. 14, § 9º, CF ensina:

Em verdade, a proteção à probidade administrativa e à moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, são valores definidos pelo Poder Constituinte para balizar a atuação do legislador complementar. Esses valores não constituem, por si só, hipótese autônomas de inelegibilidade capazes de impedir a candidatura. São esses valores inclusive que justificam em parte a constitucionalidade de causas de inelegibilidade que exigem apenas decisão condenatória colegiada e não o trânsito em julgado, conforme acertadamente decidiu o STF no julgamento conjunto das ADCs 29 e 30 e ADI 4578, ao declarar a constitucionalidade da LC nº 135/10 (Lei da Ficha Limpa), que operou várias modificações na LC nº 64/90. (MEDEIROS, 2017, p. 54/55).

As regras de inelegibilidade consistem no impedimento temporário à capacida-

de eleitoral passiva, constituindo regras de proteção à coletividade, que estabelecem preceitos mínimos para o registro de candidaturas, tendo em mira a preservação dos valores republicanos.

O inciso I, do art. 1º, da Lei Complementar nº 64/1990 estabelece a inelegibilidade para qualquer cargo, assim incluindo os cargos eletivos de Presidente da República, Vice-Presidente da República, Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal, Senador, Deputado Federal, Deputado Estadual e Deputado Distrital, Prefeito e Vice-Prefeito e Vereador.

Os impedimentos da norma em referência são dirigidos aqueles que já exerceram cargos públicos, inclusive, os cargos eletivos. As condutas previstas envolvem atos de probidade e moralidade, incompatíveis com o exercício de cargos na Administração Pública.

Neste sentido, a ‘Lei da Ficha Limpa’ surge como balizamento normativo, fundado no Princípio Constitucional da Moralidade Administrativa, para obstar a nomeação de cargos comissionados, pois dentro do microsistema da probidade administrativa, estabelece critérios claros e objetivos para impedir a assunção de cargos públicos.

Em verdade, mostra-se um contrassenso, quando não desvio de poder, que um indivíduo impedido de candidatar-se a qualquer cargo eletivo por infringência à ‘Lei da Ficha Limpa’, possa ser nomeado para um cargo comissionado onde irá gerir recursos públicos.

A título de ilustração citemos o seguinte exemplo bastante corriqueiro no Brasil: ‘A’ não pode ser candidato a Prefeito da cidade ‘X’, em razão de enquadrar-se numa das hipóteses de inelegibilidade da ‘Lei da Ficha Limpa’. Contudo, deflagrado o processo eleitoral, ‘B’, candidato apoiado por ‘A’, é eleito Prefeito da cidade ‘X’. Após a investidura de ‘B’ como Prefeito do Município ‘X’, este nomeia ‘A’ para exercer o cargo de Secretário Municipal de Administração e Finanças.

O Juiz Federal de Mato Grosso, com exercício no TRE/MT, Julier Sebastião da Silva, em palestra proferida no XVIII Seminário de Atualização de Normas e Procedimentos de Controle Externo (SEMAT)³, promovido pelo Tribunal de Contas do DF, no ano de 2012, sustentou a possibilidade de aplicação das hipóteses da ‘Lei da Ficha Limpa’, para fins de balizamento em provimento de cargos de livre nomeação e exoneração, em razão de inexistirem restrições constitucionais neste sentido. Logo, o que aqui se defende não constitui propriamente nenhuma novidade.

A Constituição Federal, por outro lado, estabelece os requisitos da Idoneidade Moral

3 Tribunal de Contas do Distrito Federal. “XVIII SEMAT – Aplicação da Lei da Ficha Limpa no serviço público é tema de debate”. Disponível em: <<https://www.tc.df.gov.br/xviii-semat-aplicacao-da-lei-da-ficha-limpa-no-servico-publico-e-tema-de-debate>>. Acesso em: 20 de mar. 2019.

e Reputação Ilibada para assunção de diversos cargos importantes, quais sejam: Ministro do Tribunal de Contas da União (art. 73, § 1º, II); composição dos membros do Tribunal Superior Eleitoral dentre as vagas dos advogados (art. 119, inciso II); composição dos membros dos Tribunais Regionais Eleitorais dentre as vagas dos advogados (art. 120, §1º, inciso III); membros dos Tribunais de Contas dos Estados (art. 235, III); Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados, dentre as vagas destinadas aos advogados (art. 235, V, ‘b’); Desembargadores dos Tribunais Regionais Federais, dentre as vagas destinadas aos advogados (art. 93); composição dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 101); membros do Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B, XIII); Ministros do Superior Tribunal de Justiça (art. 104, parágrafo único); composição do Tribunal ‘Superior do Trabalho (art. 111-A) ; composição do Conselho Nacional do Ministério Público (art. 130-A, VI); e o Advogado-Geral da União (art. 131. § 1º).

Não há dispositivo constitucional, ou infraconstitucional, que defina os conceitos de Idoneidade Moral e Reputação Ilibada, tratando de conceitos jurídicos abertos ou indeterminados, pois construídos a partir de exercícios de abstração, que carecem de complementação por via de critérios hermenêuticos. Pois bem, dentro do microsistema legal da moralidade e probidade administrativa, tem-se que a compreensão de tais conceitos pode ser estabelecida mediante a leitura atenta do inciso I do caput do art. 1º, da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, alterado pela ‘Lei da Ficha Limpa’.

Tem-se neste corpo legislativo, hipóteses claras e objetivas de incidência para obstar o acesso aos importantes cargos públicos estabelecidos na própria Constituição Federal. Neste sentido, os Poderes da República começaram a editar atos normativos internos, para fins de aplicar a Lei da Ficha Limpa para os atos de nomeação em cargos de livre provimento.

Primeiramente, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ editou a Resolução nº 156/2012 e proibiu a designação para função de confiança, ou a nomeação para cargo em comissão de pessoa que tenha praticado atos tipificados como causa de inelegibilidade prevista na legislação eleitoral.

O Poder Executivo Federal, após um longo lapso temporal, editou o Decreto nº 9.727/2019, que dispõe sobre os critérios, o perfil profissional e os procedimentos gerais a serem observados para a ocupação dos cargos em comissão, posteriormente estendido para estabelecer critérios gerais a serem observados para a ocupação de cargos em comissão e funções de confiança na administração pública federal direta, autárquica e fundacional, sendo o seguinte: “I - idoneidade moral e reputação ilibada; II - perfil profissional ou formação acadêmica compatível com o cargo ou a função para o qual tenha sido indicado; e III - não enquadramento nas hipóteses de inelegibilidade previstas no inciso I do caput do art. 1º da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990.”

A Resolução do CNJ e o Decreto Presidencial tomam, como fundamento principiológico, os princípios constitucionais da moralidade, da legalidade e da probidade que orienta todos os atos administrativos, demonstrando, ademais, que os conceitos de ‘idoneidade moral’ e ‘reputação ilibada’ e da Lei da Ficha Limpa andam de mãos dadas.

4 DOS CASOS CONCRETOS ONDE O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA MORALIDADE FOI APLICADO PARA IMPEDIR A NOMEAÇÃO DE AGENTES PARA CARGOS PÚBLICOS

Até o presente momento, verificamos que há fundamentos jurídicos para obstar-se a nomeação de cargos públicos daqueles indivíduos que tenham violado a Lei da Ficha Limpa, incidindo numa das hipóteses de incidência inciso I, do *caput*, do art. 1º, da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990.

Em contrapartida, pode-se apontar que as designações de cargos em comissão e aos cargos políticos, inclusive aqueles previstos constitucionalmente, que exigem reputação ilibada e idoneidade moral, entrariam na esfera da discricionariedade do agente político responsável pela indicação.

Ora, a discricionariedade administrativa não significa liberdade irrestrita do agente público. Muito menos, impossibilita a fiscalização, em especial mediante a provocação dos demais Poderes Republicanos, especialmente em razão do sistema de freios e contrapesos.

O Supremo Tribunal Federal - STF não possui jurisprudência quanto a aplicação, em caso concreto, da Lei da Ficha Limpa para fins de impossibilitar a nomeação em cargos públicos.

Contudo, a Suprema Corte, quando provocada, invocou o princípio constitucional da moralidade administrativa, para impedir o acesso a cargos públicos de agentes, justamente criando arranjos institucionais preventivos à prática de corrupção.

Primeiramente, deve ser destacado o enunciado da Súmula Vinculante nº 13⁴, onde o STF enfrentou a questão do nepotismo na administração pública, sem que houvesse conteúdo normativo expresso, bastando a mera incidência do princípio da moralidade administrativa, declarando a incompatibilidade da prática com os princípios constitucionais da administração pública. Neste sentido, colacionamos

4 A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

o seguinte julgado do STF:

Não é privativa do chefe do Poder Executivo a competência para a iniciativa legislativa de lei sobre nepotismo na administração pública: leis com esse conteúdo normativo dão concretude aos princípios da moralidade e da impessoalidade do art. 37, caput, da Constituição da República, que, ademais, tem aplicabilidade imediata, ou seja, independente de lei. Precedentes. Súmula Vinculante 13. [RE 570.392, rel. min. Carmen Lucia, j. 11-12-2014, P, DJE de 19-2-2015, Tema 29].

Na história recente do STF houve dois casos notórios, onde a Suprema Corte, em decisões monocráticas, diga-se de passagem, sustou ato de nomeação de Ministros pelo Chefe do Poder Executivo Federal.

O primeiro caso deu-se com a nomeação do ex-Presidente da República Luís Inácio Lula da Silva ao cargo de Ministro da Casa Civil, pela então presidente Dilma Rouseff. Segundo os fatos divulgados à época, o ex-Presidente seria investigado por atos de corrupção, e a sua nomeação para o Ministério da Casa Civil teria como objetivo conferir-lhe foro por prerrogativa de função, alterando, artificialmente, a competência do Juízo onde tramitavam seus processos criminais. Desta feita, citamos trecho da decisão proferida nos autos do MS 34.071 MC/DF, tendo como Relator o Ministro Gilmar Mendes, onde acentua o princípio da moralidade como motivação fundamental, vejamos:

Nenhum Chefe do Poder Executivo, em qualquer de suas esferas, é dono da condução dos destinos do país; na verdade, ostenta papel de simples mandatário da vontade popular, a qual deve ser seguida em consonância com os princípios constitucionais explícitos e implícitos, entre eles a probidade e a moralidade no trato do interesse público *'lato sensu'*.

“O princípio da moralidade pauta qualquer ato administrativo, inclusive a nomeação de Ministro de Estado, de maneira a impedir que sejam conspurcados os predicados da honestidade, da probidade e da boa-fé no trato da *'res publica'*.”

[...]

Apesar de ser atribuição privativa do Presidente da República a nomeação de Ministro de Estado (art. 84, inciso I, da CF), o ato que visa o preenchimento de tal cargo deve passar pelo crivo dos princípios constitucionais, mais notadamente os da moralidade e da

impessoalidade (interpretação sistemática do art. 87 c/c art. 37, II, da CF).

A propósito, parece especialmente ilustrativa a lição de Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero, na obra “Ilícitos Atípicos”. Dizem os autores, a propósito dessa categoria: “Os ilícitos atípicos são ações que, *prima facie*, estão permitidas *por* uma regra, mas que, uma vez consideradas todas as circunstâncias, devem considerar-se proibidas”. (ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Rui. Ilícitos Atípicos. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2006, p. 12)

E por que devem ser consideradas proibidas? Porque, a despeito de sua aparência de legalidade, porque, a despeito de estarem, à primeira vista, em conformidade com uma regra, destoam da razão que a justifica, escapam ao princípio e ao interesse que lhe é subjacente. Trata-se simplesmente de garantir coerência valorativa ou justificativa ao sistema jurídico e de apartar, com clareza, discricionariedade de arbitrariedade.

O mesmo raciocínio abarca os três institutos bem conhecidos da nossa doutrina: abuso de direito, fraude à lei e desvio de finalidade/poder. Todos são ilícitos atípicos e têm em comum os seguintes elementos: 1) a existência de ação que, *prima facie*, estaria em conformidade com uma regra jurídica; 2) a produção de um resultado danoso como consequência, intencional ou não, da ação; 3) o caráter injustificado do resultado danoso, à luz dos princípios jurídicos aplicáveis ao caso e 4) o estabelecimento de uma segunda regra que limita o alcance da primeira para qualificar como proibidos os comportamentos que antes se apresentavam travestidos de legalidade. Especificamente nos casos de desvio de finalidade, o que se tem é a adoção de uma conduta que aparenta estar em conformidade com um certa regra que confere poder à autoridade (regra de competência), mas que, ao fim, conduz a resultados absolutamente incompatíveis com o escopo constitucional desse mandamento e, por isso, é tida como ilícita.

O segundo caso ilustrativo deu-se por ocasião da nomeação pelo ex-Presidente da República Michel Temer da então Deputada Federal Cristiane Brasil, para exercer o cargo de Ministra do Trabalho. Na ocasião, um grupo de advogados ingressou com uma Ação Popular com pedido de liminar para suspensão da posse, tendo como principal fundamento jurídico o artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, em especial o Princípio da Moralidade da Administração Pública, eis que a nomeada teria diversas condenações

(não adimplidas) perante a Justiça Laboral, tornando incompatível o exercício do cargo nomeado.

Nesta ocasião, o Supremo Tribunal Federal foi novamente provocado nos autos da Medida Cautelar na Reclamação nº 29.508 – Distrito Federal, em decisão da Ministra Carmen Lúcia cuja ementa foi a seguinte:

RECLAMAÇÃO. ANÁLISE EXCLUSIVA DA ALEGADA INCOMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA CONHECER DA SUSPENSÃO DE LIMINAR. AUSÊNCIA DO ATO RECLAMADO: NECESSIDADE DE INTEIRO TEOR. ATO DE NOMEAÇÃO: QUESTÃO POSTA NA AÇÃO POPULAR. RISCO DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MEDIDA LIMINAR PARCIALMENTE DEFERIDA PARA SUSPENDER A POSSE NA DATA APRAZADA. PROVIDÊNCIAS PROCESSUAIS.

Vê-se, portanto, o início de uma construção jurisprudencial quanto à aplicação do princípio da moralidade para fins de revisão, pelo Judiciário, de atos discricionários de outro Poder.

Com efeito, órgãos como o Ministério Público poderá utilizar de expedientes extrajudiciais como Recomendações e Termos de Ajustamento de Conduta com gestores públicos das esferas municipais, estaduais e federais, no afã aplicar a Lei da Ficha Limpa para convencionar que os editais de concurso público admitam os critérios para nomeação de cargos públicos, ou mesmo ajustando como critério de nomeação aos cargos comissionados.

Por outro lado, em caso de nomeação de cargos comissionados e de agentes políticos (com previsão constitucional), o Poder Judiciário poderá ser provocado pelos agentes legitimados por intermédio de Ação Popular e Ação Civil Pública no afã de anular o ato administrativo.

Assim, utilizando-se dos precedentes da Suprema Corte anteriormente mencionados, poderá, por exemplo, questionar-se, na justiça, a nomeação de ex-prefeito ficha suja para cargo de Secretário de Administração, sem prejuízo da respectiva ação de improbidade administrativa contra o gestor responsável pela nomeação, com fundamento em ato de improbidade que atenta contra princípio da administração pública por violação aos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, notadamente, ao praticar ato visando a fim proibido em lei, ou regulamento ou diverso daquele

previsto na regra de competência, prevista no art. 11, inciso I, da Lei nº 8.429/1992.

5 CONCLUSÃO

O exercício de uma função pública consiste, essencialmente, em cumprir uma atividade de interesse público, seja no âmbito político ou administrativo. O preenchimento dessas funções públicas repercute na construção da sociedade e do Estado, bem como no fortalecimento institucional e desenvolvimento das sociedade, sendo necessário haver um balizamento normativo-ético para admitir o acesso de indivíduos nessas funções.

A Lei da Ficha Limpa inovou, por completo, o ordenamento jurídico nacional. Primeiro, em razão de ser um dos primeiros diplomas oriundo de ampla participação e proposta popular, a demonstrar que há desejo da sociedade em qualificar os mandatários detentores de cargos públicos e aperfeiçoar o serviço público em geral.

A inovação, claramente, visa a buscar soluções ao estado de coisas e às velhas práticas espúrias dos agentes públicos, que sangram os cofres públicos, e trazem reflexo direto no cidadão: a merenda inexistente nas escolas públicas, o posto de saúde sem medicamentos, diversas obras inacabadas, etc, são alguns dos reiterados exemplos.

A dinâmica atual da sociedade também não permite que o direito seja visto em compartimentos estanques e isolado, especialmente, após a Constituição Federal de 1988. Basta ver que o Código Civil, que, em regra, estaria restrito a regra entre particulares possui diversas regras de ordem pública.

A Lei da Ficha Limpa, ao alterar a Lei de Inelegibilidades, em especial, o inciso I, do *caput* do art. 1º, da Lei Complementar nº 64/1990, tipificou condutas completamente incompatíveis com a assunção de qualquer cargo público.

Desta forma, tal norma, dentro de uma microssistema legal da probidade pública, deve irradiar seus efeitos para permitir sua incidência nos cargos comissionados, e naquelas relevantes funções públicas onde há expressa exigência pela ‘idoneidade moral’ e ‘reputação ilibada’.

A Resolução nº 156/2012 do CNJ e o Decreto Presidencial nº 9.727/2019, assim como a Súmula Vinculante nº 13 do STF, além de decisões monocráticas da Suprema Corte, demonstram que há compatibilidade da Lei da Ficha Limpa com o princípio constitucional da moralidade e conformação do ordenamento jurídico como um todo com critérios sérios e éticos para contratação de funcionários públicos, visando prevenir práticas corruptas, como fixado pelas Nações Unidas na Convenção Contra a Corrupção.

As regras e arranjos institucionais, seguindo este balizamento, permitirão o aperfeiçoamento democrático, prevenindo práticas corruptas e possibilitando o incremento de

práticas produtivas que levarão ao desenvolvimento socioeconômico do país.

THE APPLICATION OF THE ‘CLEAN RECORD LAW’ AS A BIT FOR NOMINATION IN PUBLIC POSITIONS

ABSTRACT

This article addresses the possibility of applying the ‘Clean Record Law’ beyond the scope of Electoral Law, within the context of ‘the legal microsystem of public morality and the protection of public assets’ linked to the Constitutional Principle of Administrative Morality. A historical-sociological evolution of the need to pay attention to the subjective and objective criteria of individuals able to assume public positions is presented as a way of institutional improvement of societies in preventing corruption. Through two decisions of the Federal Supreme Court, the emergence of jurisprudence in the application of the ‘Clean Record Law’ in addition to electoral law can be seen.

Keywords: Clean Record Law. Constitutional Principle of Administrative Morality. Legal microsystem of public morality and protection of public assets.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- ARISTÓTELES. **A Política**. 1ª Edição, Blue Editora, Kindle Edition, 2018.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômano**. 1ª Edição, Blue Editora, 2018.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 13ª ed, 5ª reimpressão, 2016.
- BONAVIDES, Paulo (org.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 05 de outubro de 2020.
- Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 156 de 08/08/2012: Proíbe a designação para função de confiança ou a nomeação para cargo em comissão de pessoa que tenha praticado os atos que especifica, tipificados como causa de inelegibilidade prevista na legislação eleitoral, e dá outras providências**. Disponível: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2531>. Acesso em 20 de março de 2019.

Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Disponível em https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf. Acesso em 17 de julho de 2019.

DALLAGNOL, Deltan. **A luta contra a corrupção**. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

GARCIA, Emerson; PACHECO ALVES, Rogério. **Improbidade Administrativa**. 8ª ed. São Paulo; Saraiva, 2014.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. 2ª edição. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LLOSA, Mário Vargas. **A civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.

MEDEIROS, Marcílio Nunes. **Legislação eleitoral comentada e anotada**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

NORTH, Douglass G. **Instituições, mudança institucional e desempenho econômico**. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência**. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. **Corrupção e governo: causas, consequências e reforma**. FGV Editora. Edição do Kindle, 2020.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **Da Democracia na América**. Campinas/SP: Vide Editorial, 2019.

VITORELLI, Edilson (org.). **Manual de Direitos Difusos**. Salvador. JusPodivm, 2018.

WALZER, Michael. **Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Tribunal de Contas do Distrito Federal. **“XVIII SEMAT – Aplicação da Lei da Ficha Limpa no serviço público é tema de debate”**. Disponível em: <https://www.tc.df.gov.br/xviii-semat-aplicacao-da-lei-da-ficha-limpa-no-servico-publico-e-tema-de-debate/>. Acesso em: 20 mar. 2019.

Presidência da República. **Crêterios de Ocupação de Cargos e Funções. Disponível em:** <http://www.brasil.gov.br/noticias/ultimas-noticias/governo-federal-cria-conselho-brasil-ocde-e-selo-arte-para-certificar-a-qualidade-de-produtos-artesanais-de-origem-animal/criterios-ocupacao-de-cargos-e-funcoes.pdf/view>. Acesso em: 20 mar. 2019.

Presidência da República. **Decreto nº 9.727/2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9727.htm#art15. Acesso em: 20 mar. 2019.

A POLÍTICA DE EXTINÇÃO DO ENSINO
NOTURNO NO MUNICÍPIO DE MANAUS EM
CONTRADIÇÃO AO ART. 208, I E VI, DA CRFB

*THE EXTINCTION POLICY OF NIGHT SCHOOL
CLASSES IN THE CITY OF MANAUS IN CONTRADICTION
TO ART. 208, I AND VI, OF THE CONSTITUTION OF BRAZIL*

A POLÍTICA DE EXTINÇÃO DO ENSINO NOTURNO NO MUNICÍPIO DE MANAUS EM CONTRADIÇÃO AO ART. 208, I E VI, DA CRFB¹

THE EXTINCTION POLICY OF NIGHT SCHOOL CLASSES IN THE CITY OF MANAUS IN CONTRADITION TO ART. 208, I AND VI, OF THE CONSTITUTION OF BRAZIL

*Maria Suely Cruz de Almeida²
Giovan Nonato Rodrigues Soriano³*

RESUMO

Este artigo visa a contrapor a redução da oferta de ensino noturno no Município de Manaus aos dispositivos e princípios constitucionais relativos à educação. Para tanto, recorreu-se ao método de abordagem dedutivo, do caráter geral da norma constitucional, a fim de aplicá-la ao caso em concreto, sendo utilizados o procedimento monográfico e o estudo de caso, e, como técnica de pesquisa, a documentação indireta, por meio de pesquisa bibliográfica e documental. Como conclusão, tem-se que, por se tratar de direito indisponível individual, o município não pode usar de discricionariedade para se furtar da oferta dessa modalidade de ensino.

Palavras-chave: Direito à educação. Política Educacional. Ensino Fundamental. Ensino Noturno. Educação de Jovens e Adultos.

1 INTRODUÇÃO

Mesmo insculpido no texto constitucional como um direito social, formal e mate-

¹ Data de Recebimento: 09/10/2020. Data de Aceite: 23/11/2020.

² A autora é graduada em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis (1999), graduação em Educação pela Universidade Federal do Amazonas (1990) e mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2005). Professora titular do curso de direito do Centro Integrado de Ensino Superior do Amazonas, e do curso de direito da Faculdade Martha Falcão. Assessora jurídica da Assembleia Legislativa do Estado do Amazonas. E-mail: profinsuelyca@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8747358021342372>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8603-8154>.

³ O coautor é graduando do Curso de Direito. Graduado em Letras pela Universidade Federal do Amazonas. Pós-Graduado em Metodologia do Ensino Superior. Professor da Secretaria Municipal de Educação e Redator estatutário na Assembleia Legislativa do Estado do Amazonas. E-mail: giovan.soriano@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5131278275065176>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6361-4013>.

rialmente, fundamental, o acesso à educação para os jovens e adultos que, por eventuais necessidades, desventuras ou percalços da vida, não conseguiram concluir os seus estudos na idade estimada pelo sistema educacional ainda é negligenciado e, até mesmo, cerceado pela administração pública.

Tal constatação serviu de mote para o presente trabalho, no qual se busca averiguar a drástica redução, nos últimos dez anos, do número de turmas do turno noturno de Ensino Fundamental no Município de Manaus, fenômeno este que, caso persista no atual ritmo decrescente, ocasionará sua extinção na rede municipal de ensino e, com isso, deixará desassistidas milhares de pessoas com defasagem de aprendizagem, mas que buscam concluir, ao menos, esse nível de ensino.

Nesse contexto, parte-se da hipótese de que o Município de Manaus, na última década, adotou uma política de erradicação do turno noturno em suas unidades de ensino, o que afronta princípios constitucionais, como o princípio da universalidade do acesso à educação, o princípio da igualdade de condições para acesso e permanência na escola, o princípio da liberdade de aprender, o princípio da gratuidade do ensino e, igualmente, outros princípios fundamentais como o princípio da igualdade e o princípio da dignidade da pessoa humana, além de normas constitucionais, em especial, as estampadas na Seção I do Capítulo III do Título VIII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A partir disso, esse trabalho firmou como escopo analisar a política de extinção do ensino noturno no Município de Manaus, sob a perspectiva de princípios e normas constitucionais. Para isso, é apresentado, de início, um arcabouço jurídico como fundamento ao direito à educação, sublinhando a obrigatoriedade de oferta pelo Município e o direito de o cidadão de escolaridade fundamental incompleta ter acesso ao ensino noturno fundamental. Em seguida, é traçado um panorama com os dados da última década referentes a taxa de escolaridade da população, o percentual de vagas fechadas no ensino noturno e a legislação municipal referente ao ensino noturno fundamental. E, por último, é apresentada uma análise e discussão sobre essa política frente ao que é postulado sobre educação pelas normas constitucionais.

Para a consecução desse mister, a pesquisa se valeu do método dedutivo, partindo do caráter geral da norma constitucional sobre ensino e educação, a fim de aplicá-la ao caso em concreto da política pública de ensino noturno do Município de Manaus. Foram utilizados ainda o procedimento monográfico e o estudo de caso, e, como técnica de pesquisa, fez-se uso de documentação indireta, por meio não só de pesquisa bibliográfica (livros e artigos científicos), como de pesquisa documental (arquivos públicos e fontes estatísticas).

2 A IMPORTÂNCIA DA EDUCAÇÃO PARA A CONCRETIZAÇÃO DE PRECEITOS FUNDAMENTAIS COMO A CIDADANIA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Para se tratar da dimensão constitucional de determinado tema, faz-se necessário recorrer-se à hermenêutica e a seus métodos para que bem se possa, assim, “delimitar o alcance da norma jurídica, de modo a extrair o ‘espírito da norma’, ou seja, o real sentido que a norma jurídica deverá assumir no exame do caso concreto” (VASQUES, 2016).

Dito isso, importa lembrar que não é possível analisar a problemática do ensino noturno isoladamente, vez que esta se encontra intimamente conectada a outras matérias, como o direito à educação, a universalidade do ensino, a cidadania, a primazia do trabalho, e, essencialmente, a igualdade material e a dignidade da pessoa humana, conforme bem esclarece Ingo Sarlet ao enfatizar que:

[...] os direitos sociais somente podem ser compreendidos (e aplicados) de modo adequado a partir de uma análise conjunta e sistemática de todas as normas constitucionais que direta e indiretamente a eles se vinculam, bem como à luz de toda a legislação infraconstitucional e da jurisprudência que os concretiza. Além disso, na sua condição de direitos fundamentais (pelo menos esta a perspectiva adotada), os direitos sociais exigem uma abordagem que esteja em permanente diálogo com a teoria geral dos direitos fundamentais. (SARLET, 2018, p. 639).

Seguindo, então, o parâmetro do método lógico-sistemático de interpretação constitucional, o presente trabalho inicia sua análise por alguns preceitos fundamentais da República, informados logo no art. 1.º, da Constituição de 1988 – CRFB/1988: a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

A acepção de cidadania, pertinente ao raciocínio aqui desenvolvido, não diz respeito ao viés tradicional, que a tem como um vínculo do cidadão com a organização política de um determinado Estado, tampouco àquele que a reduz ao simples ato de alistamento eleitoral e de voto, mas sobretudo considera que:

Ela se configura na participação dos cidadãos nas decisões políticas da sociedade. Porém, não se restringe ao voto, exaurindo-se de forma imediata – o voto é apenas uma etapa desse processo. Todas as vezes que um cidadão se posiciona frente à atuação estatal, criti-

cando ou apoiando determinada medida, está realizando um exercício de cidadania. Tomada em acepção ampla, abrange uma série de fatores que permitem o exercício consciente dos direitos políticos, como à educação, à informação, ao emprego, à moradia etc. Tem seu nascimento tipificado quando o cidadão se torna consciente de seus deveres e de suas obrigações na sociedade. (CANOTILHO *et al.*, 2018, p. 281).

Como se pode extrair do excerto, a cidadania pressupõe postura ativa frente às ações estatais, conquistada por meio de um processo de conscientização sobre os direitos políticos, necessária ao pleno desenvolvimento da personalidade do cidadão que, caso não receba instrução e conhecimento sobre isso, será um ser passivo, incapaz de reivindicá-los frente ao Estado. Logo, a educação é imprescindível na vida do indivíduo para que haja cidadania em plenitude, ou seja, exercida de forma consciente e autônoma.

Consoante a isso, Marshall, apud Nunes, dividiu o conceito de cidadania em três elementos, a saber:

[...] o elemento civil é composto dos direitos necessários à liberdade individual – liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa, pensamento e fé, o direito à propriedade [...]. Por elemento político se deve entender o direito de participar no exercício do poder político, como um membro de um organismo investido da autoridade política ou como um eleitor dos membros de tal organismo. [...] elemento social se refere a tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo, na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade. As instituições mais intimamente ligadas com ele são o sistema educacional e os serviços sociais. (NUNES, 2018, p. 1234).

Disso se infere o papel crucial que tem uma educação formal de qualidade e acessível para todos os sujeitos, visto que, sem ela, a sua potencialidade como cidadão, no que concerne à liberdade individual, à participação no exercício do poder político e ao acesso a direitos de bem-estar econômico e segurança, restará comprometida e limitada frente às políticas que lhes são ditadas pelo Estado.

No que concerne à dignidade da pessoa humana, diferentemente das Cartas Constitucionais anteriores, como a de 1824, que vinculava a dignidade da nação à do imperador e de sua esposa; ou a de 1934, para a qual a dignidade da pessoa humana dependia da

organização da Ordem Econômica e Social, ou a de 1946, para a qual a dignidade da pessoa humana se restringia ao trabalho, a Constituição Federal de 1988 a concebeu, conforme Canotilho et al (2018), como princípio motriz, fundamento do Estado Democrático, no qual a finalidade e a justificação do próprio Estado e do exercício do poder estatal, dá-se em função da pessoa humana, e não o contrário.

Em outras palavras, na atual ordem constitucional brasileira, o princípio jurídico da dignidade da pessoa humana tem valor fundamental, tanto no papel de fonte de direitos e deveres sobre situações concretas, quanto no papel interpretativo para informar o sentido e o alcance dos direitos constitucionais (BARROSO, 2018).

Barroso (2018), ao reconhecer a necessidade de dotar o conceito de dignidade de um conteúdo mínimo que lhe dê unidade e objetividade à sua aplicação, propõe, para sua sistematização, três elementos: valor intrínseco da pessoa humana (dá origem ao direito à vida, à igualdade, à integridade física, moral e psicológica), autonomia individual (envolve a dimensão privada – liberdade de consciência, de expressão, de trabalho e de associação; a dimensão pública – direitos políticos, de participação na condução da coisa pública, dentre outras; e o mínimo existencial – satisfação das necessidades indispensáveis à existência física e psíquica, pré-condições para o exercício dos direitos individuais e políticos, da autonomia (privada e pública), e valor comunitário (responsabilidades e deveres do indivíduo em relação ao coletivo), envolve a proteção de direitos de terceiros, a proteção do indivíduo contra si próprio, e a proteção de valores sociais.

Com base nesses elementos conceituais, elencados por Barroso, pode-se seguramente afirmar que negar, ou cercear o indivíduo do seu direito à educação representa uma flagrante afronta ao princípio da dignidade da pessoa, porque, o sujeito alijado desse processo primordial para o seu desenvolvimento, terá subtraída não só a igualdade material, que deveria ser promovida por meio de ações estatais, bem como a liberdade e, conseqüentemente, a autonomia, tornando-o, assim, mais vulnerável à manipulação e à dependência do Estado. Afinal, consoante afirma o professor André Ramos Tavares, “qualquer causa que venha a cercear sua capacidade de decidir, sua vontade racional, estará vilipendiando o homem e, por conseguinte, a sua dignidade” (TAVARES, 2018, p. 309).

Para reforçar a importância de assegurar-se a oferta de educação formal e o vínculo desta com a dignidade humana, segue-se com o entendimento de Tavares acerca da dupla dimensão da dignidade, sobre a qual transcreve os dizeres de Perez Luño, ancorado no magistério de Werner Maihofer: “A dignidade humana consiste não apenas na garantia negativa de que a pessoa não será alvo de ofensas ou humilhações, mas também agrega a afirmação positiva do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo” (TAVARES, 2018, p. 309 – sem destaques no original).

Portanto, o desenvolvimento da personalidade não alcançará esse caráter pleno, enquanto o Estado não agir nesse intuito e continuar negando direitos que contribuem para o crescimento de cada indivíduo, como o acesso e a permanência na escola daqueles que não concluíram a educação básica, pois como bem afirma Machado “não é demais afirmar que é por meio da educação que os fundamentos do Estado Democrático de Direito podem ser realizados e os objetivos da República Federativa do Brasil atingidos, postulados básicos estabelecidos respectivamente nos arts. 1.º e 3.º de nossa Carta Constitucional” (MACHADO, 1028, p. 1072).

3 O ENSINO NOTURNO NO CONTEXTO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS À EDUCAÇÃO

A educação cumpre um papel social tão abrangente que assume uma dimensão de essencialidade na concretização dos princípios, direitos e garantias fundamentais, bem como na materialização da ordem social. Afinal, é por meio da possibilidade de se apropriar formalmente da cultura, dos valores e do conhecimento do grupo em que se está inserido, com a perspectiva de contribuir, com autonomia, determinação e liberdade, para melhoria de sua própria vida e de seu coletivo, que se pode pensar em uma sociedade justa e em uma vida digna.

Apresentada de forma genérica e vaga como direito fundamental básico, no art. 6.º da CF, a educação foi melhor disciplinada como matéria nos arts. 205 a 214 do Capítulo III, onde é pormenorizado esse complexo de garantias e deveres que a permeiam, sem esquecer que, como bem esclarece Bulos (2014), a presença da educação na Carta Suprema ultrapassa a seção na qual foi depositada e esparrama-se ao longo de todo o articulado constitucional, por vários dispositivos que tocam direta e indiretamente o assumo.

Em que pese ao caráter analítico dado à educação na Carta de 1988, a abordagem do presente trabalho se restringirá aos dispositivos constitucionais que guardam maior pertinência, direta ou indiretamente, com a temática do ensino noturno e da responsabilidade do Município sobre esse nível e modalidade de ensino.

Para começar, do art. 205 da CRFB/1988, destaca-se, em sua literalidade, a garantia da educação enquanto “direito de todos”, ou seja, o princípio da universalidade do acesso à educação, aqui relacionado ao sentido de generalidade da oferta e do acesso que devem se estender a cada indivíduo, inclusive àqueles que não tiveram acesso na idade própria. Nos dizeres de Machado (2018), todo brasileiro detém a prerrogativa legal de exigir esse direito tanto da família, quanto do Estado.

Assim sendo, trata-se de “um direito fundamental e indisponível dos indivíduos. É

dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. Dever a ele imposto pelo preceito veiculado pelo artigo 205 da Constituição do Brasil. A omissão da administração importa afronta à Constituição” (STF-RE 594.018-AgR, Rel. Ministro Eros Grau em 23/06/2009 - DJe 07/08/2009).

Diante disso, verificamos que o Estado, no encargo de titular da obrigação de promover o direito à educação, deve imbuir-se de uma compreensão global no sentido de assegurar a educação formal em todos os níveis e modalidades, em todas as regiões e por todos os meios, tanto por:

[...] oferta direta, ou seja, mediante a criação ou incorporação, manutenção e administração de estabelecimentos escolares públicos, como também por mecanismos indiretos, como a oferta de bolsas, financiamentos e outras formas de estímulo que possam dar condições para a frequência à escola. (CANOTILHO *et al*, 2018, p. 3605).

Cabe aqui observar que, em que pese ao art. 205, da Constituição, atribuir, de igual forma, o dever de educar à família e ao Estado em colaboração com a sociedade, o presente trabalho tem seu enfoque sobre o papel do Estado nesse mister, melhor dizendo, sobre o dever de o Município prover educação (Ensino Fundamental) a todos, o que inclui jovens e adultos sem nenhuma ou baixa escolaridade.

Ainda na letra do art. 205, são definidos os objetivos da educação brasileira, assim interpretados por Canotilho *et al* (2018): (i) o pleno desenvolvimento da pessoa, que consiste na formação de indivíduos para a autonomia intelectual e moral e respeitadores dessa autonomia em outrem; (ii) preparo do exercício da cidadania, que consiste em uma formação e emancipação do sujeito para a democracia, com autonomia, visão de mundo livre de intolerância preconceito e discriminação, sentimento de responsabilidade pelo mundo, consciência das responsabilidades cívicas, e do valor dos direitos individuais e sociais; (iii) qualificação para o trabalho, que consiste no permanente aperfeiçoamento, marcado pela dinamicidade e pela inovação que, a cada dia, trazem novos desafios aos trabalhadores modernos.

Não é redundante repisar que o indivíduo que não teve acesso na idade própria e vê negada a oportunidade de concluir a educação básica, por não ter a oferta de ensino noturno para frequentar, é duplamente injustiçado ao ser prejudicado no seu pleno desenvolvimento como pessoa, afastado do exercício cabal de sua cidadania e desqualificado para o trabalho do mundo moderno, pois não lhe foram asseguradas a oferta e a permanência nem na idade adequada, muito menos agora, quando já está próximo ou já chegou à idade adulta.

O art. 206, com diversos dispositivos diretamente aplicáveis e dotados de plena eficácia, contempla os princípios que embasam o ensino. Dentre esses, destaque-se a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, sendo:

[...] o acesso, representado pela matrícula escolar, vem a ser tão somente o ponto de partida para a formação do aluno, enquanto o princípio da permanência será o garantidor da saída do educando do sistema devidamente apto física, moral e intelectualmente. Os princípios do acesso e da permanência exigem que o Estado mantenha uma prática material, concreta e efetiva para viabilizá-los. (MACHADO, 2018, p. 1072).

Por esse princípio, tem-se que a educação é meio e fim em si mesma, pois ao mesmo tempo em que constitui um importante aparato estatal de promoção de condições de igualdade social, também necessita que o Estado mantenha-se atento às situações sociais desiguais ou diferenciada na sociedade de forma a oferecer políticas sociais de inclusão aos mais diversos segmentos sociais, como pessoas com deficiência, indígenas, pessoas de baixa renda, habitantes de regiões isoladas e, in casu, todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria.

Em segundo lugar, o princípio da liberdade de aprender (art. 206, II), entendido como “o resultado de uma condição de liberdade de escolha, do reconhecimento das potencialidades de cada pessoa em sua essência ou dignidade” (MACHADO, 2018, p. 1073), constituindo hipótese de violação a negação de oferta de ensino àqueles sem Ensino Fundamental completo, uma vez que lhes é negada a opção de retornar e prosseguir nos estudos.

O terceiro princípio apropriado para a discussão aqui proposta diz respeito à gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais (art. 206, IV). Complementado pelo art. 208, VII, que prevê o atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde, consiste em mecanismo garantidor da educação a todos, no qual a gratuidade se dará, nos dizeres de Canotilho *et al.* (2018), em sentido mais amplo, tanto na forma de abstenção de pagamento de mensalidades e de quaisquer despesas, como na forma prestação, quando se trata das condições que o Estado deve colocar à disposição dos alunos para que estes desempenhem, com êxito, as tarefas escolares, condições essas costumeiramente negligenciadas à Educação de Jovens e Adultos - EJA.

Ao abordar o art. 208, da Constituição Federal, vê-se mais explicitamente a garantia

para o direito à educação abordada por este trabalho, quando se lê que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria (Art. 208, I).

Ao não oferecer ou oferecer irregularmente educação básica aos que a ela não tiveram acesso na idade própria, ficam inviabilizadas, de pronto, duas outras garantias previstas no art. 208, da CRFB/1988, a saber: a universalização do ensino médio (art. 208, II), e o acesso aos níveis mais elevados do ensino e da pesquisa (art. 208, V).

Disso se depreende a relevância de ações governamentais que assegurem o acesso à escola e à adequação do ensino às condições do educando, conforme bem expõe Costa Machado:

Esse preceito constitucional exige que o Estado, por meio de ações positivas, atenda ao princípio da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, oferecendo ao educando o ensino noturno regular adequado às suas condições, já que, normalmente, os cursos noturnos são procurados por pessoas com mais idade, as quais trabalham durante o dia e necessitam estudar à noite. (MACHADO, 2018, p. 1081).

A terminologia “ensino regular” empregada no art. 208, VI, é imprecisa, pois, pode se referir tanto à modalidade de Ensino Fundamental, distribuída em nove anos, como à oferta permanente, contínua e ininterrupta de ensino noturno.

Tal ambiguidade carece de ser esclarecida, por meio de investigações posteriores, pois isso implica em maiores obrigações ao Poder Público municipal que, nos últimos anos, tem ofertado, predominantemente, o ensino noturno na modalidade de Educação de Jovens e Adultos (EJA), que não é considerada uma modalidade regular (seriado em nove anos). Entretanto, caso o predicativo regular se refira ao caráter permanente da oferta, também vem a municipalidade falhando com sua obrigação, uma vez que vem restringindo essa oferta e, em alguns casos, interrompendo-a por completo.

4 RESPONSABILIDADE PRIORITÁRIA DO MUNICÍPIO PELO ENSINO FUNDAMENTAL PÚBLICO, OBRIGATÓRIO E GRATUITO

Com a promulgação da Constituição de 1988, os Municípios adquiriram autonomia como ente federativo com competências administrativas, financeiras e políticas (art. 18), cuja estrutura e funcionamento passaram a ser disciplinados por suas respectivas

Leis Orgânicas e pelos preceitos e competências constitucionais (art. 29-31).

Essa nova ordem Constitucional preservou para a União a competência para legislar sobre as diretrizes e bases da educação nacional, definiu atribuições privativas e comuns aos entes federados e concentrou a competência de execução nos Estados e Municípios (RANIERI, 2018).

Dentro dessa complexa repartição de competências, foi destinada ao Município a organização do seu sistema de ensino (art. 211, caput), e ação prioritária no Ensino Fundamental e na educação infantil (art. 211, § 2.º), daí o direcionamento deste estudo para a atuação da Poder Público Municipal diante dessa política de encolhimento da oferta do Ensino Fundamental no turno noturno, uma vez que, conforme previsão constitucional, cabe ao Município a responsabilização por eventuais omissões e irregularidades quanto à prestação desse nível de ensino.

Chamada de Carta Magna da Educação, a Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996 - LDB, em consonância ao disposto no art. 22, inciso XXIV, da CRFB, estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, dentre as quais, regulamenta o sistema educacional brasileiro, incumbindo, por meio de seu art. 11, inciso V, aos Municípios de:

[...] oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o Ensino Fundamental, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento do ensino. (BRASIL, 1996).

Como se observa, a LDB incorporou a redação do § 2.º do art. 211 da CRFB, reafirmando não só o caráter prioritário da atuação do Município quanto ao Ensino Fundamental, mas impondo uma condição restritiva para a sua atuação em outros níveis de ensino.

Por outras palavras, o Município é impedido de atuar em outros níveis de ensino como o médio e o superior, devendo ter, em primeira conta, as necessidades relativas à organização, manutenção e desenvolvimento pleno do sistema de ensino pelo qual é incumbido, assim dizendo, o Ensino Fundamental.

Por isso, deveria ser prioridade do Município de Manaus suprir de forma plena a carência de Ensino Fundamental de sua população, assegurando a oferta da modalidade EJA, destinada aos jovens, adultos e idosos, que não tiveram acesso à educação na escola convencional na idade apropriada, sendo desenvolvida primordialmente no turno noturno, tendo em vista a característica do seu alunado que, em decorrência da faixa etária,

via de regra, já possui outras prioridades, ou se ocupa de outros afazeres durante o dia.

Versa sobre a EJA, uma vasta legislação que visa assegurar sua oferta, organização e financiamento, dentre as quais se destaca, aqui, a Lei n. 10.880/2004, que instituiu o Programa de Apoio aos Sistemas de Ensino para Atendimento à Educação de Jovens e Adultos, no âmbito do Ministério da Educação, a ser executado pelo FNDE, com o objetivo de ampliar a oferta de vagas na educação fundamental pública de jovens e adultos, em cursos presenciais, com avaliação no processo, por meio de assistência financeira, em caráter suplementar, aos sistemas de ensino estaduais, municipais e do Distrito Federal; a Lei n. 13.005/2014, que aprovou o Plano Nacional de Educação; a Resolução CNE/CEB n. 1/2000, que Estabelece as Diretrizes Nacionais para a Educação de Jovens e Adultos; Resolução CNE/CEB n. 03/2010, que “institui Diretrizes Operacionais para a Educação de Jovens e Adultos nos aspectos relativos à duração dos cursos e idade mínima para ingresso nos cursos de EJA; idade mínima e certificação nos exames de EJA; e Educação de Jovens e Adultos desenvolvida por meio da Educação a Distância”; Resolução CNE/CEB n. 04/2010, que “define Diretrizes Curriculares Nacionais Gerais para a Educação Básica”; Resolução CNE/CEB n. 04/2010, que fixa as Diretrizes Curriculares para o Ensino Fundamental.

5 O ENSINO FUNDAMENTAL NOTURNO NO MUNICÍPIO DE MANAUS: CONTINGENTE POPULACIONAL SEM ENSINO FUNDAMENTAL COMPLETO

Nos dizeres de Agliardi (p. 15, 2012), o Brasil tem uma dívida social com milhões de jovens e adultos a quem, primeiramente, foram negadas políticas públicas que os permitissem concluir a escolaridade básica na idade correlata e, posteriormente, quando não é dada a importância devida à EJA, modalidade de ensino capaz de reverter esse quadro de desvantagens sociais dessa parcela da população brasileira.

Toda essa realidade está bem retratada nas estatísticas sobre a educação no Brasil e em Manaus, quando se constata a massiva demanda populacional desprovida de escolaridade em nível fundamental e, por conseguinte, potenciais alunos da Educação de Jovens e Adultos invisível e ignorada pelo Poder Público.

Dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE/2019, fornecidos por meio da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (Pnad), dão conta de que, no Brasil, 6,4% de pessoas com 25 anos ou mais de idade não possuem instrução, e 32,2% possuem Ensino Fundamental incompleto.

Já no Amazonas, a população estimada é de 4.144.597 habitantes, dos quais mais da metade, 2.219.580 habitantes, vivem na sua Capital Manaus. Desse contingente popu-

lacional, estatísticas do IBGE estimam que 28,5%, isto é, 632.066 de pessoas na faixa etária de 25 anos ou mais, não têm instrução ou não concluíram o Ensino Fundamental, dos quais 7% são de analfabetos.

Em relação a Manaus, dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - PNAD Contínua, dão conta de que, de 2012 a 2019, o índice de pessoas sem instrução e menos de 1 ano de estudo, manteve-se em 6%. Já aqueles com Ensino Fundamental incompleto ou equivalente representavam 33%, em 2012, da população, e, em 2019, caíram para 25%.

A baixa escolaridade dos manauenses também é refletida nas estatísticas da Justiça Eleitoral, que registram 0,885% do eleitorado como analfabetos, 2,329% de eleitores que apenas leem e escrevem, e 16,461% não possuem o Ensino Fundamental completo.

Dos dados acima, extrai-se, primeiro, que o Município de Manaus não pode alegar a inexistência de demanda como justificativa para encerrar o turno noturno. Segundo, pressupõe-se que os efeitos dessa baixa escolaridade, conjugados à omissão do Município, acarretam danos pessoais e sociais desastrosos.

Tal conjectura se confirma, quando é noticiado, por exemplo, que as regiões Norte (44,1%) e Nordeste (38,7%) são as de maior índice de pessoas que não concluíram essa etapa de ensino, e de como a falta de acesso ao Ensino Fundamental, ou seja, a baixa escolaridade traz efeitos negativos nas chances de emprego dos brasileiros, fator esse que torna bem mais demorada a busca por trabalho. (OLIVEIRA, 2019).

Outra estatística, que chama atenção sobre os efeitos colaterais da baixa escolaridade, é o perfil das pessoas privadas de liberdade, no Brasil, divulgado pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, por meio do Relatório: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias 2016, compilado pelo Sistema de Informações Estatísticas do Sistema Penitenciário Brasileiro – INFOPEN, que demonstram que 2% dos encarcerados são analfabetos, 4% alfabetizados (sem cursos regulares), e 36% não completaram o Ensino Fundamental.

Ressalte-se, ainda, em relação a esses números que, do universo total de presos, no Brasil, 55% têm entre 18 e 29 anos, e que o Amazonas detém 40% de sua população carcerária composta de presos com menos de 25 anos, liderando a maior taxa do país nessa faixa etária.

Com efeito, a maior parte dessa população carcerária de jovens sem Ensino Fundamental concentra-se na Capital, uma vez que demais Municípios do Estado do Amazonas são desprovidos de estabelecimentos prisionais.

Fora isso, segundo dados do INFOPEN, apenas 56% desses estabelecimentos prisionais possuem sala de aula, o que significa dizer que quase a metade dos jovens encarcerados permanecerão e sairão da detenção sem que lhes seja oportunizado prosseguir ou concluir seus estudos.

6 A LEGISLAÇÃO MUNICIPAL REFERENTE AO ENSINO FUNDAMENTAL NOTURNO

Conforme nos esclarece Agliardi (2012), o termo política, usualmente, vincula-se ao Estado e aos seus respectivos agentes incumbidos da administração de uma cidade e de um país e completa dizendo:

Na modernidade, o termo reporta-se à atividade ou conjunto de atividade que são responsabilidade do Estado capitalista. O conceito de política associou-se ao do poder do Estado - ou sociedade política -, através de mecanismos diversos que podem ser desde planos, programas e projetos, ações, que são regradas pelas leis e normas. (AGLIARDI, p. 16, 2012).

Logo, para compreender a política do Município de Manaus em relação ao ensino fundamental noturno, necessário se faz conhecer e compreender seus mecanismos, a começar pelas leis e normas que a enformam.

Em vista disso, no presente tópico, será destacada dentre toda a legislação municipal sobre ensino, as normas jurídicas com maior pertinência para o desenvolvimento do presente trabalho, a saber: os dispositivos da Lei Orgânica do Município de Manaus que versam sobre o ensino noturno fundamental; as metas e estratégias referentes à temática em estudo, constantes do Plano Municipal de Educação; bem como a Proposta Pedagógica vigente para a Educação de Jovens e Adultos aprovada pelo Conselho Municipal de Educação.

Buscando consonância com a Constituição Federal e a Constituição do Estado, a Lei Orgânica do Município de Manaus, em seu art. 347, prevê que “o Município manterá: (V) Ensino Fundamental noturno regular para os que ultrapassem a idade própria”. E, assim sendo, ratifica sua titularidade no encargo de promover a oferta desse nível de ensino (MANAUS, 1989).

De igual modo, reitera o caráter prioritário de sua atuação no Ensino Fundamental previsto na LDB, por meio do art. 353, onde se lê que: “o Município não manterá escolas de nível superior nem subvencionará estabelecimentos dessa natureza até que estejam atendidas todas as crianças demandantes do Ensino Fundamental” (MANAUS, 1989).

Seguindo as diretrizes quanto à elaboração e adequação dos planos municipais de educação previstas no art. 8.º, da Lei n. 13.005/2014, o Município de Manaus, por meio da Lei n. 2000, de 24 de junho de 2015, aprovou o seu Plano Municipal de Educação do Município de Manaus - PME, no qual constam, em relação ao segmento aqui abordado,

a reprodução das metas e estratégias já previstas em âmbito federal, a saber:

META 8: Elevar a escolaridade média da população de dezoito a vinte e nove anos, de modo a alcançar, no mínimo, doze anos de estudo no último ano de vigência deste Plano, para as populações do campo, da região de menor escolaridade no País e dos vinte e cinco por cento mais pobres, e igualar a escolaridade média entre negros e não negros declarados à Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

[...]

8.2 implementar programas de educação de Jovens e adultos para os segmentos populacionais considerados, que estejam fora da escola e com defasagem idade série, associados a outras estratégias que garantam a continuidade da escolarização, após a alfabetização inicial; META 9: Elevar a taxa de alfabetização da população com quinze anos ou mais para noventa e três inteiros e cinco décimos por cento até 2016 e, até o fim da vigência deste PME, erradicar o analfabetismo absoluto e reduzir em cinquenta por cento a taxa de analfabetismo funcional.

Estratégias:

9.1 assegurar a oferta gratuita da educação de jovens e adultos a todos os que não tiveram acesso à educação básica na idade própria;

9.2 instituir o minicenso, em regime de colaboração dos entes federados, para a realização do diagnóstico dos jovens e adultos com Ensino Fundamental e médio incompletos, para identificar a demanda ativa por vagas na educação de jovens e adultos;

9.3 implementar ações de alfabetização de jovens e adultos com garantia de acesso, permanência e continuidade da escolarização básica, inclusive por meio da educação de jovens e adultos vinculada à educação profissionalizante;

9.4 realizar chamadas públicas regulares para educação de jovens e adultos, promovendo-se busca ativa em regime de colaboração entre entes federados e em parceria com organizações da sociedade civil;

[...];

9.7 assegurar a oferta de educação de jovens e adultos, nas etapas de Ensino Fundamental e médio, às pessoas privadas de liberdade em todos os estabelecimentos penais, assegurando-se formação específica dos professores e implementação de diretrizes nacionais em

regime de colaboração;

9.8 desenvolver e executar projetos inovadores na educação de jovens e adultos, com apoio técnico e financeiro dos entes federados, que visem ao desenvolvimento de modelos adequados às necessidades específicas desse público;

[...]

META 10: Oferecer, no mínimo, vinte e cinco por cento das matrículas de educação de jovens e adultos, no Ensino Fundamental, na forma integrada à educação profissional. (MANAUS, 2015 – sem destaques no original).

Ademais, segundo consta em sua apresentação, com o objetivo de nortear o currículo e subsidiar o trabalho pedagógico das escolas, o Conselho Municipal de Educação, a quem compete “normatizar orientações e procedimentos estabelecido pelas instituições de ensino público e privado”, bem como “analisar e aprovar as alterações curriculares nos termos da legislação específica”, aprovou, por meio da Resolução n. 024/2016, as Propostas Pedagógicas do Primeiro e o Segundo Segmento do Ensino Fundamental da Educação de Jovens e Adultos – EJA (MANAUS, 2016).

Nesse documento, estão delimitados, dentre outros aspectos para essa modalidade de ensino, os objetivos, as concepções teóricas, os princípios pedagógicos, a grade curricular, a carga horária, o público alvo, o sistema de matrícula e o sistema de avaliação, dos quais alguns merecem destaque neste estudo.

Em seu aspecto teleológico, a referida proposta mostra-se em harmonia com o princípio da universalidade do acesso à educação ao apresentar como objetivo geral para o Segundo Segmento o intuito de “propiciar a universalização do Ensino Fundamental – Segundo Segmento, com duração de dois anos, a jovens e adultos que não tiveram acesso à Educação Básica em idade correlata [...]” (MANAUS, 2016).

De igual maneira, em suas concepções teóricas, reproduz o Parecer CNE/CEB n. 11/2000 – DCN para expor as funções da modalidade EJA, segundo as quais o sistema de ensino deveria se pautar, a saber:

Função reparadora: não se refere apenas à entrada dos jovens e adultos no âmbito dos direitos civis, pela restauração de um direito a eles negado o direito a uma escola de qualidade, mas também ao reconhecimento da igualdade ontológica de todo e qualquer ser humano de ter acesso a um bem real, social e simbolicamente importante.

Função equalizadora: relaciona-se à igualdade de oportunidades,

que possibilite oferecer aos indivíduos novas inserções no mundo do trabalho, na vida social, nos espaços da estética e nos canais de participação.

Função qualificadora: refere-se à educação permanente, com base no caráter incompleto do ser humano, cujo potencial de desenvolvimento e de adequação pode se atualizar em quadros escolares ou não escolares. (BRASIL, 2000).

Ao buscar atender o disposto no art. 26 da LDB que aponta a base comum e a diversificada do currículo “consideradas as características regionais e locais da sociedade, da cultura, da economia e da clientela”, a proposta curricular em tela inovou ao acrescentar o componente curricular “informática educacional” para o segundo segmento da EJA em sua parte diversificada, com o objetivo de capacitar os discentes para “lidar com o avanço da ciência e da tecnologia e dele participar de forma proativa no mundo do trabalho e na sociedade.” (MANAUS, 2016).

Quanto à sua carga horária, a proposta em tela, seguiu as diretrizes curriculares para a Educação de Jovens e Adultos que agrupa os alunos não em séries, mas em segmentos subdivididos em fases, sendo assim distribuídos: Primeiro Segmento, com duração de 3(três) anos, dividido em 1.^a, 2.^a e 3.^a fases; Segundo Segmento, com duração de 2 (dois) anos, dividido em 4.^a e 5.^a fases. Sendo a carga horária anual de 800 horas, distribuídas em 200 dias letivos para cada uma das fases.

Referindo-se ao sistema de matrícula para essa modalidade de ensino, a proposta prevê que: “(i) o período de matrícula obedecerá ao Calendário Escolar da Rede Pública Municipal de Ensino de Manaus; (ii) o aluno uma vez matriculado e cursando a 4.^a fase (6.^o e 7.^o anos) ou a 5.^a fase (8.^o e 9.^o anos), não poderá ser transferido durante o ano letivo para o ensino regular e, no final do ano letivo, se aprovado na 4.^a fase, caso queira, poderá se matricular no ensino regular e cursar o 8.^o ano do Ensino Fundamental; (iii) a modalidade de EJA não prevê sistema de Progressão Parcial (PP), especialmente por se tratar de proposta de aceleração de estudos, onde o estudante cursa dois anos em um.” (MANAUS, 2016).

No que concerne à avaliação, a proposta mantém a fórmula tradicional de média aritmética dos bimestres, da qual, no final do ano, o aluno deverá alcançar o resultado de, no mínimo, cinco pontos, ficando em recuperação, caso não alcance isso e submetido à Conselho de Classe, caso, mesmo após à recuperação, ainda fique, em dois componentes curriculares, com média inferior a cinco pontos.

7 ENSINO FUNDAMENTAL NOTURNO: A REDUÇÃO DO NÚMERO DE MATRÍCULAS EM MANAUS FRENTE AO CONTEXTO NACIONAL

Ao se buscar dados sobre o ensino noturno junto ao Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP, órgão do Governo Federal responsável por realizar o Censo Escolar da Educação Básica no Brasil, para se confrontar aos números locais, ocorreu uma frustração de expectativas para esse estudo, isso porque, desde 2010, não é mais divulgado o quantitativo de matrícula por turno nos boletins informativos do Censo Escolar.

Assim, buscou-se, como alternativa, a análise dos dados sobre a matrícula da Educação de Jovens e Adultos, modalidade essa desenvolvida, esporadicamente, nos turnos matutino e vespertino, mas de forma massiva no turno noturno, em decorrência das características dos seus educandos, para assim se ter uma noção da evolução ou involução dos números nos últimos anos.

Dito isso, de acordo com o INEP, o número de matrículas no Ensino Fundamental noturno, no Brasil, sob a perspectiva da EJA, de 2011 a 2019, decresceu em -23%, sendo essa tendência seguida pela maioria das 27 capitais, das quais apenas 6 registraram aumento na matrícula desse segmento, a saber: Goiânia (102%); Rio Branco (45%); Manaus (40%); Macapá (34%); Florianópolis (33%); e Maceió (28%).

Das que registraram redução, destacam-se as 5 com queda mais expressiva no número de matrícula: Porto Velho (-67%); Curitiba (-50%); Teresina (-49%); Palmas (-48%); e São Luís (-45%).

À primeira vista, os dados coletados junto ao Inep, parecem deitar por terra a hipótese levantada nesse estudo de que, no Município de Manaus, esteja em curso um processo de extinção do turno noturno.

Contudo, a análise mais atenta dos dados do Inep contrapostos aos da Divisão de Informação e Estatística da Secretaria Municipal de Educação de Manaus – DIE/SEMED, revela que esse aumento na matrícula no ensino noturno em Manaus é ilusório, e só ocorreu porque o Município extinguiu o Ensino Fundamental na modalidade regular de 9 anos no turno noturno, incorporando os alunos à modalidade EJA, fato que não ocorreu nas demais capitais, que continuam oferecendo as duas modalidades simultaneamente.

Portanto, considerando isso na composição dos dados, constata-se que, em Manaus, na verdade, de 2011 a 2019, ocorreu um encolhimento de matrículas na ordem de -52%, deixando esta capital como a segunda que mais cancelou vagas no ensino noturno no país, ficando atrás apenas de Porto Velho.

8 DISCUSSÃO SOBRE A DISCRICIONARIEDADE DE O MUNICÍPIO DEIXAR DE OFERTAR ENSINO NOTURNO, DIREITOS IMPACTADOS E POSSIBILIDADE DE CONTROLE EXTERNO VIA JUDICIAL

Como já resta demonstrado, a Constituição Federal traz, literalmente, em seu art. 208, I e VI, o direito à oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria, assim como à oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando.

Dos dados coletados, infere-se a existência de demanda considerável no município, quase um terço da população, na condição de pessoas com escolaridade incompleta, que necessitam da oferta de ensino noturno para suprir tal necessidade. Ao mesmo tempo, percebe-se, na rede municipal de ensino de Manaus, um acentuado decréscimo de turmas no turno em questão, que sugere um descompasso entre a previsão constitucional de oferta de ensino noturno regular e as ações governamentais que assegurem essa modalidade de ensino.

Ao se verificar a legislação municipal de ensino, observa-se uma perfeita simetria com os princípios e normas sobre educação estampados na Constituição Federal, o que significa que, no plano legislativo, Manaus possui plena consciência tanto da deficiência de escolaridade da população quanto de seu papel constitucional de titular do encargo de promover o ensino de nível fundamental noturno em Manaus, nos termos das metas e estratégias do Plano Municipal de Educação, que bem definem por quem e o que deve ser feito para suprir a defasagem de escolaridade em Ensino Fundamental dos municípios.

Entretanto, convém aqui reproduzir o pensamento de Castro & Mello (2017) no sentido de que a Constituição não contém políticas públicas, mas apenas direitos que, para se concretizarem precisam de políticas públicas, cujo núcleo é a ação governamental. Assim, continua, os agentes político-administrativos, enquanto destinatários instrumentais da norma, devem promover a implantação das políticas públicas necessárias para que a norma atinja seus objetivos junto aos destinatários finais (grupos e segmentos beneficiários diretos e indiretos).

Em outras palavras, no plano administrativo, o poder público municipal é responsável pela formulação e implementação de ações para efetivar o dever-ser formal oriundo do ordenamento jurídico, no caso em discussão, o art. 208, VI, da Constituição Federal e todas as normas dele consequentes.

Assim, compreende-se que a administração municipal não pode conceber o direito constitucional à oferta de ensino noturno regular apenas como uma norma programática, desprovida de eficácia jurídica, sem vinculação, uma vez que o direito à educação

se constitui em um direito fundamental e indisponível dos indivíduos, não havendo lastro de discricionariedade, por exemplo, para se encerrar completamente com essa modalidade de ensino, havendo ainda uma parcela considerável da população carente de instrução em seu nível mais elementar.

O direito à educação, integrante do rol básico de direitos fundamentais que compõem o mínimo existencial para uma vida digna, consoante disposto no art. 205, da CRFB, não pode sofrer limitações ou omissões como a extinção do turno noturno, ao menos nos dias atuais, sob risco de subtrair-se o caráter universal da educação pública, impedir o pleno desenvolvimento da pessoa, limitar o exercício de cidadania e comprometer a concorrência no mercado de trabalho, conforme bem se verifica nas estatísticas mencionadas por esse estudo sobre como o número de encarceramento da população naqueles com nenhuma ou baixa escolaridade tem crescido, exponencialmente, como a falta de perspectiva de emprego é muito mais acentuada nesse perfil, e como parcela considerável do eleitorado manauense possui baixa escolaridade, portanto com pouca compreensão tanto do seu papel como cidadão, quanto dos deveres daqueles em quem vota.

De igual forma, na hipótese de deixar-se esse segmento populacional sem oportunidade de retorno à educação formal, há uma manifesta ofensa aos princípios elencados no art. 206 da CRFB, com efeito: (i) a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, pois desconsidera-se as situações desiguais desse segmento, as quais reclamam pela implementação de políticas sociais de inclusão, que tornem o sistema educacional mais equânime para aqueles que já avançaram na idade e, em grande parte, já enfrentam as responsabilidades pelo trabalho e pela família; (ii) a liberdade de aprender, porquanto, uma vez que não concluíram o Ensino Fundamental, na idade correlata, não lhes é facultado o direito de escolher voltar ao sistema de ensino, sendo, por conseguinte, ignoradas as suas potencialidades para dar prosseguimento aos estudos até outros níveis de ensino mais elevados; (iii) a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, ao se reduzir o número de vagas ofertadas, não se disponibiliza escolas próximas, o que força o jovem e o adulto com escolaridade incompleta a ter gastos, e inviabiliza por completo a perspectiva de conclusão nesse segmento, visto que a maioria é hipossuficiente, sem condições de arcar com os custos extras de transporte ou de arcar com esse ensino em instituições privadas.

Em que pese a ter os atos da administração pública presunção de legalidade e legitimidade, quando o município, mesmo havendo um contingente populacional com deficiência de escolaridade, decide não ofertar ensino noturno em nível fundamental pelo qual é constitucionalmente responsável, os eventuais prejudicados podem acionar os mecanismos judiciais de controle externo da administração para terem acesso a esse direito.

Sendo a educação um direito fundamental e indisponível dos indivíduos, ao cidadão sem escolaridade fundamental, que tenha o ensino noturno como única opção para completá-la, mas não encontra vaga disponível na rede de ensino municipal, é perfeitamente cabível recorrer ao Poder Judiciário para, nos termos do que assegura a Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009, reivindicar, por meio de Mandado de Segurança, a proteção do direito líquido e certo de ter ofertado ensino noturno no município.

Vislumbra-se, para o caso em questão, o manejo individual do supramencionado mandamus, tanto na espécie repressiva, nas situações em que o impetrante encontre-se sem a oferta da vaga pela qual pleiteia, para completar os seus estudos, quanto na espécie preventiva, nas situações em que o impetrante encontre-se estudando em determinada unidade de ensino, cujo funcionamento é ameaçado de continuar.

O art. 21, da Lei do Mandado de Segurança, também prevê a ação mandamental na forma coletiva, sendo legitimados ativos para impetrá-la “partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial”.

Assim sendo, não desprezando os partidos políticos, mas prestigiando o ativismo comunitário, destaca-se, aqui, o papel de legitimados tanto das associações de bairro, como das associações de pais, mestres e comunitários no sentido de acionarem o judiciário, tendo o Mandado de Segurança Coletivo como hábil instrumento para pleitear a manutenção ou a reabertura do turno noturno nas unidades de ensino nas comunidades onde estão inseridas.

Por outro turno, aponta-se também na Ação Civil Pública como outra possibilidade para o exercício do controle externo de políticas públicas pela via judicial, conforme prevê, no inciso IV do art. 1.º da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, a possibilidade de ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (IV) a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, tendo por objeto a condenação em dinheiro, ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, nos termos do art. 3.º.

Nesta espécie de ação, as associações mantiveram-se como legitimados ativos, constando também no rol do art. 5.º da Lei n. 7.347, de 1985, o Ministério Público que, conforme disposição constitucional, é “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127, CRFB/88), e a Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a

orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV (art. 134, CRFB/88).

9 CONCLUSÃO

Como se pode ver ao longo do trabalho, a oferta de ensino noturno regular pelo município reveste-se de um caráter essencial para a consolidação de inúmeros outros direitos previstos na Constituição, do quais ressaltamos os expressos no art. 205, ou seja, o pleno desenvolvimento da pessoa, o preparo para o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho, todos esses, formas de atingirem-se fundamentos maiores, eleitos pelo legislador constituinte como princípios basilares do estado democrático de direito brasileiro, que são a dignidade da pessoa humana e a cidadania.

A contingência sobre o direito à educação, em qualquer de seus níveis ou modalidade, resulta em graves efeitos sociais, conforme retratam os números apresentados sobre a predominância de pessoas de baixa escolaridade na população carcerária, assim como as maiores adversidades no mercado de trabalho e, ainda, o maior alheamento às questões políticas que as envolvem.

A oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando, embora seja direito positivado na Carta Magna, não se concretiza pela simples menção no texto constitucional, necessitando da ação governamental para formular e implementá-la como política pública que alcance os beneficiários do direito.

Assim, em vista de a oferta de ensino noturno regular ser um dos elementos que compõe o direito à educação, é que se entende não ser possível para a administração municipal, diante de comprovada demanda, usar do poder discricionário para prestá-la de forma falha, ou extingui-la por completo, por se tratar de um direito fundamental e indisponível dos indivíduos, conforme já visto.

Caso a população desprovida de escolaridade, que carece da oferta dessa modalidade de ensino, constata violação do direito à educação nesse aspecto, pode valer-se, de forma individual, ou representada por entidades (associações), ou instituições (Ministério Público e Defensoria Pública), dos meios de controle externo jurisdicionais da administração pública, em especial, via mandado de segurança, ou ação civil pública, para ter efetivadas determinações constitucionais para a atuação do Município no Ensino Fundamental.

THE EXTINCTION POLICY OF NIGHT SCHOOL CLASSES IN THE CITY OF MANAUS IN CONTRADICTION TO ART. 208, I AND VI, OF THE CONSTITUTION OF BRAZIL

ABSTRACT

This paper proposes an analysis of the reduction in the offer of night classes in the city of Manaus in view of the constitutional provisions and principles related to education. Therefore, the deductive approach method, of the general character of the constitutional rule, was used to apply it to the specific case, using the monographic procedure and the case study, and, as a research technique, to indirect documents, through bibliography and documentary research. In conclusion, the municipality cannot use of administrative discretion not to offer this modality of education, as it is an individual right unavailable.

Keywords: Right to education. Educational Policy. Elementary school. Night School Classes. Youth and Adult Education.

REFERÊNCIAS

AGLIARDI, Delcio Antonio. **Legislação e políticas públicas de EJA**. Universidade de Caxias do Sul – RS. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo : os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo / Luís Roberto Barroso. – 7. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.**

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 11 jun. 2020.

_____. Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação. Publicação eletrônica [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por < nao-responder.falabr@cgu.gov.br> Acesso em: 18 set. 2020.

_____. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisa Educacionais Anísio Teixeira. **Sinopses Estatísticas da Educação Básica 2011**. Brasília : Inep, 2012. Disponível em: < <http://inep.gov.br/sinopses-estatisticas-da-educacao-basica>> Acesso em: 5 ago. 2020.

_____. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisa Educacionais Anísio Teixeira. **Sinopses Estatísticas da Educação Básica 2019**. Brasília : Inep, 2020. Disponível em: < <http://inep.gov.br/sinopses-estatisticas-da-educacao-basica>> Acesso em: 5 ago. 2020.

_____. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - LDB**. Lei n 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm> Acesso em: 10 ago. 2020.

_____. MDS. **Relatório da Pesquisa Nacional das Medidas Socioeducativas em Meio Aberto no SUAS**. Disponível em; < http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/relatorios/Medidas_Socioeducativas_em_Meio_Aberto.pdf> Acesso em: 14 de set. de 2020.

_____. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Fundamental. **Proposta Curricular para a educação de jovens e adultos : segundo segmento do Ensino Fundamental: 5a a 8a série : introdução / Secretaria de Educação Fundamental, 2002.**

_____. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH). **LEVANTAMENTO ANUAL SINASE 2017**. Brasília: Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, 2019.

_____. MJSP. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen**. Disponível em: < <https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil>> Acesso em: 8 set. 2020.

_____. Presidência da República, Observatório da Equidade. **As Desigualdades na Escolarização no Brasil**. Brasília: Presidência da República, Observatório da Equidade, 2009.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Estatísticas do eleitorado – Por sexo e grau de instrução**. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/eleitor/estatisticas-de-eleitorado/estatistica-do-eleitorado-por-sexo-e-grau-de-instrucao>> Acesso em: 26 de ago. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. DIREITO CONSTITUCIONAL. SEGURANÇA PÚBLICA AGRADO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROSSEGUIMENTO DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. ARTIGOS 2º, 6º E 144 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O direito a segurança é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido. (STF - RE: 559646 PR, Relator: Min. ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 07/06/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-120 DIVULG 22-06-2011 PUBLIC 24-06-2011 EMENT VOL-02550-01 PP-00144)

CASTRO, Marco Tulio de Barros & MELLO, Maria Tereza Leopardi. **Uma aborda-**

gem jurídica de análise de políticas públicas. v. 4, n. 2, 2017. Disponível em: <<http://www.reedpesquisa.org/ojs-2.4.3/index.php/reed/article/view/112>>. Acesso em: 26 nov. 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes [*et al.*] : outros autores e coordenadores Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck, Gilmar Ferreira Mendes. **Comentários à Constituição do Brasil.** – 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

CUNHA Jr., Dirley & NOVELINO, Marcelo. **Constituição Federal para concursos:** doutrina, jurisprudência e questões de concursos. 9.^a ed. Salvador - JusPODIVM, 2018.

CURY, Carlos Roberto Jamil. **Lei de Responsabilidade Educacional.** Disponível em: <http://fne.mec.gov.br/images/pdf/lei_esponsabilidade_educacional.pdf> Acesso em: 20 de jun. 2020.

FARIAS, Adriana Medeiros. Políticas de acesso à escolarização : a chamada pública na experiência do Fórum de Educação de Jovens e Adultos – região Londrina/Paraná.

FERRI, Cleusa P. *et al.* **Socioeconomic Factors and All Cause and Cause-Specific Mortality among Older People in Latin America, India, and China: A Population-Based Cohort Study.** 2012. Disponível em: <<https://doi.org/10.1371/journal.pmed.1001179>> Acesso em: 4 jul 2020.

GUIMARÃES, Grazielly dos Anjos Fontes. **Direito à educação e o dever de educar-se** Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/307328/direito-a-educacao-e-o-dever-de-educar-se>> Acesso em: 17 jun. 2020.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). «Manaus». Acesso em: 22 mar. 2020.

LARGER, Anton Carl Jonas & TORSSANDER, Jenny. **Causal effect of education on mortality in a quasi-experiment on 1.2 million Swedes.** 2012. Disponível em: <<https://doi.org/10.1073/pnas.1105839109>> Acesso em: 4 jul. 2020.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado.** 23. ed. São Paulo : Saraiva, 2019.

MANAUS. **Lei Orgânica do Município de Manaus.** Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/lei-organica-manaus-am>> Acesso em: 13 ago. 2020.

_____, CME. **Resolução n. 024/CME/2016 : APROVA** a Proposta Pedagógica do Ensino Fundamental, na modalidade de Educação de Jovens e Adultos – 1.º segmento. Disponível em: < <https://semed.manaus.am.gov.br/wp-content/uploads/2017/05/Proposta-do-1%c2%ba-Segmento-EJA.pdf>> Acesso em 11 de jun. de 2020.

_____, SEMED. **Sigeam – Prefeitura quer aumentar serviços das escolas com novo sistema.** 2011. Disponível em: <<https://semed.manaus.am.gov.br/sigeam-prefeitura-quer-aumentar-servicos-das-escolas-com-novo-sistema/>> Acesso em: 5 de jun. 2020.

_____, SEMED/GEJA. **A oferta de vagas/turmas do turno noturno.** Manaus : GEJA. 2020.

_____, SEMED. **Período de matrículas para novos alunos começa nesta sexta-feira.** 2020. Disponível em: <https://semed.manaus.am.gov.br/periodo-de-matriculas-para-novos-alunos-comeca-nesta-sexta-feira/>> Acesso em: 5 de jun. 2020.

_____, SEMED/GEJA. **Proposta Pedagógica para o Ensino Fundamental 1.º Segmento EJA.** 2016. Disponível em: < <https://semed.manaus.am.gov.br/wp-content/uploads/2017/05/PROPOSTA-DO-PRIMEIRO-SEGMENTO.pdf>> Acesso em: 11 de jun. de 2020.

_____. SEMED/GEJA. **Proposta Pedagógica para o Ensino Fundamental 2.º Segmento EJA.** 2016. Disponível em: <<https://semed.manaus.am.gov.br/wp-content/uploads/2017/05/PROPOSTA-DO-SEGUNDO-SEGMENTO.pdf>> Acesso em: 11 de jun. de 2020

MACHADO, Costa (org.) **Constituição Federal interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo.** 9.ª ed.- Barueri, SP: Manole, 2018

MARSON, Natalia Giovanna. **O que faz as famílias superarem a extrema pobreza? : um Estudo a partir do cadastro único – Brasília : IPEA, 2018.**

MARTINS, Vicente. **Educação na Constituição de 1988: O artigo 205.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6574/a-educacao-na-constituicao-federal-de-1988>> Acesso em: 20 jun. 2020.

MELLO FILHO, José Celso. **Constituição Federal Anotada.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional.** 33. ed. – São Paulo: Atlas, 2017.

MENEZES, Alik. **Amazonas tem números na educação abaixo da média nacional.** Disponível em: <<https://www.acritica.com/channels/manaus/news/amazonas-tem-numeros-na-educacao-abaixo-da-media-nacional>> Acesso em: 10 mai. 2020.

NUNES Júnior, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional – 3. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019.**

OLIVEIRA, Elida. **35% dos brasileiros com mais de 14 anos não completaram o Ensino Fundamental, aponta IBGE.** G1. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/educacao/noticia/2019/05/16/35percent-dos-brasileiros-com-mais-de-14-anos-nao-completaram-o-ensino-fundamental-aponta-ibge.ghtml>> Acesso em: 15 de jul. 2020.

PADILHA, Rodrigo, **Direito Constitucional – 6. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.**

RANIERI, Nina. **O direito à educação e as competências dos entes federados no Brasil: complexidade, pouca colaboração, baixa coordenação.** Disponível em: <

<http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/12-federalismo.pdf?d=637006247774866622>> Acesso em: 26 ago. 2020.

RIBEIRO, Davi. **O Ensino Noturno em Xequê**. São Paulo. 28 de out. 2015. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/educacao/ensino-noturno-em-xequê/>> Acesso em: 7 set. 2020.

RIVAS, Caio. **O Direito à Educação como Direito Fundamental de Justiça Social** Disponível em: <<https://caiorivas.jusbrasil.com.br/artigos/381198775/o-direito-a-educacao-como-direito-fundamental-de-justica-social>> Acesso em: 24 jun. 2020.

SARAH, Greta. **Baixa qualificação torna o mercado de trabalho ainda mais desafiador para o jovem brasileiro**. Disponível em: <<https://www.ciadeestagios.com.br/baixa-qualificacao-torna-o-mercado-de-trabalho-ainda-mais-desafiador-para-o-jovem-brasileiro/>> Acesso em: 4 jul. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SILVEIRA, Vicente de Paula. **Direito educacional e municipalização – um estudo normativo da municipalização do Ensino Fundamental regular paulista**. São Paulo: - Lemos e Cruz, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

VASQUES. Lécio José de Oliveira Moraes. **Princípios da Interpretação Constitucional**. Acesso em: 9 set. 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/principios-da-interpretacao-constitucional/>> Acesso em: 20 jun. 2020.

ZEFERINO, Joycimar Lemos Barcellos. **A educação em Kant**. Disponível em: <https://www.webartigos.com/artigos/a-educacao-em-kant/23199/>> Acesso em: 4 jul. 2020.

O MINISTÉRIO PÚBLICO NA JUSTIÇA
CONSENSUAL DO ACORDO DE NÃO
PERSECUÇÃO PENAL

*THE PUBLIC MINISTRY IN CONSENSUS
JUSTICE OF THE CRIMINAL
NON-PERSECUTION AGREEMENT*

O MINISTÉRIO PÚBLICO NA JUSTIÇA CONSENSUAL DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL¹

THE PUBLIC MINISTRY IN CONSENSUS JUSTICE OF THE CRIMINAL NON-PERSECUTION AGREEMENT

Isabel Christina Prazeres Rodrigues²

RESUMO

A presente pesquisa aborda a matéria da justiça consensual como meio instrumental para conferir celeridade e eficiência ao ordenamento jurídico na seara penal e processual penal. Nesse sentido, busca-se estabelecer um estudo sobre a origem e a finalidade do Acordo de Não Persecução Penal – ANPP, firmado entre o Ministério Público e o autor da infração penal, a fim de alcançar uma justiça consensual por meio da aplicação de medidas não privativas de liberdade, bem como visa verificar o campo de atuação do órgão ministerial, diante da análise da legislação e do caso concreto, para viabilizar a tratativa de não denúncia.

Palavras-chave: Justiça consensual. Acordo de não persecução penal. Ministério Público.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 conferiu nova roupagem ao ordenamento jurídico, fazendo com que as estruturas estatais se voltassem para os princípios de transformação social e proteção do bem comum. Nessa senda, o Constituinte estabeleceu uma forma diferenciada de atuação do Ministério Público, incumbindo-o da promoção de interesses estratégicos da sociedade, notadamente ressaltando a ele a titularidade privativa da ação penal pública, bem como lhe conferindo o exercício em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Além disso, o Ministério Público passou a não mais se preocupar exclusivamente

¹ Data de recebimento: 08/10/2020. Data de Aceite: 23/11/2020.

² Bacharela em Direito, Pós-Graduada em Direito Penal e Processual Penal, Servidora do Ministério Público do Estado de Sergipe. E-mail: isabel.prazeres@hotmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6680942336732335>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7472-359X>.

em interpor demandas perante o judiciário, mas ao contrário, visando a compreensão eficiente e transformadora de sua atuação, passou a adotar uma postura resolutiva dentro da própria instituição, deixando a judicialização para o último caso.

Essa nova forma de atuar do Parquet acompanhou as mudanças no âmbito do Direito Penal, especialmente com a flexibilização no princípio da obrigatoriedade da ação penal, que por critérios de política criminal e de utilidade social permite a aplicação de medidas não privativas de liberdade antes do oferecimento da denúncia para alcançar a justiça restaurativa e evitar o cárcere do autor do fato criminoso. Como exemplo disso, o ordenamento apresenta o instituto da transação penal, acordo de leniência, e, entre outros, o Acordo de Não Persecução Penal – ANPP, sendo esse último o objeto da presente pesquisa.

2 AÇÃO PENAL PÚBLICA E O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL

Com a prática de uma infração penal surge o interesse estatal de persecução penal, que, em regra, começa na fase inquisitorial do inquérito policial, com o escopo de colher elementos de autoria e materialidade para o oferecimento da denúncia, e termina com a aplicação da lei penal ao fato típico, ilícito e ao agente culpável.

De acordo com Renato Brasileiro (2014, pág. 185), “ação penal é o direito público subjetivo de pedir ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal objetivo a um caso concreto”. Ademais, com a aplicação da lei, o Estado pretende alcançar as finalidades da pena, que, pelos termos do artigo 59, caput, do Código Penal, será estabelecida “conforme necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

Como a pena deve, simultaneamente, evitar a prática de novas infrações e ser dirigida à pessoa do condenado - visando ao controle da violência e servir de contra estímulo ao crime, bem como evitar a reincidência e promover a ressocialização do infrator - o Direito Penal Brasileiro adotou a teoria mista ou unificadora, com dupla finalidade: retribuir e prevenir.

Nessa trilha, a doutrina, atualmente, aponta a necessidade de se observar não só a função social da pena, que busca atender os anseios do estado e da sociedade, mas também, mister é observar os fundamentos daquela, sendo estes: retribuição, reparação, denúncia, incapacitação, reabilitação e dissuasão.

Em apertada síntese, podemos dizer que a retribuição consiste em aplicar uma pena proporcional e correspondente à infração penal; que reparação é recompor a vítima por meio da reparação do dano causado pelo delito; que denúncia é a reprovação social propriamente dita; que incapacitação é a privação da liberdade do condenado, retirando-o

do convívio social; que reabilitação é a recuperação educativa, de reinserção social; e que dissuasão é convencer o infrator de que o delito é tarefa desvantajosa e inadequada.

Ocorre que, com a crise do sistema penal brasileiro, que foi declarada em Estado de Coisa Inconstitucional³, a pena aplicada ao condenado acaba sendo transformada, unicamente, em castigo, retribuição, notadamente por ser o cárcere um ambiente de extrema violação de direitos, que afasta a dignidade da pessoa humana e é ineficiente nos fundamentos da sanção, especialmente sob o enfoque da ressocialização.

Com isso, surge a necessidade de que o ordenamento jurídico passe a buscar uma nova reflexão político-criminal para se alcançar resultados satisfatórios na dupla finalidade para alcançar tal objetivo, o direito penal começou a apresentar sérias mudanças, entre elas uma flexibilização no princípio da obrigatoriedade do direito penal.

De acordo com o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, também conhecido como princípio da legalidade processual, ao órgão ministerial não cabe a decisão sobre a possibilidade ou não de oferecer denúncia diante de elementos sérios e fundados da autoria e materialidade de um fato típico, ilícito e culpável.

Esse princípio confere um dever de atuação ao órgão persecutório criminal para denunciar o agente delituoso, não restando disponibilidade em seu dever de acusar, salvo as estritas hipóteses de arquivamento, ou na necessidade de outras diligências imprescindíveis para o oferecimento da inicial acusatória. Não obstante, tal obrigatoriedade deixou de ser absoluta, prevendo a lei institutos de mitigação ao referido princípio, vejamos.

Entre as exceções, há os institutos da composição civil e da transação penal, aplicados nos casos de infrações de menor potencial ofensivo, sendo regulados pela Lei nº 9.099/1995.

Na composição dos danos civis, há um acordo entre o autor do fato e a vítima, essencialmente visando à reparação do dano, nos casos de ação penal privada e ação pública condicionada. Já na hipótese de transação penal, valendo-se do princípio da discricionariedade regrada ou mitigada, o Parquet, ao invés de oferecer denúncia, e desde que o autor do fato preencha os requisitos objetivos e subjetivos, pode propor a este a aplicação imediata de penas restritivas de direito ou multa.

³ Termo relativo à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 - Distrito Federal (STF, 2015). Nela, o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL buscou, por meio de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida liminar, o reconhecimento da figura do “estado de coisas inconstitucional” relativamente ao sistema penitenciário brasileiro e a adoção de providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos. Asseverou que a superlotação e as condições degradantes do sistema prisional configuram cenário fático incompatível com a Constituição Federal, presente a ofensa de diversos preceitos fundamentais consideradas a dignidade da pessoa humana, a vedação de tortura e de tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos. Sustentou também que o quadro resulta de uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, incluídos os de natureza normativa, administrativa e judicial.

Também merece destaque o acordo de leniência disciplinado pela Lei nº 12.529/2011, que dispõe sobre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Nesse diploma, a celebração do referido acordo, com os autores de crimes contra a ordem econômica e relacionados à prática de cartel, permite a suspensão do prazo prescricional e impede o oferecimento de denúncia em relação ao beneficiário, desde que este atenda às condições previstas no artigo 86 da Lei supracitada.

Outrossim, vale destacar o instituto da colaboração premiada declinada na Lei de organizações criminosas – Lei nº 12.850/2013, que prevê a possibilidade de o Ministério Público deixar de oferecer denúncia, se a proposta de acordo de colaboração referir-se a infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento, mas desde que o colaborador não seja líder da organização e seja o primeiro a prestar efetiva colaboração à resolução do crime.

Podemos perceber que as exceções citadas podem conduzir a vários resultados, seja alcançando o caminho da justiça resolutive, que encurta a fase de instrução criminal e aplica medidas não privativas de liberdade – como no caso da transação penal –, seja alcançando a espécie de direito penal premial, que permite ao autor do fato confessar e colaborar com as investigações e, em troca, receber benefícios, como não ter contra si uma ação penal iniciada.

3 JUSTIÇA RESTAURATIVA NO PLANO EXTRAJUDICIAL

A origem do direito penal foi pautada pela unilateralidade da reprovação, mas evoluiu para o conjunto repressão e prevenção. Já de forma contemporânea, a ciência criminal estabeleceu a subsidiariedade das penas privativas de liberdade, promovendo um direito penal mais humanista, visando, inclusive, à diminuição da população carcerária.

Entre as bases fundamentalistas da política do não encarceramento, encontram-se as Regras de Tóquio, formuladas para a prevenção do delito e tratamento do delinquente, cujo projeto foi aprovado no ano de 1990, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, integrando a Resolução nº 45/110, sendo amplamente conhecidas como Regras Mínimas das Nações Unidas para a elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade.

Nesse contexto, vale a transcrição da apresentação firmada pelo Ministro Ricardo Lewandowski à introdução da Regras de Tóquio⁴ no Brasil (2016, pág. 11), vejamos:

⁴ Regras de Tóquio - Regras Mínimas Padrão das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/relacoes-internacionais/tratados/>. Acesso em: 29 abr. 2020.

Esse crescimento desenfreado da população prisional, dá-se em meio à sofisticação e o aprimoramento das formas de organização e funcionamento do aparato repressivo, notadamente sob a perspectiva de uma autorização legislativa mais punitivista.

Inspeções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) denunciaram, porém, que o ambiente prisional, no Brasil, ainda está marcado por outra modalidade de castigo, consistente na forma como é executado. Estruturas arquitetônicas em ruínas, celas superlotadas, úmidas e escuras e a falta de higiene qualificam, negativamente, um sistema de punições sem nenhum comprometimento com um prognóstico de não-reincidência. A superlotação desses espaços adiciona, inclusive, um componente agravante a todo esse contexto.

Enfim, o instituto da prisão, no Brasil, assim como em todo o continente sul-americano, é um assunto que reivindica uma indispensável revisão, notadamente porque a seletividade como opera o sistema penal, majoritariamente alcançando as populações menos favorecidas, econômica e socialmente, denota o quanto tentamos encobrir, através de respostas penais, situações que demandam outra modalidade de intervenção e interferência.

Como se nota, a Regra Mínima supracitada tem como escopo estimular que os Estados-Membros desenvolvam em seus sistemas jurídicos outras opções de medidas para reduzir a utilização do encarceramento, nas quais devem ser observados os direitos humanos, as exigências da justiça social e as necessidades de reabilitação dos infratores.

Visando a conferir efetividade a esse novo modelo, surgiu a Resolução 181 do CNMP que trata, em seu artigo 18, do acordo de não persecução penal, disciplinando tratamento extrajudicial às infrações penais de médio potencial ofensivo, isto é, àquelas com pena mínima cominada inferior a 4 (quatro) anos, praticadas sem violência ou grave ameaça.

Com esse modelo, busca-se que a resolutividade das questões criminais seja antecedente à sentença penal, conferindo uma resposta estatal mais célere com medidas não privativas de liberdade, a fim de desafogar parcela do judiciário em relação a longos processos, diminuir a população carcerária em relação aos infratores com menor periculosidade e priorizar recursos financeiros e humanos aos feitos que trazem maior abalo à sociedade.

Nesse sentido, Messias (2019, pág. 3) afirma:

[...] tais demandas penais passam a representar um largo campo de atuação estratégica à disposição do Ministério Público, cuja resolu-

tividade pode gerar uma verdadeira concentração de esforços jurídicos para o processo e julgamento dos crimes mais graves, diante da redução da hercúlea pauta de trabalho de juizes, no tocante aos fatos penais menos críticos.

Cumpre mencionar que a Resolução nº 181 do CNMP foi objeto de questionamento sobre sua constitucionalidade, sendo peticionadas, respectivamente, pela Associação de Magistrados Brasileiros e pelo Conselho Federal da OAB, as ADIs nº 5.790/DF e 5.793/DF.

Assim, sobre o artigo 18 do ato normativo supracitado, foi aduzido, em apertada síntese, que a Resolução criou a hipótese de acordo de não persecução penal sem aparo em lei, o que causaria grave violação aos princípios da legalidade e da segurança jurídica, mesmo havendo a previsão de homologação pelo judiciário das tratativas extrajudiciais.

Além disso, fora levantado também o argumento de que o Conselho Nacional do Ministério Público haveria inovado a ordem jurídica, extrapolando seu poder regulamentar, pois, na verdade, a pretexto de dispor sobre questão procedimental, estaria regulando matéria penal e processual penal, o que não seria possível.

Para o Conselho Federal da OAB a violação iria além, afirmando na ADI 5.793/DF⁵ (2017, pág. 11):

Trata-se de regramento que viola o princípio da indisponibilidade da ação penal, previsto no art. 129, I, da Constituição Federal, que assevera a competência privativa do MP para a instauração de ação penal pública. Em se tratando de mandamento constitucional, apenas situações excepcionais podem justificar o não oferecimento da ação penal.

Defendendo a validade e a constitucionalidade do acordo de não persecução penal, é necessário compreender que o poder regulamentar não deve ficar no âmbito exclusivo do Poder Legislativo, podendo haver outras estruturas estatais aptas a elaborar ato administrativo de caráter geral, impessoal e abstrato para dar contorno às leis e à Constituição, não significando inovação da ordem jurídica.

Conforme ressalta Emerson Garcia⁶ (2012, pág. 3):

⁵ Ação Direta de Inconstitucionalidade com Pedido de Medida Cautelar – ADI 5.793/DF em face de ato normativo constante da Resolução n. 181, de 7 de agosto de 2017, editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP.

⁶ Emerson Garcia, em seu artigo “*As Resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público e o seu necessário balizamento*”. Revista Eletrônica do CEAF. Porto Alegre -RS. Ministério Público do Estado do RS.

A existência do poder regulamentar está associada à concepção de que outras estruturas estatais de poder⁷ podem especificar, com imperatividade, as providências a serem adotadas para o aperfeiçoamento dos comandos legais postos pelo legislador democraticamente legitimado. Trata-se de manifestação especial do princípio da legalidade, permitindo concluir que o facere estatal pode assumir contornos concretos, o ato administrativo típico, ou gerais, aqui se enquadrando o regulamento⁸.

Destarte, os regulamentos acabam assumindo para uma função colaborativa, interpretativa, colocando a lei à época de execução e da ordem administrativa e social contemporânea. Há necessariamente uma relação verticalizada entre o regulamento e a lei, sob pena de contradição ou usurpação de poder.

Nesse sentido, vale a transcrição do artigo 129, inciso IX, da Constituição Federal, vejamos:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; [...] IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas. (Grifo da autora).

Ademais, no mesmo diploma, o artigo 130-A, §2º, inciso I, dispõe que:

§ 2º Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe:

I - zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; (Grifo da autora).

Como se nota, no texto supratranscrito, há uma cláusula aberta que permite ao Parquet exercer, outras atribuições, que lhe sejam conferidas, desde que em consonância com sua finalidade institucional.

⁷ “Se não há senão um único legislador, há uma pluralidade de detentores do poder regulamentar” (René Chapus, *Droit Administratif Général*, Tome 1, 15ª ed., Paris: Montchrestien, 2001, p. 649).

⁸ Cf. Otto Mayer, *Le Droit Administratif Allemand*, Tome 1er, Paris: V. Giard & E. Brière, 1903, pp. 115/116.

Fica claro que a Resolução nº 181 do CNMP extrai seu fundamento de validade diretamente da Carta Magna, assumindo caráter de ato normativo primário, isto é, de regulamento autônomo, refletindo o uso adequado da atribuição do referido órgão e preenchendo espaços que, ainda que inicialmente não alcançados pela legislação, estão em absoluta consonância finalística com esta.

Dito isto, convém afirmar que o acordo de não persecução penal é apenas mais um instrumento de atuação conferido aos presentantes ministeriais, que, no exercício da atividade de titular da ação penal pública, pode firmar tratativa de caráter político criminal, prévia ao processo penal e externa ao exercício da jurisdição, a fim de estabelecer obrigações de natureza negocial e não privativas de liberdade, promovendo um direito penal mais humanista, evitando o aumento da população carcerária.

3.1 Acordo de não persecução penal – ANPP

Como já foi dito, o Ministério Público, diante de seu perfil resolutivo, passou a disciplinar a matéria do acordo de não persecução penal por meio da Resolução nº 181 do CNMP, visando a estabelecer um novo espaço que ainda não estava preenchido pela lei. Não obstante, após a sua positivação, surgiu o Projeto Anticrime e Segurança Pública, vivificado por meio da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que enterrou qualquer argumento sobre a ilegalidade do acordo a ser firmando entre o Parquet e o autor do fato delituoso no âmbito extrajudicial.

A Lei nº 13.964/2019 foi aprovada para aperfeiçoar a legislação penal e processual penal, trazendo a expansão legislativa da justiça consensual na seara criminal que almejava a Resolução nº 181 do CNMP e as diretrizes das Regras Mínimas de Tóquio.

A referida lei acrescentou ao Código de Processo Penal – CPP o artigo 28-A, valendo a transcrição de seu caput:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime [...].

Nessa senda, de acordo com o CPP⁹ e com a Resolução nº 181 do CNMP, o referido

⁹ Código de Processo Penal, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 29/04/2020.

acordo, conceituado como instrumento extrajudicial de atuação ministerial para a não denúncia, é consolidado por meio de condições e medidas não privativas de liberdade, trazendo à tona os fundamentos da pena, isto é, a reparação do dano e a ressocialização do investigado, que, para fazer jus ao benefício, não pode ser reincidente e nem apresentar personalidade voltada à criminalidade.

3.1.1 Natureza Jurídica do ANPP

Quanto à natureza jurídica do acordo de não persecução penal, a doutrina se dividiu entre o viés discricionário do Ministério Público, titular da ação penal, e o direito público subjetivo do investigado ao receber a proposta.

Para uma primeira corrente, não cabe ao Parquet, ao seu livre-alvedrio, decidir se aplica ou não o ANPP. Ao contrário, o ANPP deveria seguir a mesma natureza da transação penal, que, diante do preenchimento dos requisitos legais pelo autor do fato criminoso traz um direito subjetivo ao recebimento da proposta (Messias, 2019, pág. 07).

Nesse sentido, podemos citar o julgado abaixo:

AUSÊNCIA DE OFERECIMENTO DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL AO APELADO. NULIDADE DO PROCESSO EM RAZÃO DA NÃO APLICAÇÃO DO NOVEL ARTIGO 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. RETROATIVIDADE. ART. 5º, XL, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. APLICABILIDADE. DIREITO SUBJETIVO DO RÉU. PREJUÍZO EVIDENCIADO. NULIDADE DECLARADA. [...] No caso em análise, a propositura do acordo de não persecução penal em nenhum momento foi oferecida ao acusado, mesmo após a entrada em vigor do novel diploma legal. III – Contudo, entende-se que o benefício despenalizador é um direito subjetivo do acusado, e nessas condições, a lei processual penal deve retroagir em seu benefício, nos termos do artigo 5º, LX, da Constituição da República, principalmente considerando-se que houve tempestiva manifestação pela defesa requerendo o benefício na primeira oportunidade que falou nos autos, não estando assim acobertado pela preclusão processual. [...] (TJ-PR - APL: 00011964220168160060 PR 000119642.2016.8.16.0060 (Acórdão), Relator: Desembargador Laertes Ferreira Gomes, Data de Julgamento: 17/07/2020, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 28/07/2020).

Não obstante, para a segunda corrente, há um poder-dever ministerial e este teria fundamento na vagueza da redação da lei e da Resolução que afirma que o “Ministério Público poderá propor o acordo”. Assim, refutando a ideia de direito subjetivo, a norma estaria estabelecendo uma faculdade ao Parquet, que, de acordo com as circunstâncias do caso concreto e diante da confissão formal do infrator, avaliaria se seria o caso ou não de firmar extrajudicialmente o benefício.

Nesse sentido, é firme e farta a jurisprudência no Tribunal de Justiça de São Paulo, valendo a transcrição de um de seus julgados:

[...] deve-se partir da premissa de que o acordo de não persecução penal deve ser resultante da convergência de vontades (acusado e MP), não podendo se afirmar, indubitavelmente, que se trata de um direito subjetivo do acusado [...]. Ademais, o legislador previu no art. 28-A, § 14, que diante da negativa do Ministério Público em oferecer o referido acordo, poderia o magistrado remeter os autos ao Procurador Geral de Justiça, nos termos do art. 28 do CPP [...]. No entanto, o digno Procurador Geral de Justiça manteve a posição do Promotor de primeiro grau e insistiu na recusa de oferta do referido acordo. Logo, todas as medidas possíveis ao Poder Judiciário foram tomadas para eventual realização do referido acordo, não sendo possível exigir que o Ministério Público ofereça referido benefício, pois não se trata, conforme explanado, de direito público subjetivo do réu. (TJ-SC - HC: 50158844320208240000 TJSC 5015884-43.2020.8.24.0000, Relator: JÚLIO CÉSAR MACHADO FERREIRA DE MELO, Data de Julgamento: 14/07/2020, 3ª Câmara Criminal). (Grifo da autora).

Por ora, entendemos que este direcionamento é apresentado como majoritário, visto que a tratativa de não persecução se encontra albergada pela oportunidade e conveniência, não cabendo ao juiz, inserido numa posição de reduzida intervenção em razão do sistema acusatório, exigir que o órgão ministerial realize o ANPP.

3.1.2 Quanto ao momento de aplicação do ANPP

Pela finalidade da norma, o ANPP visa à não judicialização criminal, mas ao aquilatar o assunto jurídico em questão, percebemos que os doutrinadores e a jurisprudência vêm se dividindo quanto ao momento de aplicação do referido benefício, sendo que, para uma primeira posição, o limite do oferecimento do ANPP seria o recebimento da

inicial acusatória, mas, já para a segunda posição, tal marco processual não é óbice para o acordo.

Pois bem. O legislador, nos parágrafos 3^a e 4^o do CPP¹⁰, faz clara referência ao termo “investigado”, prevendo a necessidade de homologação pelo juiz das garantias para avaliação da voluntariedade e legalidade das tratativas.

A jurisprudência, inclusive, declina-se neste sentido, visto que aplicação do ANPP, após o oferecimento da denúncia, seria um desvirtuamento da norma, especialmente de seus pressupostos e efeitos jurídicos. Assim, vale a transcrição do julgado do Superior Tribunal de Justiça:

[...] O conteúdo do art. 28-A revela, com isso, a introdução de um negócio jurídico processual realizado na fase investigatória capaz de obstar o oferecimento de denúncia (efeito imediato de não persecução) e a potencial futura aplicação da pena cominada no tipo penal (efeito mediato despenalizante). Se uma norma jurídica traz, expressamente, um aspecto temporal que condiciona a sua aplicação, aplicá-la de modo distinto não seria dar-lhe retroatividade, mas, isso sim, criar e aplicar outra norma. O ANPP tem aplicação antes do oferecimento da denúncia; não existe fora desse momento, porquanto tal aspecto temporal compõe a respectiva norma. Entender que o artigo poderia ter incidência de modo a paralisar ação penal em curso para que, realizado acordo depois da denúncia, tenha o efeito de suspender ação penal já em grau recursal é construir uma norma completamente distinta, com antecedente e consequente normativos diversos dos estampados em lei. (STJ - AgRg no REsp: 1886717 PR 2020/0190008-5, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 06/10/2020, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/10/2020) (Grifo da autora).

Não obstante, cabe uma breve reflexão sobre a natureza da Lei nº 13.964/2019, que incluiu e alterou normas tanto no Código Penal quanto no Código de Processo Penal.

Na doutrina de Renato Brasileiro (2014, pág. 101), as normas processuais são subdivididas em normas genuinamente processuais e normas processuais materiais ou mistas. As primeiras cuidam de procedimentos, atos processuais e técnicas do processo,

10 CPP – “Artigo 28-A [...] § 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor. § 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade”. (Grifo da autora).

aplicando-se a regra do *tempus regit actum*, prevista no artigo 2º do CPP, que diz: “a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”.

Já as segundas – as normas mistas – são aquelas que abrigam conteúdos diversos, isto é, tanto de direito material quanto de direito processual, trazendo não só regras para a técnica do processo, mas também conteúdo ligado ao direito punitivo estatal e matéria que seja direito ou garantia constitucional do cidadão.

Ocorre que, às normas de direito material aplica-se a garantia constitucional da retroatividade da lei penal benéfica, prevista no artigo 5º, inciso XL, da CF. Então, se a norma prevê tanto parte processual penal quanto parte material, deve ser observada a regra da aplicação imediata sem retroatividade - artigo 2º do CPP - ou deve-se observar a retroatividade da lei, nos termos do regra constitucional retrocitada, cabendo o ANPP ainda que após o oferecimento da denúncia?

A doutrina responde à indagação afirmando que, no caso de norma mista/híbrida, vai ser aplicado o mesmo critério da lei penal material, isto é, o da retroatividade da lei penal no tempo em benefício do autor da infração, nos termos do artigo 5º, inciso XL, da Magna Carta e artigo 2º do Código Penal. Nesse sentido, vale mencionar o que diz o §13, do artigo 28-A, acrescentado pela Lei nº 13.964/2019: “Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade”.

Ora, percebe-se que estamos diante de uma norma mista, que, além de versar técnica processual, versa nítida norma de direito material, visto que criou uma outra hipótese de extinção da punibilidade como resultado do integral cumprimento do ANPP.

Nessa senda, com base na interpretação sistemática da norma e nos ensinamentos da doutrina, podemos afirmar que o inteiro teor do artigo 28-A e seus parágrafos poderá alcançar fatos anteriores à vigência da lei, excepcionando a regra de aplicação do acordo apenas aos casos não denunciados, permitindo que seja formulada a proposta ainda que já recebida a inicial acusatória, desde que preenchidos os requisitos subjetivos e objetivos previstos na lei.

Agora, longe de esgotar o tema, é prudente a seguinte pontuação. Fora esclarecido que, em razão da natureza mista da Lei nº 13.964/2019, seria perfeitamente possível o oferecimento do ANPP para os fatos já denunciados e em fase de persecução penal em juízo. Mas, seria cabível a sua aplicação após o pronunciamento judicial condenatório, seja ele recorrível ou irrecorrível?

A equipe do Centro de Apoio Operacional Criminal do Ministério Público do Esta-

do de São Paulo¹¹ (2020, pág. 6), defende a ideia de não aplicação após a condenação, mesmo havendo confissão, aduzindo o seguinte:

[...] há que se estabelecer um limite, que deverá levar em conta a compatibilidade entre o aspecto processual do instituto e a etapa em que se encontre o processo. E, nesse ponto, não há dúvida de que o limite é a prolação da sentença condenatória.

O entendimento da 6ª Turma do Supremo Tribunal de Justiça também foi na direção supracitada, visto que a norma de natureza jurídica mista e mais benéfica ao réu deveria retroagir em seu benefício, mas desde que o processo não tenha transitado em julgado¹².

Tal afirmação leva em conta, entre outros fundamentos, o valor epistemológico do instituto da confissão, que é valorada em benefício do autor do crime por questões político-criminais, em especial, por ser interpretada como um serviço à justiça penal, simplificando toda a fase de instrução probatória e conferindo ao aplicador do direito a certeza moral de uma condenação justa (CAPEZ, 2007, pág. 455).

Assim, se acusado, depois do logo caminho de instrução criminal, e após o decreto condenatório, resolve assumir a responsabilidade criminal, pode-se afirmar que já se esvaziou a finalidade do benefício confessional, isto é, não haverá mais utilidade, visto que em nada colaborou para a administração da justiça, sendo a sentença válida, refletindo perfeitamente as consequências, não devendo ser anulada a fim de permitir o eventual acordo de não persecução penal.

Por fim, vale destacar que o Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Habeas Corpus n.º 185.913/DF¹³, com relatoria do Ministro Gilmar Mendes, reconhecendo a repercussão geral, delimitou algumas indagações em razão dos diversos posicionamentos dos tribunais sobre a matéria, e, entre eles, encontra-se a discussão sobre a natureza da norma inserida no art. 28-A do CPP, bem como sobre o momento limite de aplicação do acordo. Aguardamos o julgamento.

11 Boletim Criminal nº 04/2020 do CAO Criminal do MPSP. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Boletim_Semanal/boletim%20CAOCrim%20ABRIL%202020%20semana%202%20.pdf.pdf. Acesso em: 27 abr. 2020.

12 STJ - AgRg no HC: 575395 RN 2020/0093131-0, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 08/09/2020, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/09/2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/930636258/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-575395-rn-2020-0093131-0>. Acesso em: 15 out. 2020.

13 Supremo Tribunal Federal - HC: 185913 DF 0092967-77.2020.1.00.0000, Relator: GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 09/11/2020, Data de Publicação: 11/11/2020. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1121882995/habeas-corpus-hc-185913-df-0092967-7720201000000/inteiro-teor-1121882999>. Acesso em: 12. nov. 2020.

3.1.3 O Direito ao Silêncio e o acordo de não denúncia

Vimos, na presente pesquisa, que a aceitação, por parte do acusado, da imputação da infração penal, isto é, a confissão da autoria delitiva, firmada em termo próprio perante o Parquet, é condição imprescindível para a realização do acordo de não denúncia. Assim sendo, surge a indagação: caso o acusado tenha negado sobre os fatos em sede policial ou em juízo, poderá, ainda assim, o Ministério Público oferecer o acordo?

A doutrina tem-se apresentado, de forma unânime, no sentido de que, caso o investigado tenha refutado a infração, isto é, negando a sua autoria, não poderá ser beneficiado com o ANPP, não cabendo ao órgão ministerial insistir no pronunciamento de autoria, sob pena de descaracterizar a voluntariedade da confissão. Não obstante, nada impede que haja a retratação voluntária do agente, permitindo que este, a partir de sua confissão formal e circunstanciada dos fatos, usufrua do referido benefício.

Por outro lado, em vez da confissão ou negativa de autoria, pode ocorrer o silêncio, notadamente nos casos em que, no momento da indagação sobre os fatos, o investigado/réu não admite e nem nega o que lhe foi imputado. Diante desta circunstância, caberia a proposta de ANPP?

É preciso ter em mente que o direito ao silêncio é inato, inerente ao acusado, devendo ser entendido no processo penal como uma proteção constitucional.

Contudo, caso o investigado ou denunciado, seja na fase policial ou em juízo, tenha exercido seu direito ao silêncio, garantia constitucional prevista no artigo 5º, LXIII, da CF, a doutrina diverge sobre a possibilidade ou não de aplicar o acordo.

Para uma primeira corrente, não havendo confissão expressa, não poderá ser realizado o ANPP, devendo o silêncio ser entendido como não confissão, a fim de não permitir o início das tratativas, o que representaria o seguimento da persecução penal em juízo com o oferecimento da inicial acusatória.

Nesse sentido, advogam Marco Couto e Ana Paula Couto¹⁴, afirmando:

No dia a dia forense, verificamos que em um número expressivo de procedimentos policiais o investigado opta pelo silêncio, principalmente quando não possui advogado na fase policial. A rigor, o investigado é chamado à sede policial para prestar esclarecimento e lá comparece desacompanhado de um defensor. Se o investigado opta pelo seu direito ao silêncio, o acordo de não persecução penal fica inviável porque um dos seus requisitos é justamente a confissão do investigado.

14 Ana Paula Couto e Marco Couto. Artigo: O PACOTE ANTICRIME: O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL APÓS O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. Disponível em: <https://emporiadodireito.com.br/leitura/o-pacote-anticrime-o-acordo-de-nao-persecucao-penal-apos-o-recebimento-da-denuncia>. Acessado em: 27 abr. 2020.

Para a segunda corrente, deve-se observar o preceito do artigo 186, do Código de Processo Penal, no qual fica estabelecido que o silêncio não pode ser interpretado de forma prejudicial ao investigado/acusado, cabendo ao órgão ministerial contatar o investigado ou pugnar em juízo a notificação do réu para que seja possibilitada a confissão.

Essa trilha é a orientada pelo Ministério Público do Estado de Goiás¹⁵, aduzindo que a confissão citada no caput do art.28-A deve ser aquela manifestada voluntariamente no momento da celebração do acordo, apontando que:

[...] Essa confissão prestada ao MP durante as tratativas do acordo independe da negativa de confissão realizada no ato do interrogatório no curso da investigação preliminar ou do inquérito policial, perante a Autoridade Policial, pois, nessa fase, o investigado pode utilizar-se desse direito, conforme lhe é assegurado constitucionalmente. O silêncio do investigado, de acordo com a franquia do art. 5º, LXIII, da CF, não pode ser utilizado para prejudicá-lo, uma vez que a nova regra do CPP indica um procedimento específico, inclusive com momento adequado, para a formalização do ajuste que pressupõe a confissão. A confissão, assim, deve ser tratada como pressuposto para o ANPP, seja ela realizada perante a autoridade policial, seja perante o Ministério Público. No entanto, a ausência na fase policial não implica, por si só, a inviabilidade da proposta. (Grifo da autora).

Firmando tal entendimento, encontra-se o Enunciado nº 13 da I Jornada de Direito e Processo Penal do Conselho de Justiça Federal¹⁶, que dispõe: “a inexistência de confissão do investigado antes da formação da opinião delicti do Ministério Público não pode ser interpretada como desinteresse em entabular eventual acordo de não persecução penal”.

Destarte, entendemos que a garantia constitucional de silenciar durante as investigações realmente não pode ser óbice à análise para a proposta do acordo de não persecução penal, devendo ser oportunizada, perante o Parquet, a possibilidade de confissão formal e circunstanciada dos fatos em sede policial, o que atrairia o poder-dever de análise da oferta do acordo de não persecução.

15 Manual de Atuação e Orientação Funcional – Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) (2020, p. 12), elaborado pela Equipe do Centro de Apoio Operacional - Área de atuação criminal do MPOG.

16 I Jornada de Direito e Processo Penal, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF), de 10 a 14 de agosto de 2020, aprovou 32 enunciados.

3.1.4 As possíveis condições para a justiça consensual do ANPP

A resolução nº 181 do CNMP e a Lei nº 13.964/2019 apresentaram nova roupagem à justiça consensual brasileira com o acordo de não persecução penal. Contudo, vale registrar que existem diversos modelos deste tipo de justiça, que visa ao acordo entre as partes para a solução dos conflitos.

O doutor Jamil Chaim Alves (2018, pág. 218) apresenta em sua doutrina alguns perfis de justiça consensual. Para ele, há o perfil reparador, com objetivo primordial na reparação de danos à vítima; há o perfil restaurativo, visando não só da reparação do dano, mas também a pacificação social da coletividade; há o modelo negociado, tendo por base a confissão do delito, partindo para um acordo com o órgão acusador quanto às medidas ou sanções a serem aplicadas ao acusado; e há o modelo de justiça colaborativa, que, por meio da colaboração do autor do crime, informações e provas são angariadas em troca de benefícios penais e processuais penais.

Encontramos semelhança entre o perfil negociado e o acordo de não persecução penal, sendo o acordo subordinado às seguintes condições, que podem ser aplicadas de forma cumulativa ou alternativa: a) reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; b) renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; c) prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução; d) pagar prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse social; e e) cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Nota-se que a Lei nº 13.964/2019 não só reproduziu alguns dispositivos, mas também trouxe novos elementos ao ordenamento jurídico para o ANPP, visando a aprimorar o sistema de tratativas e conferir segurança jurídica na justiça consensual em questão.

Independente das novidades, vale a pena destacar alguns pontos da legislação supracitada, para que o acordo seja válido e eficaz. O acordo de não denúncia exige que haja a sua homologação pelo juízo competente, a fim de que seja verificada a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade. Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

De outro modo, caso a tratativa seja homologada, mas descumprida sejam quaisquer das condições estipuladas, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia, não havendo que se falar em detração

penal, visto que não houve pena privativa da liberdade.

Por fim, sendo cumprido de forma integral o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade do investigado outrora submetido às medidas de não encarceramento.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É notável que, nos últimos anos, a seara criminal de justiça consensual alcançou novos horizontes, ganhando o Ministério Público novas atribuições, notadamente podendo avaliar se as demandas mais leves podem se resolver antes da fase de judicialização.

Percebe-se que o Parquet ganha reforço na sua postura resolutiva, isto é, alcançando a resolução do problema no campo extrajudicial, especialmente, por meio do acordo de não persecução penal, instrumento este que supera as estratégias criminais tradicionais que, frequentemente, logram baixo êxito no Poder Judiciário.

Por todo o exposto, conclui-se que o ANPP está em fase inicial de aplicação, mas apresenta-se de forma adequada a uma orientação político-criminal mais humana e eficiente, especialmente, por conferir ao acusado o benefício de não sofrer uma condenação criminal, permitindo também uma resposta rápida à sociedade, mostrando a credibilidade dos órgãos públicos, bem como permite que a vítima seja reparada pela infração que sofrera de forma mais célere e eficiente.

THE PUBLIC MINISTRY IN CONSENSUS JUSTICE OF THE CRIMINAL NON-PERSECUTION AGREEMENT

ABSTRACT

This research addresses the issue of consensual justice as an instrumental means to provide speed and efficiency to the legal system in the criminal proceedings. In this sense, an attempt is made to establish a study on the origin and purpose of the Non-Criminal Persecution Agreement - ANPP, signed between the Public Ministry and the perpetrator of the criminal offense, in order to achieve consensual justice through the application of non-liberty deprivation measures, as well as to verify the action field of the ministerial body, in view of the legislation analysis and the specific case, to make the non-denunciation.

Keywords: Consensual justice; Non-criminal prosecution agreement; Public ministry.

REFERÊNCIAS

Ação Direta de Inconstitucionalidade com Pedido de Medida Cautelar – ADI 5.793/DF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5288159>. Acesso em: 29 abr. 2020.

Boletim Criminal Comentado - 04/2020. Centro de Apoio do Ministério Público do Estado de São Paulo. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Boletim_Semanal/boletim%20CAOCrim%20ABRIL%202020%20semana%202%20.pdf.pdf Acesso em: 27 abr. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 29 abr. 2020.

BRASIL. Presidência da República. **Código de Processo Penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Pesquisa de Jurisprudência.** AgRg no HC: 575395 RN 2020/0093131-0, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 08/09/2020, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/09/2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/930636258/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-575395-rn-2020-0093131-0>. Acesso em: 14 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. **Pesquisa de Jurisprudência.** HC: 185913 DF 0092967-77.2020.1.00.0000, Relator: GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 09/11/2020, Data de Publicação: 11/11/2020. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1121882995/habeas-corpus-hc-185913-df-0092967-7720201000000/inteiro-teor-1121882999>. Acesso em: 12 nov. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral.** 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. 1.

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (CEJ/CJF). **I Jornada de Direito e Processo Penal.** Disponível em: <https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2020/08/enunciados-aprovados-ijdpp-vf.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2020.

COUTO, A. P.; COUTO, M. **O Pacote Anticrime: O Acordo de não Persecução Penal após o recebimento da denúncia.** Disponível em: <https://emporiiododireito.com>.

br/leitura/o-pacote-anticrime-o-acordo-de-nao-persecucao-penal-apos-o-recebimento-da-denuncia Acesso em: 27 abr. 2020.

GARCIA, Emerson. **As Resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público e o seu necessário balizamento**. Revista Eletrônica do CEAF. Porto Alegre -RS. Ministério Público do Estado do RS. Vol. 1, n. 1, out. 2011/jan. 2012. Disponível em: https://www.mprs.mp.br/media/areas/biblioteca/arquivos/revista/edicao_01/vol1no1art2.pdf Acesso em: 10 abr. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 2ª Edição. Editora JusPodivm, 2014.

Manual de Atuação e Orientação Funcional – Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) (2020, pág. 12), elaborado pela Equipe do Centro de Apoio Operacional - Área de atuação criminal do MPMGO. Disponível em : http://www.mpmgo.mp.br/portal/arquivos/2020/02/14/18_08_30_417_Manual_Acordo_de_N%C3%A3o_Persecu%C3%A7%C3%A3o_Penal.pdf Acesso em: 29 abr. 2020.

MESSIAS, Mauro. **Acordo de não persecução penal – teoria e prática**. Editora Lumen Juris, 2019.

Portal do STF/Processos. **Arguição de Preceito Fundamental nº 347**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560> Acesso em: 04 abr. 2020.

PACHECO, Viviane. **O direito ao acordo de não persecução penal**. Disponível em: <https://vivianepacheco.jusbrasil.com.br/artigos/816532807/o-direito-ao-acordo-de-nao-persecucao-penal-aos-condenados> Acesso em: 29 abr. 2020.

Regras de Tóquio - Regras Mínimas Padrão das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/relacoes-internacionais/tratados/> Acesso em: 29 abr. 2020.

TÁVORA, Nestor; ROQUE, Fábio. **Código de Processo Penal para Concursos**. 4.ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

A TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN
RAWLS E A RESPONSABILIDADE CIVIL

*RAWLSIAN THEORY OF
JUSTICE AND TORT LAW*

A TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS E A RESPONSABILIDADE CIVIL¹

RAWLSIAN THEORY OF JUSTICE AND TORT LAW

*João Vitor Penna²
Gabriel Santos Lima³*

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo apresentar o modo como a concepção de justiça de John Rawls foi importada para a Filosofia da Responsabilidade Civil, a partir das teorias contratualistas de George P. Fletcher e, principalmente, de Gregory C. Keating. O trabalho inicia com uma contextualização histórica da disciplina filosófica do Direito de Danos, demonstrando como Rawls, ao revigorar o conceito de justiça, deu um novo vigor para o caminho de fundamentação da Responsabilidade Civil com base na noção de justiça. Em seguida, expõe-se alguns aspectos importantes da teoria da justiça de Rawls para, assim, analisar as teorias contratualistas, expondo suas teses centrais e em quais pontos elas se apropriam da teoria rawlsiana.

Palavras-chave: John Rawls; Responsabilidade Civil, Filosofia; Justiça.

1 INTRODUÇÃO

O estudo dos fundamentos e do conceito de Responsabilidade Civil – ou, como também podemos chamar, Direito de Danos⁴ –, conhecido no contexto anglo-saxão como Filosofia da Responsabilidade Civil (*Philosophy of Tort Law*), é recente. Cresceu e se destacou como disciplina de pesquisa apenas no século XX, ganhando força em um

1 Data de Recebimento: 09/11/2020. Data de Aceite: 23/11/2020.

2 Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Bacharel em Direito pela mesma Universidade. Membro do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil – IBERC. Conselheiro e Membro fundador da Liga Acadêmica Jurídica do Pará – LAJUPA. Professor da Faculdade FACI (Belém, PA). Advogado. E-mail: jvitorpenna@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7222995294627660>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3098-7793>.

3 Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Advogado. E-mail: gabrielsantoslina@live.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6641506142203659>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5117-5781>.

4 Para fins deste trabalho, consideraremos “Responsabilidade Civil” e “Direito de Danos” como sinônimos, que equivalem à disciplina jurídica que lida com as compensações relacionadas à danos, ou seja, com as indenizações.

espaço em que a Responsabilidade Civil também se tornou proeminente diante da complexificação da sociedade.

No Brasil, os estudos sobre Responsabilidade Civil cresçam a cada dia e é lugar comum entender que o instituto é um dos principais instrumentos jurídicos para concretização dos direitos fundamentais. Teses novas envolvem ampliação do sistema de responsabilidade objetiva, desenvolvimento de novos tipos de dano, defesa de indenizações de caráter meramente punitiva, flexibilização dos nexos de causalidade, entre outras questões, surgem constantemente no debate acadêmico. Todas essas propostas possuem um pano de fundo – que inevitavelmente envolve discussões de Filosofia Política e Jurídica – que dificilmente é abordado de maneira adequada.

O contexto de desenvolvimento da Filosofia da Responsabilidade Civil, assim como qualquer outro ramo da Filosofia do Direito aplicada, é totalmente incipiente no Brasil⁵. Aliás, uma breve pesquisa sobre o tema nos permite perceber que há um crescimento significativo das pesquisas em Análise Econômica do Direito aplicada às mais diversas áreas, inclusive à Responsabilidade Civil. Assim, pesquisa filosófica sobre os fundamentos teóricos do Direito de Danos é pendente para apenas um lado da discussão. Estão quase que totalmente esquecidas as teorias que buscam basear a Responsabilidade Civil em uma ideia de justiça, o que é extremamente curioso em um país onde as ideias de Justiça Social ganham tanta força e onde filósofos como John Rawls tem especial relevância dentro da academia. Os privatistas certamente ainda têm muito o que aprender com os publicistas.

Devemos, portanto, voltar nossos estudos para os teóricos anglo-saxônicos para começar a dar passos maiores para uma fundamentação da Responsabilidade Civil Extracontratual. Atentaremos exatamente para o ponto de virada, aquele em que os filósofos do Direito de Danos passaram a se opor à fundamentação econômica e propuseram uma teoria baseada na Justiça. É possível dizer que, de forma indireta, Rawls contribuiu com o desenvolvimento dessas teorias, como tentaremos mostrar ao longo do texto.

Este trabalho é uma análise das interações entre a análise conceitual da Responsabilidade Civil com as Teorias da Justiça, com especial atenção à apropriação da teoria de John Rawls na fundamentação da Responsabilidade Civil. Em sua primeira parte, realizaremos uma introdução à temática, expondo historicamente como a disciplina se desenvolveu, para entender qual o papel indireto Rawls teve na formação de uma corrente específica de fundamentação, a teoria contratualista da Responsabilidade Civil. A segunda parte do trabalho será dedicada alguns aspectos relevantes da teoria rawlsiana que de alguma forma influenciaram a fundamentação da Responsabilidade Civil. Por

⁵ Não existem textos que visem apresentar e situar o debate em torno da matéria de forma inteligível. Uma exceção interessante a este contexto é o excelente trabalho de Rafael Valle Dresch. *Vide* DRESCH, 2013.

fim, em sua terceira parte, apresentaremos a teorias contratualistas do Direito de Danos com foco nas teorias de George P. Fletcher e Gregory C. Keating, seu principal representante, apresentando suas propostas teóricas e tentando demonstrar até que ponto se apropriam da teoria de Rawls em seu empreendimento.

2 A FILOSOFIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A explicação teórica da Responsabilidade Civil não era um problema para os estudiosos do Direito até meados do século XX. As compensações por danos eram, em um certo nível, facilmente explicadas a partir de uma diferenciação entre Justiça Distributiva e Justiça Corretiva (ou Comutativa) que remetia à Aristóteles. Neste esquema, existem dois tipos de Justiça. A Justiça Distributiva se preocuparia com a distribuição dos bens e dos encargos sociais entre os membros da comunidade, enquanto a Justiça Corretiva se encarregaria da retificação dos injustos que surgem tanto nas transações voluntárias (relacionadas ao intercâmbio de bens, como em um contrato), quanto nas involuntárias (relacionadas ao dano, roubo, difamação, etc.). A Responsabilidade Civil seria, assim, uma forma de concretizar a Justiça Corretiva.

Com a complexificação de determinadas relações sociais, com o desenvolvimento industrial, com a intervenção do Estado na economia, entre outros fatores, as concepções clássicas foram postas em cheque e novos problemas foram postos. A medida que novas soluções eram dadas, o modelo clássico de fundamentação se mostrava insuficiente, o que abria espaço para novas propostas. Foi neste contexto que surgiram os estudos que relacionavam Filosofia com a Responsabilidade Civil, nos quais o marco teórico foram os estudos de H. L. A. Hart e Tony Honoré sobre causalidade.

Este período, porém, coincidiu com o crescimento, no contexto anglo-saxônico, de um movimento teórico – que não se restringia à Responsabilidade Civil, mas buscava dar conta da análise do direito como um todo – que buscava misturar ferramentas de microeconomia com uma ética de tipo utilitarista. Era a Análise Econômica do Direito, que encontrou em autores como Guido Calabresi, Richard Posner, Steven Shavell e Louis Kaplow seus grandes representantes.

Em contraposição à estas teorias econômicas de fundamentação do Direito de Danos, se desenvolveram teorias baseadas na ideia de justiça. Os marcos teóricos para esta vertente teórica foram os importantes artigos *Fairness and Utility in Tort Theory* de George P. Fletcher (FLETCHER, 1972) e *A Theory of Strict Liability* de Richard Epstein, publicados em 1972 e 1973 respectivamente. Ambos buscavam apresentar o Direito de Danos com base em determinadas concepções de justiça que estavam em intensa discussão à época. O primeiro desenvolvia uma teoria que mesclava as ideias de jus-

tiça corretiva e distributiva com fundamento no liberalismo igualitário de John Rawls, como veremos adiante. O segundo apresentava uma justificação da Responsabilidade Objetiva com base numa ideia libertária de justiça. Estes dois trabalhos deram início à uma longa tradição que passou a recuperar a noção de justiça corretiva na fundamentação da Responsabilidade Civil por danos, em que se notabilizaram autores como Jules Coleman e Ernest Weinrib.

Dado este panorama do debate, podemos voltar ao objeto deste estudo e verificar como Rawls influenciou no desenvolvimento deste quadro teórico. Antes de mostrar como Rawls influenciou na formação da corrente contratualista de fundamentação do Direito de Danos, existe pelo menos um aspecto importante que a publicação de “Uma Teoria da Justiça” proporcionou. Talvez uma das maiores virtudes de Rawls foi ter conseguido reacender a discussão sobre a justiça, como algo que se pode discutir racionalmente, sem recorrer a questões metafísicas. Se atualmente a principal corrente de fundamentação da Responsabilidade Civil é aquela que se baseia na ideia de justiça, não há dúvidas de que isto só foi possível após se recuperar a ideia de justiça da metafísica e da ética utilitarista.

Sobre esta última, Rawls também tem um papel importante. Como forte opositor do Utilitarismo, é de se imaginar que ele fosse imediatamente adotado para o campo da Responsabilidade Civil para se contrapor ao tipo de teoria que tem como base a ética utilitarista, como a Análise Econômica do Direito. Assim, foi possível para os teóricos do Direito de Danos argumentarem a favor de que a Responsabilidade Civil é uma questão de como se fazer justiça diante dos danos, e não de como criar meios para o desestímulo e de controle dos acidentes, como pregava a Análise Econômica do Direito.

Neste sentido, seguimos o pensamento de Benjamin Zipursky:

It is no exaggeration to say that prior to Rawls’s theory of justice, no one considered defining their theoretical aspirations in tort law in any way but in terms of the social ends of tort law. Rawls’s assertion that “[j]ustice is the first virtue of social institutions” – backed up by a non-metaphysical and rigorous theory of justice – is undeniably a large part of the intellectual history behind the transformation that occurred, wherein scholars have now returned to the idea that theorists of tort law should ask the question: What does this area of the law have to do with justice? (ZIPURSKY, 2004, p. 1930-1931).

Assim, embora Rawls não tivesse como preocupação o Direito Privado e a Responsabilidade Civil, ou até a noção tradicional de Justiça Corretiva geralmente associada

ao Direito Privado, sua teoria da justiça reavivou o interesse e a esperança na noção de justiça teoricamente formulada e, com isso, abriu espaço para um novo flanco de discussão sobre a Responsabilidade Civil no contexto anglo-saxão, este que acabou ganhando certa relevância por força da forte oposição ao novo momento que se estabelecia, que era a Análise Econômica do Direito. Até hoje, este grupo de teorias (teorias baseadas na justiça) segue sendo o principal grupo de contraposição às abordagens econômicas dentro da Filosofia da Responsabilidade Civil.

3 A CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

Em 1971, John Rawls publica “Uma Teoria da Justiça” (RAWLS, 2016), obra que mudou o panorama da discussão sobre a justiça, propondo uma concepção de justiça que se apresentava como uma alternativa contra o Intuicionismo e, principalmente, o Utilitarismo. O foco da teoria rawlsiana é apresentar o que é a justiça em um contexto idealizado de sociedade, que corresponde à uma sociedade bem ordenada.

Como um liberal, Rawls defende que os indivíduos devem ser livres para perseguirem seus planos de vida, que refletem a concepção de bem que possuem. Parte do pressuposto de que não existe apenas uma concepção válida de bem, mas que é um fato de que existe um pluralismo de valores. Também parte do fato de que os recursos que os indivíduos têm a disposição para perseguirem seus planos de vida são escassos, havendo a necessidade de se estabelecer princípios para governar a distribuição justa destes recursos.

E como definir quais serão estes princípios? Como um liberal e pertencente à tradição moderna, Rawls define sua teoria em função dos indivíduos. Assim, para ele, os princípios que irão reger a distribuição dos recursos serão aqueles a que todos irão escolher e concordar. A ideia de um acordo a que os indivíduos devam chegar sobre os princípios de justiça reflete a noção de um contrato social. Mas como se conseguirá descobrir quais seriam estes princípios a que todos concordariam em aceitar?

Para isso, Rawls desenvolve um mecanismo hipotético chamado de posição original. Ele percebe que, no estabelecimento dos termos do acordo, os indivíduos levam consigo determinadas condições anteriores, como riqueza, valores, prestígio, etc., que acabam por afetar a sua capacidade negocial, dando-lhes maior ou menor poder de barganha sobre quais princípios serão adotados. Tais condições anteriores Rawls chama de Posição Social Relativa e uma de suas principais ideias é a criação de um mecanismo de neutralização dela.

Os sujeitos na Posição Original são postos sobre o que Rawls chama de “véu de ignorância”, que funciona como um neutralizador epistêmico, fazendo com que os indi-

vídus nesta posição não saibam a sua Posição Social Relativa. Assim, não sabem quem são, o quanto possuem de riqueza, o quanto podem herdar, quais as vantagens naturais possuem, etc., impedindo que o indivíduo seja parcial em favor de uma determinada posição que o beneficie.

Rawls afirma que, na posição original e sob o véu de ignorância, os indivíduos necessariamente escolheriam dois princípios de justiça:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais, compatível com um sistema similar de liberdade para outras pessoas.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que (a) se possa razoavelmente esperar que se estabeleçam em benefício de todos como (b) estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos (RAWLS, 2016, p. 73).

O primeiro princípio Rawls denomina de princípio da liberdade igual, enquanto o segundo se divide em dois subprincípios: (a) corresponde ao princípio da diferença e (b) corresponde ao princípio da igualdade equitativa de oportunidades. Estes princípios se constituem como critérios que se aplicam à estrutura básica da sociedade. Também somente são aplicáveis a sociedades bem ordenadas, ou seja, em sociedades que buscam promover o bem de todos, nas quais estão presentes as circunstâncias da justiça – onde não exista extrema escassez ou abundância de bens, onde as pessoas são mais ou menos iguais entre si e onde elas sejam vulneráveis às agressões dos demais. Por fim, os princípios de justiça não se aplicam às relações entre indivíduos, mas às relações entre indivíduos e instituições.

Antes de finalizar nossa exposição, há uma tese rawlsiana melhor desenvolvida após “Uma Teoria da Justiça” que nos será especialmente relevante e por isso tomará um pouco mais da nossa atenção. Em “O Liberalismo Político”, Rawls desenvolve a distinção entre pessoas razoáveis e pessoas racionais (RAWLS, 2000, p. 92-98), como ideias básicas facilmente distinguíveis através da forma como empregamos estes conceitos na linguagem corrente. Rawls compreende que o sujeito razoável possui duas características básicas, entendidas como virtudes das pessoas: ele está disposto a “propor princípios e critérios como termos equitativos de cooperação e a submeter-se voluntariamente a eles, dada a garantia de que os outros farão o mesmo” (RAWLS, 2000, p. 93). São indivíduos que querem se engajar em uma cooperação social equitativa, e por isso são elementos essenciais de uma ideia de sociedade como um sistema de cooperação, que Rawls já defendia desde “Uma Teoria da Justiça”. Rawls assim descreve a atitude da pessoa razoável:

Costumamos dizer que as pessoas razoáveis não são movidas pelo bem comum como tal, mas desejam, como um fim em si mesmo, um mundo social em que elas, em sua condição de livres e iguais, possam cooperar com as outras em termos que todos possam aceitar. Insistem em que a reciprocidade vigore nesse mundo, de modo que cada pessoa se beneficie juntamente com as outras (RAWLS, 2000, p. 93-94).

Ser movido por uma determinada concepção de bem é típico das pessoas racionais. São considerados racionais os agentes dotados de “capacidades de julgamento e deliberação ao buscar realizar fins e interesses peculiarmente seus” (RAWLS, 2000, p. 94). Sua racionalidade se manifesta na forma como estes fins e interesses são adotados e promovidos, bem como na forma como são priorizados e na escolha dos meios mais eficientes pelos quais eles se concretizarão.

O sujeito racional não é, porém, um egoísta puro. Ele pode perseguir fins e interesses que não beneficiem a ele próprio apenas, mas também a outras pessoas. O que o agente racional não têm é uma forma de sensibilidade moral que o faça querer se engajar em uma cooperação social e que o faça querer seguir os termos de uma cooperação que sejam razoáveis para que todos (ele e os outros), como iguais, aceitem.

Em suma, agimos de forma racional quando empregamos meios inteligentes para concretizar determinados fins e interesses pessoais. Por outro lado, agimos de forma razoável quando restringimos nossos fins e interesses pessoais em nome de princípios justos estabelecidos em um sistema de cooperação social. Tais noções são claramente distinguíveis, mas são complementares na concepção de justiça de Rawls. Afirma ele:

Como idéias complementares, nem o razoável nem o racional podem ficar um sem o outro. Agentes puramente razoáveis não teriam fins próprios que quisessem realizar por meio da cooperação equitativa; agentes puramente racionais carecem do senso de justiça e não conseguem reconhecer a validade independente das reivindicações de outros de outros (RAWLS, 2000, p. 96).

A concepção de pessoa aqui exposta por Rawls, portanto, pressupõe que os indivíduos sejam, ao mesmo tempo, razoáveis e racionais, no sentido de que se constituem como agentes interessados em perseguir seus próprios interesses e fins, mas também estão dispostos a limitar sua liberdade para persegui-los de acordo com certos termos que podem ser aceitos por todos em um esquema de cooperação.

4 TEORIAS CONTRATUALISTAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Em *Rawls in Tort Theory: Themes and Counter Themes*, Benjamin Zipursky apresenta cinco temas da teoria rawlsiana que tem inspirado os filósofos da Responsabilidade Civil. São eles: a) a situação de escolha prévia (na posição original) e a regra maximin; b) a metodologia construtivista kantiana; c) a ideia de equilíbrio reflexivo; d) a distinção entre razoabilidade e racionalidade; e) a ideia de que a justiça é a primeira virtude das instituições sociais (ZIPURSKY, 2004, p. 1923).

Tais ideias influenciaram, de formas distintas, teóricos como George P. Fletcher, Gregory C. Keating, Arthur Ripstein e John Oberdiek na defesa de uma teoria contratualista da Responsabilidade Civil. Tais temas não são abordados de forma uniforme entre as teorias, se misturando e dissociando em cada uma. Por isso não iremos expor cada um dos temas e explicar sua influência na construção teórica do Direito de Danos. Ao invés disto, nos limitaremos a expor a proposta teórica de Gregory C. Keating, considerado o maior defensor das teorias contratualistas no âmbito da Responsabilidade Civil, na qual a distinção rawlsiana entre razoabilidade e racionalidade e a ideia de cooperação social tem um papel central. Para isso, porém, é inevitável que tenhamos que abordar um pouco da teoria de George P. Fletcher em virtude da influência exercida sobre Keating. É o que passamos a fazer.

4.1 Fletcher e o paradigma da reciprocidade

Um ano depois da publicação de “Uma Teoria da Justiça” por John Rawls, George P. Fletcher publica o seu famoso artigo *Fairness and Utility in Tort Theory* (FLETCHER, 1972), com o projeto claro de se contrapor às teorias econômicas de fundamentação do Direito de Danos. A Análise Econômica do Direito aplicada à Responsabilidade Civil como teoria que, por exemplo, busca minimizar os custos dos acidentes, preocupa-se apenas com a riqueza e a situação do causador do dano, e não com a sua conduta (FLETCHER, 1972, p. 547). Figura, portanto, como um argumento baseado na justiça distributiva, deixando de lado um aspecto muito relevante na forma como se entende a Responsabilidade Civil, que é a Justiça Corretiva. Fletcher quer, portanto, apresentar uma proposta não-consequencialista, opondo-se à teoria econômica e defendendo uma abordagem mista, mesclando considerações de Justiça Distributiva e Corretiva.

Para se contrapor ao paradigma ditado pela Análise Econômica do Direito, que se baseia em um cálculo utilitário, Fletcher coloca no centro de sua abordagem um paradigma alternativo, que chama de paradigma da reciprocidade. Tal paradigma está baseado em um princípio de equidade – que também costuma ser chamado de princípio de

reciprocidade – que surge a partir de uma analogia com o primeiro princípio de justiça de Rawls (princípio da liberdade igual) e determina que todos os indivíduos possuem direito a maior quantidade de segurança compatível com a segurança dos demais. Nas palavras de Fletcher:

All of these manifestations of the paradigm of reciprocity [...] express the same principle of fairness: all individuals in society have the right to roughly the same degree of security from risk. By analogy to John Rawls' first principle of justice, the principle might read: we all have the right to the maximum amount of security compatible with a like security for everyone else. (FLETCHER, 1972, p. 550).

Como podemos ver acima, a forma de apropriação da teoria rawlsiana na construção de Fletcher ainda é relativamente modesta. Ele desenvolve um princípio de reciprocidade em que todos devem possuir um grau igual de segurança dos riscos que se aproxima, por analogia, do primeiro princípio de justiça de Rawls, mas tal aproximação se dá apenas em forma. Todos os pressupostos rawlsianos que envolvem a escolha pelo primeiro princípio de justiça não estão presentes na argumentação, e podemos dizer que estão, de alguma forma, pressupostos nela somente porque Fletcher apela à noções como equidade ou igualdade.

Prossigamos na argumentação, pois ela nos será valiosa mais a frente. Este princípio de equidade opera sobre o Direito de Danos gerando uma divisão entre dois tipos de risco. Existem riscos recíprocos, em que um indivíduo, ao mesmo tempo que impõe risco a outros, também os suporta em mesma quantidade. Por outro lado, existem riscos não-recíprocos, em que, por exemplo, o indivíduo apenas suporta o risco, não o impondo aos demais, ou apenas o impõe, deixando com que os demais tenham que suportá-lo. Em uma partida de futebol, os jogadores comuns impõe e suportam os mesmos riscos de se acidentarem e contraírem lesões, sendo estes riscos recíprocos. Porém, se um jogador, por algum motivo, passa a desenvolver uma conduta agressiva, roubando bolas com violência e dando carrinhos sem motivo, passa a impor riscos aos demais jogadores que ele não suporta de forma igual. Estes riscos são não-recíprocos.

As atividades humanas não naturalmente perigosas. Fletcher afirma que, para desenvolver suas atividades, os indivíduos precisam impor riscos aos demais, e por isso também devem aceitar que os outros também imponham riscos. Os indivíduos possuem, portanto, direito a impor riscos que sejam recíprocos. Porém, se um indivíduo impor um risco não-recíproco e causar um dano, terá o dever de compensar. A Responsabilidade Civil, portanto, surge diante dos danos causados pela imposição de riscos não-recípro-

cos por parte de um agente, ou seja, riscos que a vítima não esperaria de forma razoável.

O esquema apresentado serve para explicar tanto os casos de Responsabilidade Subjetiva quanto Objetiva. No caso do primeiro, a culpa é explicada como imposição irrazoável de riscos sobre os demais. É o caso do jogador raivoso que resolve intencionalmente elevar o nível dos riscos que impõe ao agir violentamente em campo. Existem, porém, ações que por si só impõe riscos maiores do que os normalmente impostos. É o exemplo da obra em um prédio, no qual o risco imposto pelo proprietário da obra de atingir transeuntes com certos materiais não se compara com os riscos que os transeuntes impõem sobre a obra. Neste caso claro de não-reciprocidade, o agente causador dos danos gerados por riscos não-recíprocos deve, portanto, compensar.

4.2 Keating e a reciprocidade do dano

Como dissemos, Gregory C. Keating é considerado o principal defensor das teorias contratualistas da Responsabilidade Civil (OBERDIEK, 2014, p. 106; ZAMORA, 2013, p. 104). Passaremos a abordá-la para entender quais são as suas teses centrais e como elas se relacionam com a teoria rawlsiana. Começemos pela primeira tarefa.

A teoria de Keating⁶ é um refinamento da proposta de Fletcher – por isso a importância de apresentá-la anteriormente –, mas que adentra mais fundo na teoria contratualista rawlsiana. Além do mais, Keating, diferentemente de Fletcher, não se baseia na Justiça Corretiva, mas propõe uma teoria baseada na Justiça Distributiva, em que o Direito de Danos pode ser entendido através da lógica da distribuição dos encargos dos acidentes.

Keating posiciona o Direito de Danos como parte dos termos equitativos estabelecidos pela cooperação social, realizada por indivíduos que são livres e iguais, e que agem de forma razoável e racional. Gastamos bastante tempo explicando a diferenciação, desenvolvida por Rawls em “O Liberalismo Político”, entre o razoável e o racional e tal exposição nos será útil agora. Para Keating, o objetivo da Responsabilidade Civil é conciliar a liberdade dos indivíduos de desenvolver atividades que geram riscos, condição necessária para que possam perseguir seus interesses e fins – e, assim, agir racionalmente – visto que as atividades humanas geram riscos naturalmente, com a liberdade com relação aos danos que podem ser causados pelas atividades perigosas, ou seja, com a segurança contra danos a serem causados.

Keating se contrapõe a Fletcher negando a caracterização da Responsabilidade Civil

⁶ Keating possui diversos trabalhos em que busca aplicar o contratualismo rawlsiano no âmbito da Responsabilidade Civil, possuindo trabalhos que buscam fundamentar tanto a Responsabilidade Subjetiva quanto a Responsabilidade Objetiva de empresas. Em nossa exposição, adotaremos a sua proposta como exposta em *Rawlsian Fairness and Regime Choice in the Law of Accidents* (KEATING, 2004).

a partir da reciprocidade do risco, substituindo-a pela reciprocidade do dano, entendido como ofensa à integridade física ou a morte. Para ele, maior atenção deve ser dada ao problema posterior relacionado ao dano do que ao problema anterior do risco, pois é da integridade física das pessoas – que o dano ofende – que um sistema de responsabilidade deve cuidar. Assim, retomando a tentativa de conciliação entre os dois tipos de liberdade (a liberdade de impor riscos e a segurança), Keating afirma que a segurança, como liberdade com relação ao dano, é mais importante que a liberdade de desenvolver condutas perigosas. Isto leva Keating a defender um regime de Responsabilidade Civil mais amplo do que o de Fletcher, ou seja, defender um regime de Responsabilidade Civil Objetiva que vise oferecer um elevado grau de segurança aos indivíduos.

Desta breve e apressada exposição da teoria de Keating, podemos perceber que as noções rawlsianas como a de cooperação social equitativa e o conceito normativo de pessoa como razoável e racional⁷ são muito caras à sua argumentação.

É possível afirmar também que Keating dá alguns passos a mais na apropriação da teoria de Rawls no âmbito do Direito de Danos, principalmente em comparação à Fletcher, mas estes passos não significam uma apropriação completa ou uma aplicação direta da teoria. Assim, a argumentação de Keating não deve ser considerada rawlsiana por seguir a mesma estrutura de pensamento ou método filosófico de Rawls, mas por estar permeada de argumentos e teses que podem ser remetidas a ele.

Por exemplo, Keating afirma que não está preocupado em fornecer uma teoria ideal nos moldes de Rawls (KEATING, 2004, p. 1868-1969), e por isso a ideia de indivíduos em uma posição original e sob um véu de ignorância tem que escolher sobre os princípios que orientarão seu sistema de responsabilização por danos não ocupa espaço em sua teoria.

Outro ponto de distanciamento com relação à Rawls é que Keating não está preocupado em fornecer um princípio que se aplique a todos, pois os princípios de distribuição dos custos dos acidentes não se aplicam efetivamente a todos os indivíduos (KEATING, 2004, p. 1873). A distribuição dos custos dos acidentes deve ocorrer entre aqueles que são beneficiados pelas atividades que causaram o acidente. A argumentação de Keating, assim, passa longe de se preocupar com a estrutura básica da sociedade, o que seria de se esperar de imediato quando se imagina a aplicação de uma teoria rawlsiana no âmbito de relações entre particulares.

⁷ Ainda sobre esta distinção, em outros trabalhos Keating define que a noção de racionalidade é a que está consagrada no raciocínio da Análise Econômica do Direito – leia-se na leitura de Richard Posner sobre a responsabilidade subjetiva como baseada na racionalidade econômica (ZIPURSKY, 2004, p. 1928). Tal visão seria errada porque desconhece as expectativas dos indivíduos e os requisitos da vida em comunidade. Propõe, então, uma teoria baseada na imposição razoável de riscos, ao invés de uma imposição racional (ZAMORA, 2013, p. 103).

5 CONCLUSÃO

Longe de fazer uma defesa das teorias contratualistas e das abordagens rawlsianas da Responsabilidade Civil, a proposta deste artigo foi a de expor o contexto histórico e filosófico em que se desenvolveram e os delineamentos teóricos das principais teorias contratualistas, para podermos entender como Rawls influenciou na construção destas propostas.

As ideias de Contrato Social e Cooperação Social entre indivíduos razoáveis e racionais possuem um espaço importante nas argumentações, como esperamos ter demonstrado. Concluímos também que a influência de Rawls não é direta, pois sua metodologia, a ideia de colocar os indivíduos na posição original e sob um véu de ignorância, não se aplica às teorias contratualistas. Seria problemático promover uma apropriação direta da teoria de Rawls, pois esta se propõe apresentar a justiça dentro da estrutura básica da sociedade e na relação entre indivíduos e instituição, e não entre indivíduos e particulares.

Diante dessas questões, não resta claro se esta forma de apropriação de Rawls é adequada ou se sustenta no sentido de que se possa afirmar que constitui uma teoria rawlsiana da Responsabilidade Civil. Estas questões, porém, necessitariam de uma análise mais aprofundada do que a que desenvolvemos aqui. Independente disto, a importância histórica destas abordagens e papel delas na formatação de uma nova tradição de fundamentação do Direito de Danos são questões relevantes que buscamos deixar claras aqui. Embora as abordagens contratualistas não sejam as dominantes no âmbito da Filosofia da Responsabilidade Civil, o seu papel no quadro geral da disciplina é inegável, o que já justifica todo o esforço de estudos dessas abordagens.

RAWLSIAN THEORY OF JUSTICE AND TORT LAW

ABSTRACT

This paper aims to discuss how the concept of justice developed by John Rawls influenced the Philosophy of Tort Law, based on contractualist theories George P. Fletcher and, especially, Gregory C. Keating. The work begins with a historical analysis of the Philosophy of Tort Law field, showing how Rawls, in reinvigorating the concept of justice, gave a new force to the view that basis Tort Law in the idea of justice. Then, exposes some important aspects of Rawls' theory of justice and after analyzes contractualist theories, exposing his central theses and the points that they use Rawlsian concepts.

Keywords: John Rawls; Tort Law; Philosophy; Justice.

REFERÊNCIAS

FLETCHER, George P. Fairness and Utility in Tort Theory. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 85, n. 3, p. 537-573, 1972.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. São Paulo: WMF Martins fontes, 2008.

KEATING, Gregory C. Rawlsian Fairness and Regime Choice in the Law of Accidents. **Fordham Law Review**, New York, vol. 72, issue 5, p. 1857-1921, 2004.

OBERDIEK, John. Structure and Justification in Contractualist Tort Theory. In: OBERDIEK, John (ed.). **Philosophical Foundations of the Law of Torts**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. 2ª ed. São Paulo: Editora Ática, 2000.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

ZAMORA, Jorge Fabra. Estado del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual. In: PULIDO, Carlos Bernal; ZAMORA, Jorge Fabra (eds.). **La Filosofía de la Responsabilidad Civil**: estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la Responsabilidad Civil Extracontractual. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

ZANITELLI, Leandro M. Strict Liability and the Fair Level of Damages. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, vol. 1, n. 1, p. 78-94, 2010.

ZIPURSKY, Benjamin C. Rawls in Tort Theory: Themes and Counter Themes. **Fordham Law Review**, New York, vol. 72, issue 5, p. 1923-1940, 2004.



MPCE
Ministério Público
do Estado do Ceará



ESMP
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ



CEAF
CENTRO DE ESTUDOS E
APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

Rua Assunção 1.200 - José Bonifácio, Fortaleza-CE
CEP: 60.050-011 - Fone: (85) 3452.4521 / 3433.7713
www.mpce.mp.br/institucional/esmp